XXII CONGRESO INTERNACIONAL Y XXV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO

Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2021

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

Universidad Abierta Interamericana
UAI

Dra. Marilina Andrea Miceli
Coordinadora

XXII CONGRESO INTERNACIONAL Y XXV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO

Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2021

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

Dra. Marilina Andrea Miceli
Coordinadora

UAI EDITORIAL

Miceli, Marilina Andrea
Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos / Marilina Andrea Miceli ; Coordinación general de Marilina Andrea Miceli. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Abierta Interamericana, 2022.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-8403-29-8

1. Derecho Romano. I. Miceli, Marilina Andrea, coord. II. Título.
CDD 346.001

Fecha de catalogación: 09/01/2023

Edición: Jesica Castelli
Corrección: Abigail Rios
Diseño editorial: Silvia Alejandra Sgromo
Diseño de tapa: Magalí Daniela Arrigo
Revisión bibliográfica: Ignacio J. Ini

©Universidad Abierta Interamericana
Hecho el depósito que indica la Ley 11.723
2022 Universidad Abierta Interamericana, Chacabuco 90, 1er. Piso.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tel.: 4342-7788.

https://www.uai.edu.ar/publicaciones/editorial-uai/

Editorial UAI pertenece a la Red de Editoriales de Universidades Privadas (REUP)

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Índice Página

Ubi societas ibi ius en el Instituto marital y su evolución - *Daenix Leonidas Patiño Ramírez, Cynthia Paola Acosta* 14

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos - *Gabriela Marta Alonsoperez* 21

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos referidos al error - *Mirta Beatriz Álvarez* 39

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos - *Romina del Valle Aramburu* 59

Los aforismos latinos utilizados frecuentemente en la argumentación para justificar y legitimar las decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos veinte años - *Fabio Isaac Arriagada y María Lis Amaya* 69

Algunas consideraciones sobre el principio actor sequitur forum rei - *María José Azaustre Fernández* 79

Derechos Reales de garantía desde Roma a nuestra legislación - *Daniel G. Bonjour y María Celeste Irrera* 107

Tutela y Curatela, desde el Derecho Romano a su recepción en el Código Civil y Comercial Argentino - *Daniel G. Bonjour* 123

Venire contra factum proprium en el Derecho Administrativo del siglo XXI - *Alejandra Boto Álvarez* 131

La indudable vigencia de los aforismos jurídicos latinos en el proceso penal - *Rosa Luz Casen* 141

La aequitas romana como principio de Interpretación del derecho y la puja entre el ius naturale y el ius civile - *Camila G. Colantuono* 153

Pecunia non olet! E a tributação dos atos ilícitos - *Hugo de Brito Machado Segundo* 169

Los aforismos latinos en los contratos Administrativos - *Gabriela Di Lella* 183

Iustitia pro dignitate - *Alfredo Gustavo Di Pietro* 191

El uso de aforismos en la docencia del Derecho – *Santiago Didier Zárate Gonzalez* 201

El principio in dubio pro reo vs presunción de inocencia. Un apunte concreto a propósito de la Ley Integral 1/2004 sobre violencia de género – *Esther Domínguez López* 211

O princípio "pacta sunt servanda" (Direitos romano e português)- *António dos Santos Justo* 237

Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica - *Mª Teresa Duplá Marín* 249

Res ipsa loquitur: La flexibilización de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil médica, cuando la cosa habla por sí misma *Susana Isabel Estrada* 279

Aproximación al principio portio portioni adcrescit, non personae en la regulación del Código Civil español - *Belén Fernández Vizcaíno* 303

El Derecho Real de superficie como límite al principio "Superficies solo cedit" - *Romina Adriana Fernández* 319

Ne bis in ídem - *Hilda Fingermann* 329

El precepto de las XII Tablas, Tab. 1, 6, rem ubi pacunt, orato, convertido en aforismo jurídico, y su plena vigencia en el Derecho procesal vigente – *Beatriz García Fueyo* 341

Pacta Sunt Servanda. Un principio del Derecho Romano subsistente en el Derecho argentino actual - *German Giarrocco* 381

El principio iura novit curia en el sistema procesal romano - *María Olga Gil García* 389

Argumentos en favor de la pervivencia del Derecho Romano - *Ricardo Ginés García* 435

Ubi partes sunt concordes, nihil ad iudicem – *Eduardo Claudio Sapia y Marcelo Daniel González* 453

Las locuciones latinas en el ámbito del Derecho Sucesorio - *Pablo Haldón Contreras.* 459

Pervivencia actual de los Aforismos Jurídicos Latinos: El derecho de los títulos valores – *Cristina Margarita Rosa Hofkamp.* 465

Argumentum Argentarium and Argumentum Baculinum in the Language of Pandemic Law – *Arta Jansone.* 473

Pervivencia del aforismo "Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus" - *Julio Javier Lococo* 479

"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" - *Luis Aníbal Maggio* 489

"No el concúbito, sino el consentimiento, constituye las nupcias" (D. 50, 17, 30) - *Enrique Julián Mallo* 511

"Mater semper certa est" : consideraciones actuales respecto de su vigencia - *Adriana Beatriz Martinuz y Anabella Facciuto Kaed* 517

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos - *Andrea Silvana Mederos* 531

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos Pervivencia del pacta sunt servanda y rebus sic stantibus - *Carla Menéndez Vicario* 545

Presencia del Derecho Romano mediante los aforismos latinos - *Carmen Meza Ingar* 553

Derechos bancarios : Ubi societas ibi ius – *Marilina Andrea Miceli* 561

Desde la clasificación de los contratos romanos modernos a la importancia de su cumplimiento – *Cespedes Viviana, Landivar Mercedes, Miceli Marilina Andrea* 571

De qua re cogneverit iudex pronuntiare quoque congendus est (Juliano, D. 5.1.74pr.). El Juez debe ser obligado a pronunciarse sobre el asunto del que conoció - *Patricia S. Mora* 581

La adquisición por el paso del tiempo – *Gabriela Victoria Morel* 597

Importancia de los aforismos nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege en el Derecho Penal Mexicano - *Grecia Sofía Munive García* 603

El principio "semel heres semper heres" y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos - *Alfonso Murillo Villar* 617

La pervivencia del concepto de Obligaciones Romano y del aforismo suun ciquet tribuere en las obligaciones civiles y comerciales del Derecho Argentino - *Cristian Nobile, Ezequiel F. Pardo y Leticia I. Núñez* 649

A atualidade do aforismo de que nas proposiçoes ambíguas deve-se atender ao sentido que lhe quis emprestar aquele que as pronunciou - aplicação aos contratos mercantis no direito brasileiro - *João Luis Nogueira Matias* 659

Los aforismos latinos y algo más... Su importancia en la transmisión de conocimientos y en la redacción jurídica - *Daniel Ernesto Novoa* 669

Utilidad jurídica del aforismo: "hominum causa omne ius constitutum" - *Elizabeth Perera Ruiz* 681

Pensión de alimentos de los hijos mayores de edad en situaciones de crisis matrimoniales en el Derecho Romano y en el Derecho Civil - *Raquel Pérez Díaz* 689

Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur - *Eva María Polo Arévalo* 707

En torno al principio "Solvere pro ignorante vel invito cuique licet" : su alcance en el Código civil de Bello - *Juan Carlos Prado Rodríguez* 725

Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere : alcune riflessioni - *Mariagrazia Rizzi* 743

Tópica, máximas y principios jurídicos. La cláusula rebus sic stantibus y el COVID-19 – *Luis Mariano Robles Velasco* 759

El aforismo "venire contra factum proprium nulli conceditur" y el artículo 597 del código civil español - *Ramón P. Rodríguez Montero* 779

El principio uti possidetis iuris: De interdicto posesorio a instrumento para la delimitación de fronteras en la sociedad internacional contemporánea - *María Salazar Revuelta y Víctor Luis Gutiérrez Castillo* 819

Pacta Sunt Servanda : origen y significado en el Derecho Romano. Recepción en la legislación argentina - *Mariana Verónica Sconda* 847

El aforismo jurídico latino "nullum crimen nulla poena sine lege" a la luz del Derecho Romano – *Daniela Valeria Serra* 885

Error communis facit ius. Origine ed evoluzione di un principio - *Andrea Trisciuoglio* 897

Libertas inaestimabilis res est (D.50.17.106) – *Mónica Villagra* 907

Interpretação das Disposições testamentárias, no atual Código Civil Brasileiro : A presença dos Aforismos Jurídicos Latinos - *Maria Vital da Rocha* 929

"Todo el ius ha sido constituido por causa de los hombres" - *Susana Marcela Volodsky Iturburu y Rocío Johanna Alzogaray* 937

Formas de Estado y formas de gobierno : Roma vs. Estado Moderno - *María Belén Rendón y Mariana Zaffaroni* 951

Ubi societas ibi ius en el Instituto marital y su evolución

Daenix Leonidas Patiño Ramírez, Cynthia Paola Acosta[1]

1. Trabajo realizado en la carrera de grado de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires (UBA) en la materia Derecho Romano por la alumna Daenix Leonidas Patiño Ramírez con la corrección de la Profesora Cynthia Paola Acosta (Abogada - Profesora en Ciencias Jurídicas UBA).

Antes de referirnos específicamente al instituto y aforismo propuesto, corresponde brevemente hacer mención a la importancia de la investigación en los estudiantes y, más precisamente, en la investigación en Derecho Romano, ya que la misma no sólo constituye una base sólida en diversos institutos, sino que además contribuye a una formación robusta, reflexiva, prudente del entendimiento de la lógica que los estructura principalmente en concordancia con el camino de lo justo y equitativo.

El Derecho Romano pervive a través de su incorporación en las codificaciones modernas, ha influido notoriamente, entre otros, en los ordenamientos de Bolivia, Paraguay, Uruguay, Chile, Francia, Italia, España, en el histórico código argentino de Vélez Sarsfield y en el actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Sobran fundamentos para afirmar que el estudio del Derecho Romano es una pieza insustituible para comprender los sistemas jurídicos actuales.

El Derecho Romano nos ha dejado diversos principios jurídicos. El que particularmente nos ocupa aquí reconoce el carácter social de los seres humanos, en ese sentido, expresaba el jurista Marciano, "animales que por naturaleza viven una vida civil", reconociendo a su vez los romanos el aforismo latino *ubi societas ibi ius*, es decir, donde hay sociedad hay derecho, ya que toda agrupación humana necesita de un orden jurídico.

El célebre jurista Gayo, en sus institutas destinadas a los estudiantes de Derecho, colocó a la persona como punto de partida del análisis, interpretación y estudio del Derecho.

Los valores jurídicos y su identificación fueron reconocidos por el Derecho Romano, en su mayoría, hoy conforman el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dedica el título primero a la persona humana, siguiendo la metodología utilizada por diversos juristas y también códigos modernos.

El instituto a investigar en este trabajo se realizará, en primera instancia, como análisis de la evolución histórica de la figura del matrimonio, como introducción inevitable para poder abarcar el estudio de las distintas formas de extinción de esta institución, como era concebida en Roma, tanto en lo civil como en el canon, haciendo un recorrido hasta llegar a su injerencia en el derecho argentino actual.

El objetivo es analizar y desarrollar el conjunto de normas que lo ha regulado históricamente, haciendo hincapié en las formas de su extinción. Desde la Antigua Roma ha sido grande el interés que despierta el divorcio en su evolución doctrinal y legislativa, que refleja los cambios que ha sufrido la sociedad a lo largo de la historia. Hoy en día, el Derecho Romano se hace insoslayable para la cultura jurídica de los pueblos. En tal sentido se ha establecido que... Debemos reconocer, en la letra de todas nuestras normas ya sean penales, comerciales y civiles, constitucionales, etc. el arraigo de aquellos sabios del derecho, que supieron captar la naturaleza del hombre, su organización en sociedad, los conceptos esenciales de equidad, y los límites del hombre libre, regulado por la ley.[2]

Con la finalidad de entender y comparar las instituciones del Derecho Romano a lo largo de su trayectoria, se presentan de manera explícita algunos de los elementos que, a pesar de haberse instituido hace miles de años, forman parte del sistema jurídico actual, como la institución del matrimonio y su disolución.

En el Digesto, Modestino define al matrimonio como la unión del hombre y la mujer

2. Recuperado de http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_basdiv581.pdf, 04/02/22

en una asociación de toda la vida, tanto desde el punto de vista divino como humana.[3] Por su parte, Justiniano, en sus Institutas, define a las nupcias como la unión del hombre y la mujer, con la implicancia de la cohabitación de éstos.

Cabe aclarar que cuando se habla de consorcio de toda la vida, debe entenderse como un deseo de vida en común, no limitado en el tiempo. El matrimonio romano estaba conformado por dos elementos indispensables, la cohabitación como elemento objetivo y el subjetivo o espiritual, por la *affectio maritalis*. La cohabitación se iniciaba cuando la mujer ingresaba, justamente, al domicilio del marido, aunque el mismo estuviera ausente. Los dos elementos citados debían necesariamente subsistir a lo largo del tiempo, para que el matrimonio subsistiera.

Roma poseía dos modos de contraer matrimonio, por un lado, el cum manu, donde la mujer pasaba a depender de la familia de su esposo o del *pater* de la familia, perdiendo la vocación hereditaria. En el mismo orden de ideas, es necesario citar que el otro modo de matrimonio era el sine manu, en donde la dependencia no se modificaba.

Producida la muerte de uno de los cónyuges se disolvía el vínculo matrimonial y el cónyuge sobreviviente recuperaba la aptitud nupcial. Si bien el hombre podía casarse en forma inmediata, la mujer debía esperar un plazo mínimo de diez meses para contraer nuevas nupcias. Ello debido a la presunción romana que establece que se consideran hijos matrimoniales a los concebidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

El divorcio por mutuo consentimiento se llevaba a cabo mediante el consentimiento de ambos cónyuges y en ausencia de causales imputables para ambos. Justiniano legislaba la prohibición de este tipo de divorcio fundándose en que siempre el consentimiento disolutorio debía estar cimentado en una causa para darle mayor fuerza a su decisión; él estableció que aquellos esposos que violaban la prohibición tendrían que ser castigados. Dicho castigo consistía en la pérdida de todos sus bienes y el encierro en un convento. Esto fue dejado sin efecto por Justino II, que fue su sucesor, y estableció la libertad de divorciarse por simple y mutuo acuerdo.

Respecto del divorcio unilateral, fue el emperador Augusto quien, por la ley *Iulia de adulteriis* estableció que, para el caso de ruptura unilateral del vínculo, debía seguirse una formalidad especial. El cónyuge que quería repudiar al otro debía enviarle por un liberto un libelo anunciando su voluntad de divorciarse, y entregarlo en presencia de siete testigos ciudadanos romanos púberes. Esta ley sancionaba la invalidez del divorcio efectuado sin las exigencias que ella prescribía, pero de manera alguna significaba que el matrimonio se rehabilitara, porque la jurisprudencia romana mantuvo el criterio de que el simple desistimiento era suficiente para disolver el matrimonio dando sólo lugar a sanciones accesorias. Lo que se perseguía con la ley Iulia de adulterio era obligar al marido a denunciar el adulterio de su mujer, porque de lo contrario se lo acusaba de lenocinio.

En ese sentido, se ha establecido que, a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician una lucha en contra del divorcio por declaración unilateral (repudio) buscando hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas del repudio y solo respetando el divorcio por mutuo consentimiento. En el año 331 Constantino limitó el

3. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/el-matrimonio-en-roma-sus-distintos-aspectos-e-influencia-en-nuestro-derecho-el-nuevo-codigo/+5881 04/02/22

divorcio solo para casos en los que el marido fuera homicida, envenenador, o la mujer adúltera o envenenadora. En caso de divorcio el marido era obligado a devolver la dote y no podía casarse otra vez, la mujer a su vez perdía la dote y sufría la deportación[4].

Luego de ello, varios emperadores como Teodosio y Valentino prohibieron todo divorcio que se solicite sin motivo que lo justifique, Justiniano también hizo lo suyo, haciendo más rigurosa la petición. Pasado un tiempo el divorcio fue abolido y luego nuevamente restaurado.

Ahora bien, desde una mirada moderna y con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield en 1871, el divorcio se encontraba regulado por la Ley Canónica, refiriéndose al conjunto de normas y preceptos devenidos de la Iglesia. Con la llegada del código hubo algunos cambios con impronta religiosa en la ley, ya que quedó reservada a la Iglesia la celebración del matrimonio, y a los jueces eclesiásticos decretar el divorcio si se daban las causales para tal (y no se autorizaba a contraer nuevas nupcias). Los jueces civiles eran quienes, a partir del código, debían acreditar y entender las consecuencias del divorcio.

Con la ley de matrimonio civil, ley 2.393, sigue llamándose divorcio a lo que luego se conoció como separación personal. Por lo tanto, el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial. Sólo se admitía el divorcio con culpa de alguno de los cónyuges. Las causas contempladas eran: a) el adulterio; b) tentativa de homicidio del cónyuge, provocación de un cónyuge al otro a cometer algún delito; c) injurias graves, ofensas y malos tratos y d) abandono voluntario y malicioso.

Posteriormente, con la ley 14.394, también siguió llamándose divorcio a la separación personal. El divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, pero se admitió que, transcurrido un año de la sentencia de divorcio, cualquiera de los cónyuges pudiera presentarse al juez pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial. Esta declaración autorizaba a ambos a contraer nuevas nupcias. Esta disposición entró en vigor en el año 1955, pero fue suspendida un año después mediante un decreto-ley. O sea, entre 1956 y 1987 no existía la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial.

En 1987, con la ley 23.515, se legisló el divorcio vincular y la separación personal. El divorcio vincular producía la disolución del vínculo matrimonial, se entiende por esto que los divorciados podían contraer matrimonio nuevamente; en cambio, la separación personal no producía la disolución del vínculo matrimonial, por lo que no se podía contraer nuevas nupcias.

El código Civil de Vélez Sarsfield, conforme a las modificaciones de la ley 23.515, admitía la coexistencia de la separación personal y del divorcio vincular. Ambos institutos provocaban la disolución de la sociedad conyugal pero el divorcio vincular, además, disolvía el vínculo matrimonial, por lo tanto, los divorciados podían volver a contraer matrimonio, mientras que los separados personalmente, no.

A partir del 1° de agosto de 2015, cuando entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se producen varias modificaciones. Una de las modificaciones es que se elimina el instituto de la separación personal, con la modificación de que el divorcio vincular pasa a denominarse simplemente divorcio. Y, por último, considerando la modificación más importante, el divorcio es encausado o, en otras palabras, se suprimen las cau-

4. Recuperado de http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_basdiv581.pdf recuperado el 04/02/22

sales de divorcio. El fundamento del nuevo código para pasar de un régimen de divorcio que acepta la expresión de causa a un divorcio encausado se debe a que el matrimonio se basa en un proyecto de vida en pareja en común, por lo tanto, si uno de los cónyuges no está dispuesto a continuar con ese proyecto, el matrimonio no puede sostenerse.

Uno de los institutos creados con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación es la "compensación económica, ampliando derechos y buscando compensar el equilibrio patrimonial que la ruptura pudiera generar".

No queremos dejar de recordar que, aunque se haga referencia al divorcio sin causa, anteriormente en Roma se interpretaba con el sobrevenir de severas sanciones, por lo tanto, no se encuentra en consonancia con lo que ocurre actualmente con referencia al articulado del código civil y comercial de la Nación, más precisamente con el art. 437 donde prescribe que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno de los cónyuges.

Conclusiones y reflexiones

El divorcio evolucionó en Roma según los tiempos históricos vividos, pasando por diferentes momentos, desde un acto muy informal hasta la obligatoriedad de testigos y la firma de un acta específica para ello; es en este punto en el que el derecho argentino encuentra su mayor influencia respecto de la formalidad que se le da. El instituto finalmente tiene una total relación respecto del principio , ya que necesariamente la sociedad actual requiere de la regulación de este instituto, esta sociedad conyugal, sus derechos obligaciones y efectos derivados de una unión que finaliza con la necesidad de que el derecho ampare mediante la ley a quienes celebraron el matrimonio. En los primeros tiempos para concretar el divorcio era suficiente con un simple aviso común de palabra, por escrito o por un mensajero, en cambio actualmente para la formalización del divorcio se necesita de una demanda presentada ante un Juez.

Bibliografía

Arguello, L. R. (1999). *Manual de Derecho Romano : historia e instituciones*. Buenos Aires : Astrea

Di Pietro, A. (1999). *Derecho privado romano*. [Buenos Aires] : Depalma

Herrera, M. (2015). *Manual de derecho de las familias*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Petit, E. (1999). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires : Universidad

Pereda Gamarra, M. J. (1993). *Manual de Derecho Romano : primer curso*. 2ª ed. Trujillo : Universidad Nacional de Trujillo

El matrimonio en Roma: sus distintos aspectos e influencia en nuestro derecho: el nuevo código. (2015, 5 de noviembre). Derecho al día. URL recuperada el 7 de julio de 2022 http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/el-matrimonio-en-roma-sus-distintos-aspectos-e-influencia-en-nuestro-derecho-el-nuevo-codigo/+5881

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

Gabriela Marta Alonsoperez[1]

«Satius enim esse , impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare»
(Ulpianus. Digesto 48, 19.5) y su pervivencia en la legislación argentina.

1. G.M. ALONSOPEREZ, Profesora regular adjunta en la asignatura Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

Introducción

El derecho de presunción de inocencia asegura el respeto de la libertad personal del acusado hasta tanto se demuestre su culpabilidad o se lo absuelva. Este principio de seguridad jurídica marca la tradición humanista que encontramos en una expresión de Ulpiano en su *"corpus iuris civiles"*, que expresa: «... que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente».[2] Así, la posibilidad de condena de un inocente se presenta como un límite que impide condenar a una persona sin demostrar fehacientemente, y luego de un debido proceso, su culpabilidad.

En nuestra Constitución Nacional esta idea se establece en el artículo 18 que menciona «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...», refiriéndose a la necesidad de un juicio que respete las etapas del proceso y que demuestre la culpabilidad del acusado. Por tanto, durante el proceso hasta que se demuestre la culpabilidad o se lo absuelva, el imputado es inocente.

El artículo 3 del Código Procesal Penal Federal (2019) establece: «Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona.

El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia.[3] »

La Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (tratado de jerarquía constitucional en base al artículo 75 inciso 22 2da parte de la Constitución Nacional) dice en su artículo 8 apartado 2 «...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...».

El objeto del presente trabajo es reconocer el principio de Ulpiano en la normativa argentina, y la importancia de la pervivencia de dicho aforismo para asegurar un juicio previo que reconozca el valor de la presunción de inocencia en pos de la protección de la libertad personal como derecho humano fundamental.

Para visualizar dicho valor incluiré, además del análisis de la normativa, un caso en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce dicho principio en los fundamentos de la correspondiente sentencia en la causa "Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado."

El Derecho Romano en el Principado y los grandes juristas

El legado más importante que hicieron los romanos a la humanidad fue su sistema jurídico. El mismo fue el resultado de una evolución gradual que comenzó con la publicación de las Doce Tablas. Durante los años posteriores a la República, la ley de las

2. I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*... cit. p. 786.

3. *Código Procesal Penal Federal* (T.O. 2019) Ley 27.063 7/2/2019 vigente, de alcance general.

Doce Tablas fue prácticamente reemplazada por decisiones judiciales y nuevos principios. Estos emanaban de diferentes fuentes: de cambios en las costumbres, sentencia de los jueces y, en especial, de los edictos de los pretores. Según Edward MC NALL Burns los pretores «...eran magistrados con autoridad para definir e interpretar la ley en un pleito particular y dar instrucciones al jurado para que decidiera el caso. El jurado solo decidía las cuestiones de hecho; el pretor sacaba las conclusiones legales y sus interpretaciones se convertían en precedentes para la decisión de los casos semejantes en el futuro. »[4]

Fue durante el principado cuando el Derecho Romano llegó a la etapa de mayor desarrollo. Eso se debió a que se amplió su jurisdicción hasta abarcar la vida y las propiedades de los extranjeros residentes en otros países tanto como la de los ciudadanos de Italia.

Pero el principal motivo fue que Augusto y sus sucesores otorgaron a ciertos juristas eminentes el derecho a emitir opiniones o responsas sobre los aspectos legales de los juicios presentados en los tribunales.

Las responsas de estos juristas llegaron a constituir una ciencia y una filosofía del derecho y fueron aceptadas como bases de la jurisprudencia romana. El hecho de que las ideas de esos hombres fuesen aceptadas con tan buena voluntad por los príncipes constituye un ejemplo del respeto que sentían los romanos por la autoridad.[5]

El gran desarrollo del derecho se produjo en la época de los Severos y sus autores, sirios en su mayoría, adquirieron tanta reputación que fueron llamados a Roma por esa dinastía. Tres de ellos, Papiniano, Ulpiano y Paulo, fueron nombrados, en su oportunidad, prefectos del pretorio. Los dos primeros sufrieron una muerta trágica a causa de su cargo. En sus obras se intentaba conciliar la ley y la equidad.[6]

Ulpiano y el aforismo *«Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare»*

Fuente
Digesto 48, 19.5

El Derecho Romano como «...sistema jurídico elaborado por los romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanistas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra.»[7] como expresa el profesor Norberto Rinaldi «...lejos de ser cosa del pasado y objeto de estudio meramente histórico, está vivo aún y puede y debe ser utilizado en el futuro».[8]

4. E. MC NALL BURNS, *Civilizaciones de occidente, su historia y su cultura*. 8va. ed., Buenos Aires, Editorial Peuser, 1964, p.250.

5. E. MC NALL BURNS. *Civilizaciones de occidente*...cit. p.251.

6. M. CROUZET, (dir); A. AYMARD y J. AUBOYER. *Historia General de las Civilizaciones. Roma y su imperio*. Vol II. 2da. ed., Barcelona, Ediciones Destino, 1960, p.637.

7. N. RINALDI, *Lecciones Ampliadas del Derecho Romano*. Buenos Aires, Editorial Edictum, 2006, pp. 139-140.

8. N. RINALDI, *Lecciones Ampliadas del Derecho Romano*...cit. pp. 139-140.

Ulpiano «es un jurista que pertenece a la época de los Severos, caracterizada por una total absorción personal de poder por parte de los emperadores que supone un cambio de frente a sus antecesores y el inicio de una nueva etapa en la historia del Derecho Romano que conducirá al dominado... Los intentos de penetración imperiales en el ámbito del derecho chocan, no obstante, con la tradición jurídica romana basada en la libertad de pensamiento y que se traduce en la libre crítica de las soluciones otorgadas a los casos o problemas dados, encarnada en la figura de los juristas...»[9]

En Roma, los emperadores escuchaban la opinión de los jurisconsultos. «La historia asegura que Alejandro Severo no sancionó constitución alguna sin oír antes la opinión de veinte jurisconsultos».[10]

Es importante señalar que el derecho alcanza su máximo esplendor en el momento político en que la solidez romana comienza a desmoronarse.

Las causas de la crisis del imperio son varias. Entre ellas, sobresalen las nuevas condiciones sociales y económicas que aparecen en el siglo II. Los gastos del Estado aumentaban y, como consecuencia, los impuestos también. El pueblo busca solucionar la situación apoyándose en los candidatos al trono, pero en realidad es el ejército el que tiene el poder y sostiene a los emperadores.

Es poco lo que se conoce de la vida de Ulpiano. Se sabe que desarrolla su actividad jurídica y pública durante el reinado de los Severos, desde Septimio hasta Alejandro. Se desempeña como miembro del consejo de un Pretor y posteriormente es asesor de Papiniano (alrededor del 205 al 212) en ese entonces Prefecto del Pretorio, ocupando él mismo tal cargo durante la época de Caracalla. Bajo el reinado de Heliogábalo, es desterrado, y vuelve en la época de Alejandro Severo qué, como mencioné, se caracterizó por escuchar la opinión de los jurisconsultos. Es nombrado Magíster Libelborum, forma parte del Consejo Imperial, ocupa el cargo de Praefectus Annonae, alcanzando la dignidad de Praefectus Praetorio.

Ulpiano muere durante el gobierno de Alejandro Severo, víctima de la Guardia Pretoriana dado que los proyectos de reforma elaborados por él irritan a la tropa.

En cuanto a sus escritos son pocas sus opiniones pero se caracteriza por la claridad de exposición y por ser preciso en las argumentaciones.

Ulpiano, además de su actividad política, se dedica a la producción de obras de derecho y se destaca en la enseñanza.[11]

9. J.M., BLANCH NOUGUES, *Ius Publicum y Ius Privatum en la experiencia del Derecho. Un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas*. En "Revista general de Derecho Romano" 18, 2012. p.10., en https://www.researchgate.net/profile/Carmen-Palomo-Pinel/publication/316668380_Ius_publicum_y_ius_priuatum_en_la_experiencia_historica_del_derecho_Un_ejemplo_insolito_en_las_distinciones_de_Bartolo_expuestas_a_traves_de_esquemas/links/590b215e0f7e9b1d0826f137/Ius-publicum-y-ius-priuatum-en-la-experiencia-historica-del-derecho-Un-ejemplo-insolito-en-las-distinciones-de-Bartolo-expuestas-a-traves-de-esquemas.pdf?origin=publication_detail (última consulta realizada el 27 de mayo de 2021).

10. R. BARRADO VICENTE, *Importancia que tuvieron en Roma los jurisconsultos. Su influencia en el desarrollo del derecho. Discurso leído en la Universidad Central por el jurisconsulto D. Roque Barrado Vicente en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en Derecho Civil y Canónico*. Madrid, Imprenta de D. Luis Palacios, 1860. p 11., en https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46808/LEG_06_1_n0486.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta realizada el 29 de mayo de 2021).

11. N.P. DE LA VEGA DE MIGUENS, *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires, Ed. Lerner, 1970. p 11-15.

¿Qué es la presunción de inocencia?

La presunción de inocencia significa «..., para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista sentencia firme de autoridad competente en la que se considere responsable de la comisión de un delito. »[12]

Este principio está mencionado en el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, «Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.»[13]

Así en el siglo XVIII se transforma en uno de los postulados fundamentales de la reforma liberal frente al sistema represivo que imperaba en la época, y es en dicha declaración en la cual se sanciona en forma explícita. Según la lógica del sistema inquisitivo de la época, el acusado no era considerado simple sospechoso, sino un culpable a quien le correspondía demostrar su inocencia.[14] Esta idea se modificó con la Revolución Francesa en virtud de la declaración mencionada.

Es importante destacar que antes de la Revolución Francesa y en pos de un cambio de postulados en el siglo XVII, Voltaire rechazó las prácticas de castigar sin oír al inculpado y sin prueba, planteó el juicio oral y público, el sistema de convicción del juez en la valoración de la prueba y la asistencia judicial.

Según Ferrajoli (citado por Humberto Nogueira Alcalá) Francesco Carrara elevó «... el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso...» [15]

Al referirse a la presunción de inocencia plasmada en la Constitución Argentina, Alejandro D. Carrió expresa «Como otra derivación de la garantía de la defensa en juicio contenida en el art. 18 de la Constitución, puede citarse el principio por el cual es la parte acusadora la que tiene a su cargo la demostración de la culpabilidad del imputado, y no éste la de su inocencia. » [16]

El autor cita diferentes fallos entre los cuales podemos mencionar el caso "Silva Saldivar" Fallos – CSJN 311:617 en el cual la Corte se pronunció sobre los alcances de esta garantía. El procesado había sido detenido por personal de la administración nacional

12. M. CARBONELI SANCHEZ, ¿Qué es la presunción de inocencia? *Revista Hechos y Derechos*, nro.56, marzo-abril 2020, en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682 (última consulta realizada el 27 de mayo de 2021).

13. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (última consulta realizada el 27 de mayo de 2021).

14. J.J. JARA MULLER, Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. *Revista Estudios e Investigaciones. Revista de Derecho*, nro. especial, agosto 1999, pp. 41-58., en http://revistas.uach.cl/html/revider/v10supl.Especial/body/art07.htm (última consulta realizada el 29 de mayo de 2021).

15. H. NOGUEIRA ALCALA, Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Revista Ius et Praxis* – Vol.11, num. 1 , 2005. p. 225, en http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394 (última consulta realizada el 1 de junio de 2021).

16. A.D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3ra. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1994. p.437., en https://pdfcoffee.com/qdownload/garantias-constitucionales-en-el-proceso-penal-alejandro-carriopdf-pdf-free.html (última consulta realizada el 1 de junio de 2021).

de aduanas en un paso fronterizo, en posesión de cigarrillos de marihuana. Su defensa manifestó que la droga incautada era para consumo personal. Los jueces de la causa consideraron que se estaba ante una acción de tráfico de estupefacientes y que el procesado debía demostrar que era para consumo propio. El caso fue llevado a la Corte, dado que se entendió que se establecía una inversión inadmisible de la carga de la prueba.

La Corte hizo lugar al planteo del apelante y afirmó «...si se considera la intromisión de estupefacientes una acción de tráfico, es el representante del ministerio fiscal a quien incumbe acreditar esa finalidad, sin que quepa transferir al acusado la carga de probar una distinta, máxime si se tiene en cuenta, como en el caso ocurre, aquélla no puede ser inferida razonablemente de la cantidad incautada ni de los dichos del procesado. En tales condiciones, esa exigencia del fallo es violatoria de la garantía de la defensa en juicio. »[17]

Según Humberto Nogueira Alcalá: «La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño a personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales además de el daño moral que eventualmente se les pueda producir. »[18]

Esta idea que asegura que se respete la libertad del imputado durante el proceso y que impone durante el juicio que el acusador demuestre la culpabilidad de la persona acusada se basa en la tradición humanista que establece Ulpiano al expresar «... que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente.»

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Hernández vs. Argentina", basándose en la Convención Americana de Derechos Humanos, expresó «El artículo 8.2 por su parte, contiene el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. Además, la Corte ha sostenido que la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. »[19]

Es interesante destacar que la Corte Interamericana en este mismo caso consideró

17. A.D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales*...,cit. p.440, en https://pdfcoffee.com/qdownload/garantias-constitucionales-en-el-proceso-penal-alejandro-carriopdf-pdf-free.html

18. H. NOGUEIRA ALCALA, Consideraciones sobre..., cit. p. 223, en http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394

19. CIDH, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia del 22 de noviembre de 2019. p. 38, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf (última consulta realizada el 1 de junio de 2021).

«... la detención preventiva como una medida cautelar y no punitiva, que debe aplicarse excepcionalmente al ser la más severa que se puede imponer al procesado de un delito que goza del principio de presunción de inocencia. A su vez, este Tribunal ha indicado en otros casos que la privación de libertad de un imputado o de una persona procesada

por un delito no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena. En consecuencia, ha indicado que la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. »[20]

Esto confirma la idea de que la prisión preventiva es una medida de prevención y no un adelantamiento de la pena, y con la misma no se puede afectar la presunción de inocencia.

El Tribunal «considera que únicamente deben ser considerados como finalidades legítimas, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento. »[21]

En particular en el caso referido «...considera que aún cuando la prisión preventiva del señor Hernández cumplió con el requisito de legalidad, y que el Juez de la Causa verificó la existencia de indicios de responsabilidad en la comisión del delito que se le imputaba, la misma no perseguía un fin legítimo y constituyó un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal del imputado. Consecuentemente, la medida cautelar constituyó una detención arbitraria y una violación a la presunción de inocencia. »[22]

Por su parte, Germán Martínez Cisneros afirma «El principio de presunción de inocencia (también denominado simplemente principio de inocencia) constituye una base de la sana convivencia social, fundamentada en la razón colectiva de cualquier pueblo. »[23] Y agrega el autor: «Entendido, pues, que hay principios sociales y la conveniencia de aquellos, podemos afirmar que la inocencia y la presunción de esta, es uno de esos principios de elevada jerarquía y por tanto su influencia cubre un espectro que va mas allá de lo jurídico, pues la razón de su existencia tiene relación directa con la dignidad humana, con el respeto a la persona en todos los ámbitos. La razón y el sentido común nos dicen que es mejor considerarnos, en principio, todos sujetos con un mínimo de adaptación social. Desde una perspectiva jusnaturalista diríamos que todos tenemos, entre otros derechos inherentes a la condición humana, el de lograr un mínimo de respeto a nuestra dignidad, y parte esencial de ese respeto es que se presuma nuestra inocencia; ello impide estimar perverso o antisocial a cualquiera sin bases que lo sustenten, lo cual tiene una importancia de especial trascendencia, porque al creer no inocente a un individuo, es decir, al pensar que es culpable (no importa de que) siempre trae consecuencias nefastas contra ese sujeto. La culpa, en esencia, es un estigma que justifica la sanción y

20. CIDH, Caso Hernández vs. Argentina...,cit. p.37, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf

21. CIDH, Caso Hernández vs. Argentina...,cit. pp.38-39, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf

22. CIDH, Caso Hernández vs. Argentina...,cit. pp.38-39, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf

23. G. MARTINEZ CISNEROS, La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2008. p. 227, en https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229 . (última consulta realizada el 29 de mayo de 2021).

la marginación; con ella se concretiza la idea de separar lo bueno de lo malo. »[24]

Según este autor «...el principio de inocencia no es un derecho mas del mismo rango de otros derechos fundamentales insertos en la Constitución; es más importante, porque es presupuesto de esos derechos y garantías...»[25]

Me parece importante resaltar la postura mencionada por el autor dado que entiende que la inocencia es componente esencial de la dignidad humana y aptitud de la persona para vivir aceptablemente en sociedad.

El Derecho Penal argentino y la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio del proceso penal moderno, un derecho fundamental y una garantía procesal del debido proceso.

Este principio, según Francisco Ortega Pérez, presenta un componente humanista que se refleja en la clásica expresión de Ulpiano en el Digesto al establecer «qué es preferible que se deje impune el delito de un culpable a que un inocente sea condenado».[26]

El art. 1 del Código Procesal Penal (1991) dice: «Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. »[27]

Esta misma idea se presenta en el nuevo Código Procesal Penal Federal (2019) en su art. 3, expresando: «Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona.

El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia.»[28]

Esto demuestra que los legisladores consideraron esencial el principio de presunción de inocencia conforme a lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional en el proceso penal.

24. G. MARTINEZ CISNEROS, La presunción de inocencia..., cit. p.230, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229

25. G. MARTINEZ CISNEROS, La presunción de inocencia..., cit. p.231, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229

26. F. ORTEGA PEREZ, La presunción de inocencia: entre el Derecho Español y el Derecho de la Unión Europea. *Revista Internacional del Consinter de Directo*, Año VI, Nro. X. , en https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-02-direito-publico/la-presuncion-de-inocencia-entre-el-derecho-espanol-y-el-derecho-de-la-union-europea/ (última consulta realizada el 24 de agosto de 2021).

27. Código Procesal Penal, Ley 23.984, 21/8/1991, vigente, de alcance general.

28. Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019), Ley 27.063, 7/2/2019, vigente, de alcance general.

La presunción de inocencia en los tratados internacionales sobre derechos humanos

Los tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75 inciso 22, 2da. parte de la Constitución Nacional tienen jerarquía constitucional. En base a dicha jerarquía deben respetarse los derechos incluidos en dichos tratados por toda la normativa de nuestra nación.

En referencia a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la Argentina adopta la postura que se denomina monismo. Según dicha postura, el Derecho Internacional y el Derecho Interno de un estado forman parte de un todo y se complementan. El estado soberano debe implementar mecanismos para asegurar dicha complementación.

Los tratados de derechos humanos incluidos en el articulo mencionado, y que se refieren a la presunción de inocencia, son: la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, art. 11 apartado 1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 26; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14 apartado 2 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 8 apartado 2.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fija en su art. 11 apartado 1 «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. »[29]

Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece en su art. 26 «Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas. »[30]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en art. 14 apartado 2 señala «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.»[31]

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito el 22 de noviembre de 1969 dice en su artículo 8 apartado 2 «...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...».[32]

Es importante destacar que el citado artículo 8 establece bajo la denominación de "garantías judiciales" un sistema de protección de los derechos humanos.

Como expresa Federico Gastón Thea «...mas que un pilar del sistema de protección de los derechos humanos parece mas acertado afirmar que el artículo 8 de la Convención Americana contiene un conjunto de pilares, que sostienen la tutela de los demás

29. *Constitución de la Nación Argentina*. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos. Reseña histórica y comentario por Miguel Daniellan. Buenos Aires, Ed.A-Z, 1996. p.185.

30. *Constitución de la Nación Argentina*.cit...p.180.

31. *Constitución de la Nación Argentina*.cit...p.238.

32. *Constitución de la Nación Argentina*.cit...p.194.

derechos de las personas. Ellos son, entre otros y sin perjuicio de las particularidades de su ámbito de aplicación y de la extensión que le ha dado a cada uno la jurisprudencia nacional e internacional, las garantías de acceso a la jurisdicción, intervención de juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencia, igualdad de las partes y equidad de los procedimientos, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable...»[33]

La presunción de inocencia es una garantía procesal que se aplica a todos los tipos de proceso. Esta garantía supone que la parte demandante o acusadora es la que tiene la carga de probar la responsabilidad del acusado demandado. Agrega el autor referido que «En materia civil, se aplica de manera bastante atenuada, aceptándose, por ejemplo, el principio de la carga dinámica de la prueba, la responsabilidad objetiva, las presunciones para acreditar el dolo o la culpa, etc. »[34]

La presunción de inocencia y el principio *"in dubio, pro reo"*

La presunción de inocencia obliga a las autoridades públicas a garantizar que las personas sean tratadas como si fueran inocentes hasta que se demuestre lo contrario fuera de toda duda y mediante una sentencia firme. Lo expuesto se vincula con el principio "in dubio pro reo". En virtud del mismo, en caso de duda, el juez debe absolver por que sólo se puede condenar si existe una certeza absoluta de que el acusado es culpable. El juez, a través del proceso, debe llegar a la conclusión que el imputado es responsable del delito que se le atribuye en la acusación.

Esta vinculación entre la presunción de inocencia y el principio *"in dubio, pro reo"* es mencionada por Mirta Beatriz Álvarez al expresar «El principio *"in dubio, pro reo"* – que literalmente significa que, en caso de duda, debe estarse a lo mas favorable del imputado – se erige sin discusión en la actualidad en la República Argentina, como un principio de raigambre constitucional, derivado del estado de inocencia del que goza todo imputado en el proceso penal.»[35]

La autora menciona al referirse al principio *"in dubio pro reo"* que: «Este principio establece que en caso de la más mínima duda acerca de la culpabilidad del acusado, el juez debe inclinarse a favor del reo. La máxima con esta formulación no sería romana, aunque se encuentra un pensamiento análogo en Paulo, Sent. 4. 12. 5 y en un rescripto de Trajano citado por Ulpiano en el Digesto...»[36]

En cuanto a la relación entre la presunción de inocencia y el principio *"in dubio*

33. F.G. THEA, Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas, *La Ley, Suplemento Administrativo (junio 2009)*, en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm (última consulta realizada el 29 de mayo de 2021).

34. F.G. THEA, Las garantías del debido proceso...cit., en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

35. M.B. ALVAREZ, La proyección del favor debitoris al derecho público romano. Recepción de este principio en la legislación y jurisprudencia argentinas. En A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZALEZ, S. CASTÁN PEREZ-GOMEZ, (Coord.) *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Madrid: Editorial Dykinson, 2016. p. 60.

36. M.B. ALVAREZ, La proyección del favor debitoris al derecho público romano...cit. p.59.

pro reo", Arturo Muñoz Aranguren expresa «...La presunción de inocencia supondría la exigencia ineludible de concurrencia de prueba de cargo lícita y válida suficiente para dotar de certeza a la tesis acusatoria. Por su parte el principio in dubio pro reo actuaría en un momento posterior del estadío de la valoración probatoria una vez superado por la acusación el umbral de la presunción de inocencia del acusado. De alguna forma, la presunción de inocencia haría referencia a la existencia de prueba de cargo objetivamente convincente, mientras que el adagio *in dubio pro reo* se aplicaría a aquellos casos en los que el tribunal, a pesar de existir esa prueba de cargo objetivamente suficiente para fundar una condena desde la perspectiva de la presunción de inocencia, albergara alguna duda subjetiva sobre la culpabilidad del acusado.»[37]

Caso "Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vázquez, Cristina s/homicidio agravado" y la presunción de inocencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del 26 de diciembre de 2019 hizo lugar al recurso extraordinario de la defensoría oficial absolviendo a Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez, que fueron condenadas a prisión perpetua por el homicidio de Ersélide Leila Dávalos ocurrido en Misiones el 27 de julio de 2001. La mujer, jubilada del Poder Judicial de Misiones, fue asesinada en su casa de Posadas.

La Corte expresó «... si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído, y si esa garantía se encuentra ausente no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia.»[38]

Así la Corte refiere al principio de juicio previo o debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que presenta el art. 18 de la Constitución Nacional: «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior del hecho del proceso...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos...».

Se entiende que la sentencia de todo juicio debe ser resultado de lo demostrado en el proceso. La Corte revindica esta idea al plantear que «...Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho pasado en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. Lo mismo sucederá cuando el referido método se aplique defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes, que la crítica externa no haya sido suficiente, que la crítica interna haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda, o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores (arg. fallos: 328:3399 especialmente considerando 30 y 31 del voto de la mayoría).»[39]

37. A. MUÑOZ ARANGUREN, *La presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo: algunos equívocos*. Abril 2020, en https://almacendederecho.org/la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo-algunos-equivocos (última consulta realizada el 24 de agosto de 2021).

38. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*. CSJ 367/2018/CS1. Sentencia 26 de diciembre de 2019. p. 19, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf (última consulta realizada el 27 de mayo de 2021).

39. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio*

La Corte entendió que en el citado caso no se demostró la culpabilidad de las imputadas e insistió en que el tribunal superior provincial decidió practicar una revisión que resultó deficitaria y que desatiende la «...prueba producida al no ponderarla ni confrontarla desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de la garantía de presunción de inocencia...»[40]

El tribunal dijo que «...casi sin esfuerzo, es posible constatar que las versiones de descargo de las acusadas no fueron examinadas con la exhaustividad que el caso exigía.»[41]

Por otra parte, la Corte Suprema refiere al encuadre jurídico en la Constitución Nacional, y en especial, al principio de presunción de inocencia en la siguiente expresión «18) Que en esa inteligencia y dadas las particularidades del caso, esta Corte Suprema considera oportuno recordar que cuando en su art.18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (fallos 321:3630)» y afirmó: «Así lo entendió esta Corte desde un inicio al referirse a la presunción de inculpabilidad.»[42]

La Corte declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejó sin efecto la sentencia apelada y absolvió a Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez por el delito del que fueron acusadas.

En cuanto a la sentencia, Salvador Olimpo Nava Gomar señala que «Toda sentencia debe reunir tres requisitos o cualidades indispensables: claridad, precisión y congruencia, de indiscutible relevancia para estar en aptitud de alcanzar el cometido de socializar el derecho.»[43]

Es importante, según el referido autor, la motivación vinculada con la argumentación. La argumentación entendida como ordenación del pensamiento y la racionalidad en las decisiones, es decir, las razones que motivan las decisiones de los jueces.

Por su parte, la fundamentación es «...requisito indispensable vinculado con el principio de legalidad primordial exigencia de todo Estado de derecho, por el cual la autoridad solo puede realizar aquello que una norma legal le faculta expresamente, la que, a su vez, debe ser conforme con las disposiciones previstas en la Constitución.»[44]

Asimismo, el autor señala que la congruencia de la sentencia debe ser tanto interna como externa. La congruencia interna, teniendo en consideración que la sentencia es una unidad, debe en el fallo cuidar la existencia de un hilo conductor que le dé orden y

agravado...cit. p. 8, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

40. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*...cit. p. 9, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

41. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*...cit. p. 18, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

42. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*...cit. p. 18, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

43. S.O. NAVA GOMAR, La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación. *Revista Justicia Electoral*, Vol.1, Nro. 6, 2010. p 57, en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf (última consulta realizada el 29 de mayo de 2021).

44. S.O. NAVA GOMAR, La sentencia..., cit. p. 61, en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf

racionalidad desde la narrativa de los hechos y la identificación de los agravios, hasta la valoración de estos últimos y sus efectos en los puntos resolutivos. En cuanto a la congruencia externa lo expresado en la sentencia no se debe apartar de lo pedido por el actor en su escrito de demanda.

En el caso analizado, y en virtud de lo mencionado por la Corte, no puede reconocerse en la sentencia dictada por el tribunal provincial la aplicación de un método racional para reconstruir el hecho pasado. La falta de fundamentación por apartarse del art. 18 de la Constitución Nacional y no garantizar adecuadamente la defensa en juicio y el respeto del derecho fundamental de presunción de inocencia, y la ausencia de congruencia en la descripción de los hechos y en la identificación de las personas que realizaron los agravios como agentes culpables de la acción, conlleva a que la Corte determine la falta de procedencia de la sentencia dictada por el tribunal de la provincia.

Por último, es importante señalar que el supremo tribunal consideró que «...el caso que por segunda vez es aquí traído a los estrados de esta Corte Suprema resulta ser un claro ejemplo de un proceso indebido en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del in dubio pro reo como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo.»[45]

Conclusión

La presunción de inocencia, como presupuesto y principio fundamental en el proceso, tiene como objeto evitar consecuencias nefastas a personas inocentes con medidas que afecten su libertad, y paliar las consecuencias por presunciones no demostradas por un juicio previo y justo que respete la dignidad de las personas. Por esta vinculación con la dignidad humana su influencia va más allá de lo jurídico.

La dignidad de las personas es el verdadero fundamento de los derechos humanos y justificación de un ordenamiento político y jurídico que asegure su protección.

El principio de inocencia tiene un rango superior entre los derechos porque la inocencia es componente esencial de la dignidad humana y su violación produce consecuencias morales y físicas irreparables. Este principio es primordial para la protección de los derechos humanos dado que, por un lado, impone la carga de la prueba a la acusación y, por otro lado, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda.

El aforismo de Ulpiano *«Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare»* reafirma la idea que la "sospecha" no basta para condenar, sino que, por el contrario, se exige que el acusador demuestre la culpabilidad del imputado para evitar cualquier atribución injusta del delito dando cuenta de la importancia de asegurar la libertad y la dignidad humana. Este aforismo trasciende el Derecho Romano y es recepcionado, tal como se expuso en el presente trabajo, por la normativa argentina en la Constitución Nacional, el Código Procesal Penal Federal y los tratados internacionales de jerarquía constitucional a los que adhiere la República Argentina.

45. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*...cit. p. 19, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

En el derecho penal argentino, que incluye este principio en sus procesos, es importante destacar que la prisión preventiva sólo se debe implementar en los casos que exista peligro de fuga del procesado (art. 7 inciso 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos) o bien para evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento. En caso contrario se estaría violando el principio de presunción de inocencia.

Cabe destacar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que «...la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.»[46]

En referencia al principio *"in dubio pro reo"* y la presunción de inocencia, ésta última obliga a las autoridades públicas a garantizar que las personas sean tratadas como inocentes hasta que se demuestre lo contrario, y en caso de duda, el juez debe absolver (*in dubio pro reo*) dado que solo se puede condenar si existe certeza absoluta de la culpabilidad del acusado.

También la Corte Suprema de Justicia ha insistido en la importancia de respetar el debido proceso, la sentencia como resultado de lo demostrado en el juicio y la garantía de defensa en el juicio. La Corte afirma que «... si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído, y si esa garantía se encuentra ausente no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia.[47]». Esta afirmación demuestra la relación estrecha entre el debido proceso, la posibilidad de defensa en juicio y la presunción de inocencia.

Bibliografía

Álvarez, M. B. (2016). La proyección del favor debitoris al derecho público romano : recepción de este principio en la legislación y jurisprudencia argentinas. En: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*.

Barrado Vicente, R. (1860). *Importancia que tuvieron en Roma los jurisconsultos : su influencia en el desarrollo del derecho : discurso leído en la Universidad Central por el jurisconsulto D. Roque Barrado Vicente en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en derecho civil y canónico*. Madrid : Imprenta de D. Luis Palacios.

Blanch Nougues, J. M. (2012). Ius Publicum y Ius Privatum en la experiencia del derecho : un ejemplo insólito en las distinciones de Bartola expuestas a través de esquemas. En: Revista general de Derecho Romano. 18. URL: https://www.researchgate.net/profile/Carmen-Palomo-Pinel/publication/316668380_Ius_publicum_y_ius_priuatum_en_la_experiencia_historica_del_derecho_Un_ejemplo_insolito_en_las_distinciones_de_Bartolo_expuestas_a_traves_de_esquemas/links/590b215e0f7e9b1d0826f137/Ius-publicum-y-ius-priuatum-en-la-experiencia-historica-del-derecho-Un-ejemplo-insolito-en-las-distinciones-de-Bartolo-expuestas-a-traves-de-esquemas.

46. CIDH, Caso Hernández vs. Argentina...,cit. p.37, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf

47. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*...cit. p. 19, en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

pdf?origin=publication_detail

Carboneli Sánchez, M. (2020). ¿Qué es la presunción de inocencia?. En: *Revista hechos y derechos*. (56) URL: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682

Carrió, A. D. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3ra. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires : Editorial Hammurabi. URL: https://pdfcoffee.com/qdownload/garantias-constitucionales-en-el-proceso-penal-alejandro-carriopdf-pdf-free.html

CIDH, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia del 22 de noviembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf

Código Procesal Penal, Ley 23.984, 21/8/1991.

Código Procesal Penal Federal, (T.O.2019) Ley 27.063, 7/2/2019.

Daniellan, M. (1996). *Constitución de la Nación Argentina : Antecedentes. Leyes Constitucionales*: *Derechos Humanos*. Buenos Aires : A-Z. p.185

Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado*. CSJ 367/2018/CS1. Sentencia 26 de diciembre de 2019. p. 19 https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf

Crouzet, M., dir.; Aymard, A.; AUBOYER, J. (1960). *Historia general de las civilizaciones : Roma y su imperio*. Vol. 2. 2ª ed. Barcelona : Ediciones Destino. p.637

De La Vega De Miguens, N. P. (1970). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires : Lerner. pp.11-15

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. URL : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

García Del Corral, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid : Editorial Lex Nova.

Jara Muller, J. J. (1999). Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. En: *Revista Estudios e Investigaciones : revista de Derecho*. pp.41-58. URL: http://revistas.uach.cl/html/revider/v10supl.Especial/body/art07.htm

Lozano Corbí, E. (1999). *Historia e instituciones de Derecho Romano*, [Madrid] : Mira Editores.

Madueño, R.; Capato, A.F.; Lonigro, F.V.; Ruiz, D.O.; Trueba, M.R.(h). (2003). *Instituciones de derecho público*. 3ª ed. Buenos Aires : Macchi.

Martínez Cisneros, G. (2008). La presunción de inocencia : de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al sistema mexicano de justicia penal. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. p.227. URL: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229

Mc Nall Burns, E. (1964). *Civilizaciones de occidente, su historia y su cultura*. 8ª ed. Buenos Aires : Peuser.

Muñoz Aranguren, A. (2020). *La presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo: algunos equívocos*. URL: https://almacendederecho.org/la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo-algunos-equivocos

Nava Gomar, S. O. (2010) La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación. En: *Revista justicia electoral*.1(6). URL: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf

Negri, C. M., dir. (2016). *Manual de instituciones de derecho público*. Buenos Aires : Erreius.

Nogueira Alcala, H. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En: *Revista Ius et Praxis*. 11(1). URL: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394

Ortega Pérez, F. (2019). La presunción de inocencia : entre el derecho español y el derecho de la Unión Europea. *Revista internacional del consinter de directo*. (6)10. URL: https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-02-direito-publico/la-presuncion-de-inocencia-entre-el-derecho-espanol-y-el-derecho-de-la-union-europea/

Rinaldi, N. (2006). *Lecciones ampliadas del Derecho Romano*. Buenos Aires : Edictum.

Thea, F. G. (2009). Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas. En: *La Ley* : *Suplemento Administrativo*. URL: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

Vázquez, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano : Palabras, locuciones y aforismos latinos*. Buenos Aires : Zavalía

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos referidos al error[1]

Mirta Beatriz Álvarez[2]

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación" que la autora dirige en la Universidad de Flores.

2. Profesora titular regular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada en el Sistema Nacional de Incentivos. Vicepresidente de AIDROM. Socia fundadora y Presidente emérita de ADRA.

El error en el Derecho Romano

Savigny ha definido el error como "la falsa noción que se tiene de una cosa". Dejaremos a un lado la diferencia entre error e ignorancia, pues, a esta última, igualmente se le pueden aplicar los efectos del error.

Torrent[3] define el error como la falsa representación de la realidad por parte de los sujetos del negocio jurídico. El error puede provenir de una divergencia entre voluntad y manifestación en cuanto puede venir viciada la voluntad por un falso conocimiento de la realidad negocial, tanto que incida sobre el sujeto o destinatario de un negocio jurídico unilateral, como sobre la voluntad de la otra parte, en los negocios bilaterales. Por estos motivos, en ámbitos científicos se plantea como un tema de interpretación de los negocios jurídicos.

La falsa noción puede recaer sobre la norma legal que gobierna al negocio (*error iuris*) ó sobre algunos de sus elementos constitutivos (*error facti*). El Digesto sienta un principio en 22, 6, 9 pr. cuando sostiene que a cada cual le perjudica la ignorancia de derecho, pero no la de hecho.

El **error de derecho** es el desconocimiento (*ignorantia iuris*) o la falsa noción de que una de las partes pueda tener sobre las normas aplicables. Betti sostiene que este error recae sobre el alcance, la existencia o permanencia en vigor de las normas jurídicas, y sobre la aplicación de la norma a una situación que no cae bajo su disciplina. Este tipo de error perjudica a quien lo sufre (*error iuris nocet*), ya que no podrá alegar la nulidad del negocio por esa razón, por cuanto el mismo es inexcusable.

Como las leyes se presumen conocidas por todos, se entiende que quién desconoce el derecho aplicable ha incurrido en una negligencia culpable, y por tanto no debe ser protegido (Paulo, D. 22, 6, 9 pr.)[4].

Sin embargo, conforme Labeón en Digesto, 22, 6, 9, 3, se excusa a quién no ha tenido oportunidad de instruirse acerca de la cuestión de que se trata. También se excusa a las mujeres (D. 2, 13, 1, 5, D. 25. 4. 2. 1. y C. 1. 18. 13), a los menores de veinticinco años (D. 22, 6, 9 pr.), a los soldados (D. 22, 6, 9, 1,) y a los rústicos (D. 2, 13, 1, 5, D. 49, 14, 2, 7 y C. 6, 9, 8). El error de derecho beneficia a estas personas en juicio sólo para evitarles un daño, y nunca para que puedan obtener un beneficio de su *ignorantia iuris*[5].

El **error de hecho** es el que versa sobre algunos de los elementos del negocio jurídico. Puede a su vez ser:

1º) Esencial: cuando ejerce una influencia determinante del consentimiento. Cuando el error es esencial, la parte que lo ha sufrido puede pedir la anulación del negocio.

2º) Accidental: en este caso el error no ha tenido una influencia decisiva, por lo que

3. A. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Armando Torrent editor, 1995, p.57.

4. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1925, p.108s. sostiene que el error de derecho es, por regla general inexcusable, no ya porque el derecho se presume conocido por todos, sino porque la ley debe ser aplicada a nuestros actos y regular sus consecuencias, sin indagar si es conocida o no, si ha sido bien o mal interpretada por los sujetos.

5. A.TORRENT., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Armando Torrent editor, 1995, p. 59 afirma que el principio de que el derecho se presume conocido por todos, se encuentra atemperado en el derecho imperial a favor de los menores de 25 años, mujeres, soldados, rústicos y en general en favor de las personas que por el lugar y el modo en que viven habitualmente, tienen menos posibilidades que otras para reconocer las normas jurídicas.

el negocio se hubiera realizado, a pesar de no haberse incurrido en este tipo de error. Por consiguiente, no determina la nulidad de negocio.

Para Maynz existe una regla muy simple para deslindar los diversos casos de error esencial y accidental: "el error será, pues, una causa de nulidad, cuando recae ya sobre la prestación misma o ya sobre uno de los elementos esenciales de esta prestación; pero lo será únicamente en estos casos".

El error de hecho podrá alegarse siempre que sea esencial y sea excusable, es decir, que quién lo alega no debe haber incurrido en una grave negligencia.

A continuación, analizaremos cada clase de error, para determinar su carácter:

El *error in negotio*: es el que recae sobre la naturaleza del negocio (Maynz diría sobre "la prestación misma"). Se produce cuando una de las partes quiere realizar un determinado negocio y la otra, uno diferente. El propietario de una cosa entiende entregarla en depósito y la otra parte cree recibirla en comodato. En este caso falta el consentimiento de las partes, por lo que no hay ni comodato ni depósito. Este error es esencial y causa la nulidad del negocio. Hay autores que, influenciados por la pandectística, se refieren a este tipo de error como obstativo, en el sentido que no produce la nulidad del negocio, pues éste no llega a nacer.

En estos supuestos hay disenso en vez de consenso.

Podemos citar los siguientes fragmentos:

D,12,1,18 pr y 1 (ni hay depósito ni hay mutuo).

Difiere Juliano en D.41,1,36: la tradición sería válida, aunque hubiera error en la causa. Pugliese[6] sostiene en este caso, que en el disenso imaginado por Juliano existía igualmente el ánimo de transmitir en el *tradens* y de adquirir en el *accipiens*.

C.4,22,5 año 294 (Constitución de Diocleciano: falta en ambos el consentimiento de una de las partes).

El *error in corpore*: es el que recae sobre la identidad de la cosa que constituye el objeto del negocio. Así, si el comprador creyese adquirir el fundo Corneliano y el vendedor entendiese enajenar el fundo Semproniano. En este supuesto, también nos encontramos ante un error esencial, pues falta el consentimiento, por lo que también daría lugar a la nulidad del negocio. Sería otro ejemplo de error obstativo.

Si, por el contrario, el error recae sobre la designación del objeto (*error in nomine*), es irrelevante, con tal que resulte establecida la identidad de la cosa (D. 18, 1, 9, 1) *Nihil facit error nominis, cum de corpore constat*.

En estos casos también habría disenso:

D. 18,1,9 pr. (disentimos en el objeto);

D. 28,5,9,1 (en un legado si se quería dejar un plato y se legara un vestido, no se deberá ni una ni otra cosa);

D. 45,1,137,1 (estipular un esclavo por otro: no se habrá hecho nada, porque la estipulación se forma con el consentimiento de ambas partes);

I. 3,19,23 (estipulante trata una cosa, promitente otra, no se contrae obligación alguna, lo mismo que si no hubiese respondido a la pregunta);

6. G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 466.

D. 18,1,9,2 Ulpiano (compra de un barril en la cantina creyendo que es de vino y es de aceto. Ulpiano coincide con la opinión de Marcelo, cuando se trata de aceto de vino, pero opta por la nulidad, cuando se trata de aceto de otra sustancia)[7].

Para los casos que analizaremos a continuación, la teoría del error no sería aplicable, si éste es provocado por engaño o cualquier maquinación dolosa, ya que en esos casos la nulidad se fundará en el dolo. Por otra parte, si el error está determinado por falta de una cualidad o persona exigida por la cláusula expresa del contrato, la invalidez se fundará en el incumplimiento de una de las condiciones y el negocio será resoluble por ello. En otros casos, el error, por no ser esencial, no determinaría la nulidad del negocio.

El *error in substantia*: es el que se refiere a la cualidad esencial o intrínseca de la cosa o al sexo del esclavo, que constituye el objeto de la prestación. Como sostiene Bonfante[8], este tipo de error versa sobre el destino económico-social de la cosa, destino que valora la cosa en función de su utilidad económica y que la distingue de otras cosas con valor comercial (Arangio Ruiz disiente en esta apreciación[9]).

Es de destacar que el *error in substantia* es uno de los más discutidos entre los jurisconsultos romanos, en razón de que *substantia* era un concepto difícil de definir ya que provenía de la especulación filosófica griega[10]. Así, por una parte, Paulo, en D. 45, 1, 22, al referirse a la *stipulatio*, no lo considera esencial, por lo que no produciría la nulidad del negocio. En lo que respecta a los negocios de buena fe, el debate en cuanto a su incidencia se da entre dos escuelas: Labeón y Marcelo sostienen que lo que interesa es la forma y no la materia, por lo que mientras exista identidad en el objeto, el error en la sustancia no sería suficiente para provocar la nulidad del negocio (lo refiere Ulpiano en, D. 18, 1, 9, 2).

Por otra parte, Ulpiano propicia la solución contraria, ya que afirma que lo esencial en el objeto es la materia, por lo que el error en la sustancia es causa de nulidad del negocio. Sin embargo, si la sustancia se modificó con posterioridad al acuerdo (el vino que se agrió), la venta es válida, pues existía acuerdo al concertarse el negocio. Ulpiano también se refiere al *error in virginitate* (D. 18,2,1), dando validez al negocio, aunque exista este error, ya que no tiene la misma trascendencia que el *error in sexo*.

D .18,1,9,2 (nula la venta, salvo vino que se agrió-es casi lo mismo);

D. 18,1,11,1 error en el sexo anula la venta;

D. 18,1,11,1 *error in virginitate*, vale la venta porque no se erró en el sexo, salvo que

7. M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano Giuffre Editore, 1990, p. .231 y 234.

8. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1925, p. 94.

9. V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 115 sostiene que el error *in substantia* tiene lugar cuando, aún habiendo acuerdo sobre la individualización de la cosa, se está sin embargo en desacuerdo sobre sus características esenciales y constantes. El sentido preindicado de *substantia* explica cómo las soluciones se apartan de aquéllas a las que conduciría la apreciación económico-social y no solo explica cómo no se atribuye importancia al error sobre la virginidad de la esclava (D.18, 1,11,1), sino también cómo respecto de quien haya comprado vinagre creyéndolo vino, distingue Ulpiano (D. 18,1,9,2,), según se trate de vinagre artificial o de vino agrio y sólo reconozca un error sustancial en la primera hipótesis.

10. A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Armando Torrent editor, 1995, p. 60.

se ponga como condición expresa;

D. 18,1,41,1 error de las dos partes es nula la venta, si ambos creyeron que la mesa era de plata y no lo era. (En cambio, si uno pusiera como condición del negocio que fuera de plata y el otro sabiendo que no era, no lo dijera, habría dolo. Si se pusiera como condición, y el otro no supiera, sería rescindible pues no se cumplió con la condición del negocio. Pero si el comprador creyera que era de plata y no lo dijera, y no lo incorporara al negocio, éste sería válido, pues habría un error *in mente retenta* y ninguna persona podría ampararse en un error que no ha salido de su mente, ya que, podría inclusive importar un verdadero dolo de su parte si nada dijo pensando en que la mesa era de plata y el vendedor podía desconocerlo y por ese motivo, podía venderla a un precio más bajo);

D. 18,1,45 hay dolo si el vendedor sabía que los vestidos eran usados, y por esa razón debe la cosa y la reparación. Si lo ignoraba, sólo debe la cosa;

D. 19,1,21,2 hay responsabilidad del vendedor si hubo engaño-dolo-las sillas son de madera distinta;

D. 45,1,22 en la *stipulatio*, si se vendió oro por cobre es válida la venta, pero hay acción de dolo, "si a sabiendas me hubieres engañado". El jurista argentino Borda, en un ejemplo similar, citando a Demolombe dice "Lo que admitirá la jurisprudencia es que dos personas que tratan sobre un objeto determinado, visto y apreciado por ellas, sin ninguna explicación al respecto, entienden sin duda tratar sobre ese objeto tal como aparece en su identidad exterior y visible"[11].

El *error in quantitate*: recae sobre el *quantum* de la prestación. Sobre este error encontramos diversas interpretaciones en cuanto se refiere a los contratos formales.

Así Justiniano, en Institutas, 3, 19, 5, siguiendo la opinión de Gayo, sostiene que es nula la estipulación cuando el estipulante ha querido prometer diez, mientras que el promitente sólo ha consentido en obligarse por cinco. La explicación para esta solución es que no hay en este caso la exacta correspondencia entre pregunta y respuesta que se exige en la *stipulatio*. Sin embargo, Paulo en D, 45, 1, 83, 3 y Ulpiano en D. 45, 1, 1, 4, sostienen que existiría obligación por la suma menor, en razón de que lo menos está incluido en lo más. Algunos intérpretes concilian estas dos posturas indicando que Gayo y Justiniano estarían sentando el principio general, en cambio Paulo y Ulpiano se referirían a la hipótesis en que el acreedor se conformase con la suma menor.

Con respecto a los contratos no formales, como la venta o la locación, los jurisconsultos sostuvieron que sólo sería esencial el error en la cantidad, si el acreedor pretendiera una suma más elevada que la que el deudor entendía obligarse, pero, en el caso inverso, no sería causa para anular el contrato (Pomponio en D. 19, 2, 52, referido al locatario que está dispuesto a pagar un valor más alto que el que pretende el locador).

Gayo, I. 3, 102, se refiere a la falta de concordancia en la *stipulatio* y, por ende, no nace el negocio. El mismo principio se encuentra en Justiniano I.,3,19,5.

En cambio, en D. 45,1,1,4 y D. 45,1,83,3 el negocio vale por la suma menor, pues sobre ella hay acuerdo.

D. 19,2,52 locación por menor valor que el ofrecido por el arrendador, no hay nada, pues no hubo consenso; si el que tomaba el arrendamiento entendió que lo arrendaba

11. G. BORDA., Manual de Derecho Civil, Parte General, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, p. 505.

por más, vale por el menor valor pedido por el arrendador, pues existe consenso hasta la suma menor.

El *error in qualitate*: recae sobre una cualidad de la cosa objeto de la prestación, pero no sobre su sustancia, por lo que no reviste el carácter de esencial y, por ende, no provoca la anulación del negocio ya que no es determinante para calificar su destino económico-social. Así lo afirma Paulo en D. 18, 1, 10, quién declara válida la venta de un objeto de oro, aunque sea de ley más baja que el que creía el comprador. En esta clase de error se entiende que hubo consentimiento en el negocio, pudiéndose discutir, en su caso, los vicios ocultos desconocidos por el comprador por la vía de los vicios redhibitorios.

El *error in qualitate* no tiene relevancia para los clásicos, mientras que en el derecho justinianeo se observa una tímida tendencia a conceder al comprador una acción de disminución del precio.

D. 18,1,14 es válida la venta de un objeto dorado por oro, pues tiene algo de oro, si el que vende cree que es oro y el que lo compra también. Tal como está tratado en el fragmento, habría error *in mente retenta*, que, como vimos, no invalida el negocio. En la parte final del fragmento se deja a salvo el caso del engaño y la venta se invalidaría por esa razón "si el bronce se vendiera por oro";

D. 18,1,10 compra de oro de baja calidad por oro fino, la venta es válida;

D. 19.1.21.2 mesas de madera común por madera fina (interpolado). Si hay error en la calidad, el acto es válido, salvo que hubiera habido engaño. Iglesias[12] sostiene que el derecho justinianeo se muestra favorable, aunque no de modo decidido, a otorgar una acción al comprador para que sea disminuido el precio.

El *error in persona*: recae sobre la identidad del sujeto con quién se contrata. Este error puede determinar la nulidad del negocio, si la identidad y la aptitud de una persona es un elemento esencial de la prestación que constituye el objeto de la obligación. Así ocurre en el caso de los contratos *intuito personae* (en los que resulta determinante la identidad del otro contratante por sus condiciones artísticas, por una especial competencia, por la confianza, por la solvencia, entre otras), en el matrimonio y en ciertos negocios hereditarios. En cambio, no resulta ser un error esencial si una persona vende una cosa al contado a otra, creyendo que es Paulo y en realidad es Sempronio[13].

Bonfante señala que en el matrimonio y en los actos a título gratuito, la intención se dirige a una persona determinada. Por el contrario, en los actos a título oneroso la intención se dirige, en general, a un sujeto cualquiera, aunque no se puede establecer una verdadera y propia regla jurídica en base a esta distinción[14].

12. J. IGLESIAS., *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 182, n. 46.

13. G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli,, 1991, p. 262, sostiene que el error in persona causa la nulidad del negocio si la persona fue considerada determinante para la conclusión del mismo. Así, era considerado en las disposiciones testamentarias, en los negocios fundados sobre una causa de donación, en los negocios atinentes a la persona o a la familia, e igualmente en el mutuo, el mandato y en todo otro negocio concluido por la fiducia, que se nutría de la honestidad, la solvencia y cualquier otra cualidad de la otra parte. En cambio, la persona no era así considerada, en la compraventa al contado y en otros negocios patrimoniales no atinentes al crédito.

14. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1925, p.93.

En los negocios en que la persona es relevante, es menester que se haga expresa mención del interés de contratar con determinada persona. Si uno lo puso como condición y la contraparte admitió ser esa persona, cuando en realidad no lo era, estaríamos en presencia de un engaño y el negocio se anularía por ese motivo. Si nada se dijo, no puede ampararse en el error para evitar cumplir, pues esto implicaría crear una nueva incapacidad jurídica en los deudores.

En las fuentes hay muy pocas referencias a este tipo de error en los negocios bilaterales (D. 12, 1, 32); por el contrario, tiene especial importancia en los testamentos, referido al error en la designación de un heredero (D. 28, 5, 9 pr.) o de un legatario (I. 2, 20, 29);

D. 12,1,32 el negocio es válido y se debe devolver el dinero al que es el dueño;

D. 28,5,9 pr. error en la institución de heredero invalida la institución ("no es heredero el que fue instituido porque se carece de voluntad, ni aquél a quien quiso instituir, porque no fue instituido");

I. 2,20,29 *error in nomine* no invalida el legado, si consta la existencia de la persona; I. 2,20,31 trata de un error en la causa. El legado es válido salvo que la causa se haya puesto como condición del legado, y entonces se invalidaría, por falta de cumplimiento de la condición;

D. 35,1,17,1 afirma que el legado es válido, aunque se hubiere errado en algo al designar al legatario ("Lego a mi esclavo Ticio el cocinero o el zapatero" y no es ni cocinero ni zapatero).

Hasta este momento hemos tratado el error considerado como una causa posible de ineficacia del negocio jurídico, pero en otros casos el error puede actuar removiendo obstáculos.

Así, las fuentes se pronuncian por la validez del mutuo de dinero hecho a un *filius familia*, a pesar de la prohibición del Senadoconsulto Macedoniano, cuando el comportamiento de éste y la consideración social, lo tengan por un *pater familias* (D. 14,6,3). Se considera válido el testamento en que intervenga como testigo un esclavo, cuando la opinión común lo sindique como un hombre libre.

Fuera de la órbita del negocio jurídico, encontramos el *erroris causa probatio*, en base al cual una mujer romana que se ha unido en matrimonio con un extranjero, creyéndolo ciudadano, consigue que las nupcias sean reconocidas como válidas y que el marido y los hijos obtengan la ciudadanía romana (Gayo, I. I, 68).

Recepción del error en el derecho argentino

Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino legislaba sobre el error como vicio de los actos jurídicos, en el Libro II, Sección 2ª, Título I, Capítulo 1, artículos 923 a 929.

Previamente, en el art. 922, el codificador Vélez Sarsfield, unificando tres disposiciones del Esboço de Freitas que tuvo como fuente, sostenía que "los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquéllos que

se ejecutaren por fuerza o intimidación".

El **error de derecho** estaba tratado dentro de los Títulos preliminares del Código Civil, en el primero de ellos, titulado "De las leyes", en el artículo 20, de la siguiente manera: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley". En la nota respectiva, Vélez citaba el Código de Louisiana[15], el Código de Austria y las Partidas y sostenía que éstas últimas "copiaron las leyes Romanas sobre la ignorancia del derecho".

Por su parte, en el Libro II, el art. 923 establecía: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos". El codificador citaba en la extensa nota a este artículo, a Savigny y su distinción entre error e ignorancia, y también a Pochanet quién, en un tratado especial sobre el error entra en el examen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio.

Sin embargo, los artículos citados precedentemente dejaban a salvo, como excepción, los casos en que la misma ley admitía invocar el error de derecho. Se requería en esos supuestos que el error fuera esencial y excusable y que quién lo invocara, probara la situación de ignorancia o error.

Las excepciones legales eran las siguientes:

El supuesto del pago de lo no debido, ya que el art. 784 establecía que la persona que, por un error de hecho o de derecho, se creyera deudor, tiene derecho a repetir lo que ha pagado (solución distinta a la que consta en C. 1,18,10 en que el pago de lo no debido por error de derecho no da lugar a repetición; sólo compete repetición por error de hecho).

El caso de la transacción, cuando se llega a ella por error de hecho o de derecho, al creer que el título era válido, cuando en realidad era nulo. Este supuesto estaba contemplado en el art. 858.

Se consideraba de buena fe, al poseedor de la herencia cuando por error de hecho o de derecho, se creía legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tenía, conforme lo disponía el art. 3428.

Algunos autores (López Olaciregui, entre ellos) consideraban que existían tantos supuestos contemplados de error de derecho, que prácticamente se había invertido la regla del art. 923. Esta concepción atentaba contra la seguridad de las relaciones jurídicas, y la jurisprudencia argentina, en sus fallos, ha evitado extender las excepciones, más allá de los supuestos expresamente contemplados en la norma.

Para el jurista Guillermo Borda, en ninguno de los tres casos contemplados en el Código Civil, el error de derecho era relevante, ya que el del pago de lo indebido tendría su fundamento en el enriquecimiento sin causa. En el segundo supuesto, la transacción es rescindible en virtud de la nulidad del título, y en el tercer caso, el error no funciona como causa de nulidad, sino por el contrario, de validez de ciertos actos, como la percep-

15. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, Tomo III, p. 19, comentario al artículo 989, afirma que el Código de Luisiana tiene 28 artículos sobre el error. Se define al error de derecho de la siguiente manera: "El que consiste en sacar falsas consecuencias legales de hechos de que se está bien informado".

ción de frutos por parte del poseedor de la herencia reputado de buena fe[16].

El **error de hecho** tiene lugar cuando el falso conocimiento recae sobre los datos de hecho, o bien sobre el contenido de los presupuestos del acto.

El error de hecho cuando tiene las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico es un vicio de la voluntad que incide sobre el elemento interno "intención", pues no se llega a distinguir correctamente el acto de que se trata.

El Código Civil Argentino en sus artículos 924 a 928 inclusive, se refería a las distintas clases de error de hecho y determinaba, en cada caso si ese error era esencial o accidental.

Error sobre la naturaleza del acto: contemplado en el art. 924. En la nota Vélez aclaraba: "Si yo prometo a alguno prestarle una cosa y él entiende que se la dono, yo no estoy en manera alguna obligado". Se trata de un error esencial y anula el acto.

Error sobre la persona: tratado en el art. 925 en forma muy amplia: "Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona con la cual se forma la relación de derecho". En la doctrina argentina encontramos tres posturas diferentes: una de ellas (Machado, Lafaille, Brebbia), basándose en el derecho francés, entiende que el error en la persona en el derecho argentino debe restringirse al caso en que aquélla sea determinante del negocio. Una segunda postura (Llerena) considera el error en la persona como un vicio invalidante del negocio en todos los casos. Por último, una posición intermedia (Salvat, Llambías, Cifuentes), sostiene que no es necesario que la persona sea la causa principal del acto, pero sí que esa persona no sea completamente indiferente. El codificador en la nota al artículo manifestaba: "Las decisiones del Derecho Romano no dejan sobre esto duda alguna. En efecto, cuando compro o vendo una casa, la persona del vendedor o del comprador me es comúnmente indiferente: pero otra cosa puede ser a causa del derecho de evicción que compete al comprador o de su insolvencia. En materia de préstamo, la persona del deudor tiene la mayor importancia; la del acreedor menos. En la locación, no es tampoco indiferente la persona del locatario y así en los demás contratos". Con respecto a la cuestión sobre si el error en la persona que puede invalidar el negocio comprende sólo la identidad de la persona o también las cualidades de la persona, por la amplia redacción del artículo se entendían comprendidos ambos supuestos, siempre que las cualidades hayan sido causa determinante del negocio. No cabía invocar error sobre la persona en la gestión de negocios (art. 2.289), en los títulos al portador y en ciertas disposiciones de última voluntad, como el legado a los pobres o al alma del testador (art. 3.722)[17].

Error sobre la causa principal del acto y error en la sustancia: estaban tratados conjuntamente en el art. 926 que decía: "El error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto". El propio codificador en la nota

16. G. BORDA, *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, p 510 s.

17. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, Tomo III, p. 22, comentario al artículo 989, sostiene los artículos 1829 y 1830 del Código de Luisiana dicen, que en los contratos de beneficencia la ley presume que la consideración de la persona es su causa principal, y en los onerosos, como la compra, permuta, préstamo a interés, arriendo, la causa accesoria. García Goyena sostiene que esta disposición deberá servir de regla, porque es ingeniosa y fundada.

al mencionado artículo explicaba, citando a Marcadé: "...por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte; y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más o menos, coloca al objeto en tal especie o en tal otra especie, según esta cualidad existe o no existe." A continuación, Vélez citaba al Código de Prusia y la definición que éste daba sobre la sustancia de la siguiente manera: "Todas las partes y todas las propiedades de una cosa, sin las cuales esta cosa cesaría de ser lo que ella representa, o de concurrir al fin para el cual es destinada, forman la sustancia de la cosa". En la doctrina argentina para analizar el tema del error en la causa, es presupuesto reafirmar la existencia del elemento "causa" en los negocios jurídicos. Para los anticausalistas (Llambías), Vélez no se estaría refiriendo a otra clase de error, sino reafirmando el error en la sustancia, mencionado en la misma norma; para ello, se basan en el art. 461 del Esboço (fuente de este artículo) y en la parte de la nota de Vélez que decía "así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa". Por el contrario, la doctrina mayoritaria, sostiene que Vélez ha tratado el error en la causa en forma autónoma y define la causa como el motivo determinante del negocio, cuando figura expresa o tácitamente en la intención común de las partes. Con respecto al error en la sustancia, existen dos corrientes para explicarlo: la objetiva, que toma en consideración las ideas admitidas mayoritariamente en la sociedad para determinar si esa cualidad es esencial o no (Borda, Aráuz Castex) y la subjetiva que, tomando el texto del artículo al pie de la letra ("calidad de la cosa que se ha tenido en mira"), sostiene que el error en la sustancia debería recaer sobre aquella cualidad que indujo a la parte a realizar el negocio (Llambías, Spota).

Error en el objeto: el art. 927 se refería al error respecto al objeto sobre el que versare el negocio, considerándolo esencial y, por ende, sancionado con la nulidad del acto. Este error comprendía los siguientes casos: a) cuando se conviene sobre una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar (una propiedad en Flores o en Palermo); b) el contrato en el que el error versa sobre una cosa de diversa especie (bolsas de trigo, en vez de bolsas de cebada), y c) cuando la equivocación se refiere a diversa cantidad, extensión o peso (*error in quantitate* romano), ya que se considera que, si el error en la cantidad, constituye una individualización de la cosa, el error en la cantidad se convierte en error en la identidad del objeto. En la nota, sin embargo, el codificador citaba el Digesto y manifestaba "es preciso distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa ha creído que era más grande, o menor de la que exigía la otra parte contratante: si él ha querido una más grande, el contrato es válido por la cantidad menor, si ha querido la menor, no hay contrato."(solución similar a D. 19,2,52).

Error sobre la calidad: siempre que la calidad supuesta sea accidental o accesoria en la cosa, no es error esencial y no comporta un vicio que invalide el acto, aunque haya sido el motivo determinante del negocio. Así lo determinaba el Código Civil en el art. 928. Sin embargo el mismo artículo contemplaba supuestas excepciones, tales como: a) que la calidad erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte (sería causa de rescisión del negocio y no un supuesto de error); b) o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría realizado (la nulidad se determina en razón del dolo), ó c) o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella,

o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición (se trataría de un negocio sujeto a condición suspensiva y no de un acto viciado de error).

Excusabilidad del error de hecho

El error es excusable cuando está justificado y puede invocarse; en cambio es inexcusable, cuando el sujeto, poniendo la debida atención, estaba en condiciones de advertir su falsa noción sobre los hechos. El Código Civil Argentino tomaba en cuenta la culpa en el error: cuando alguien obra sin informarse debidamente, pudiéndolo hacer, no puede invocar el vicio de la voluntad, y la sanción por esa falta de diligencia es mantener la vigencia del acto. El art. 929 disponía al respecto: "el error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable". En la nota al referido artículo, Vélez citaba a Savigny y pasajes del Digesto y manifestaba que, para la aplicación de esta disposición restrictiva, era necesario tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Sostenía que, en general, el que se engaña sobre sus propios actos, o sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque éste supone una gran negligencia; pero esto no es más que una presunción, porque semejante error es algunas veces admisible, sea a causa de la posición particular del sujeto, sea a causa de las circunstancias especiales del negocio.

Con relación a la cuestión de la prueba del error de hecho, podemos afirmar: a) la persona que actuó con la intención viciada por error de hecho esencial, tiene que probar esa falsa noción que tenía sobre el negocio o alguno de sus elementos; b) la otra parte, que se opone a la anulación, debe a su vez probar que dicho falso conocimiento es inexcusable (por haberse producido por negligencia culpable del equivocado); c) aún en ese supuesto, la víctima del error puede demostrar que, si bien su error no era excusable, el destinatario sabía o debía saber que aquél actuaba por error y no se lo advirtió, logrando así colocar el caso en la esfera del dolo por omisión.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina fue sancionado por la Ley 26.994 y entró en vigor el 1º de agosto de 2015.

El **error de derecho** se encuentra tratado en el Capítulo 2 del Título Preliminar, en el art. 8 denominado **Principio de inexcusablidad**, de la siguiente manera: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico".

Como señalan Rivera y Crovi[18], ningún sistema jurídico resistiría que los sujetos de derecho pretendiesen exculparse afirmando que desconocían las normas jurídicas, o que estaban errados sobre su contenido. De allí que se recurra a la ficción del conocimiento por todos. Pero en realidad, el verdadero fundamento radica en la obligatoriedad de la ley.

Algunos proyectos de reforma propiciaron dar algún ámbito a la invocación del error de derecho, pero el Código Civil y Comercial ha mantenido la solución tradicional. Así

18. J. .RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p. 829.

en los Fundamentos se propone "...mantener el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida". Teniendo en cuenta la orientación de protección de las personas débiles, se expone en los Fundamentos "...Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo (eximir a los más vulnerables del conocimiento presuntivo de la ley supletoria) en el título preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación que podría deteriorar seriamente el presupuesto básico..."

El **error de hecho** se encuentra tratado en el Título IV, Capítulo 2 del Libro Primero (Parte General) titulado "Error como vicio de la voluntad", arts. 265 a 270.

En los fundamentos, se afirma que se ha decidido preservar la metodología seguida por Vélez Sarsfield en orden a la regulación de los vicios de la voluntad. En consecuencia, se dedican sendos capítulos al error, el dolo y la violencia. Vale decir que, en el Código Civil y Comercial se distingue, tal como lo hacía el Código Civil, entre vicios de la voluntad y vicios propios del acto jurídico[19].

En los fundamentos del Proyecto referido a los vicios de la voluntad, en lo atinente al error, se sostiene: "Se mantiene la necesidad de que el error sea esencial y se prescinde del requisito de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada -para tutela de la confianza- del que yerra hacia el destinatario de la declaración: se requiere por ello, la reconocibilidad (art. 1.428 del Código Civil Italiano)".

Así se define el error de hecho en el art. 265 y la reconocibilidad en el art. 266.

Art. 265.- "**Error de hecho.** El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad".

Si bien prestigiosos juristas como Lambías distinguen entre error excluyente de la voluntad (obstativo), error esencial y error accidental o indiferente, esta distinción no se receptó en las normas del Código Civil que consideró sólo el error esencial (comprensivo del obstativo y el esencial propiamente dicho) y el accidental, y a la nulidad como consecuencia del primero[20]. El Código Civil y Comercial sigue el mismo esquema del Código Civil velezano en este punto.

El art. 266 define el **error reconocible:** "El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar".

Benavente[21] sostiene que el error es reconocible cuando el destinatario de la manifestación de la voluntad, actuando con la normal diligencia, ha debido advertir el error en que incurría la contraparte[22].

Art. 267.- **Supuestos de error esencial.-** El error de hecho es esencial cuando recae

19. A. BUERES. director, *Código Civil y Comercial de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Buenos Aires, Hammurabi, 2016, Tomo 1B, artículos 225-400 Parte general, p.134.

20. A. BUERES, director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.136.

21. J. RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.835

22. A. BUERES, director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.139 destaca que si bien el art. 265 traslada el esquema de la excusabilidad- para tutela de la confianza- del que yerra hacia el destinatario de la declaración, requiriendo la reconocibilidad, en dos artículos se refiere al error esencial y excusable, o sea, que se retorna al sistema del Código Civil. Son los artículos 427 que se refiere a la buena fe en la celebración del matrimonio y el 1918 referido a la posesión y tenencia.

sobre:

La naturaleza del acto.

Un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diferente a la querida.

La cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso.

Los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente. (condición del negocio).

La persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto, si ella fue determinante para su celebración (negocios *intuito personae*)".

Bueres[23] sostiene que los supuestos previstos en el art. 267 son de carácter taxativo, porque la regla es partir de la validez de los actos, por lo tanto, todos los casos que conducen a la ineficacia son excepciones.

El error sobre la naturaleza del acto, como error de hecho, se circunscribe a los supuestos de "disenso" (el ejemplo de comodato por compraventa), y al de error en la "declaración", como si se firmara un contrato de compraventa en vez del poder que se quería firmar[24].

En el supuesto de error sobre la individualidad del objeto (primer caso del inciso b), la alegación del error presupone -además de diverso objeto- que éste resulte ineficiente para el fin tenido en cuenta por el adquirente.

Sería hecho diverso, verbigracia, haberse comprometido a pintar, siendo que la otra parte comprendió que era enduir y pintar.

Respecto del error sobre la cantidad, extensión o suma del objeto de que se trate, el yerro consiste en la medida o *quantum* del bien[25].

El error sobre la cualidad esencial está tratado en el inciso c) cualidad esencial es aquella cualidad sin la cual no se hubiese contratado. Para Rivera, el Código Civil y Comercial parece haber adoptado un criterio objetivo al haber eliminado la frase "que se ha tenido en mira"[26]. En el mismo sentido se expresan Herrera, Caramelo y Picasso[27].

Al incorporar en el inciso d) el error sobre la causa, el Código Civil y Comercial ha adoptado una posición decididamente causalista. La causa es un elemento del negocio jurídico que comprende los fines objetivos que el negocio debe satisfacer, cuanto los motivos individuales cuando han sido causalizados expresa o tácitamente[28]. Es el error sobre la causa motivo.

El Código Civil y Comercial define cuando el error sobre la persona es esencial estableciendo que lo será cuando aquélla fue determinante para la celebración del acto. Encuentra su aplicación en todos los actos *intuitu personae* o en los actos a título gratuito (donaciones, institución de herederos o legatarios), toda vez que es en beneficio de una

23. A. BUERES. director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.147

24. J. RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.831.

25. J. RIVERA y L. CROVI., *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.832.

26. J. RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.833.

27. M. HERRERA, G. CARAMELO y S. PICASSO, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* Título Preliminar y Libro Primero, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 449.

28. J. RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.833.

persona determinada que se quiere hacer la liberalidad[29]. Este error también está tratado en el art. 409 inc. a) referido al matrimonio.

Diferente a la situación anterior es el caso en que se invoca la existencia de error sobre las cualidades de la persona. En este caso, quien pretenda la nulidad deberá demostrar que las cualidades que creía que tenía el otro sujeto fueron determinantes para que él otorgase el acto. Dentro de las cualidades relevantes podemos mencionar, la profesión, estado civil, aptitud artística o técnica, entre otras[30].

El campo de aplicación de esta noción es, fundamentalmente, en el matrimonio y se encuentra tratada en el art. 409 inc. b)[31].

La incorporación del art. 268 referido al error de cálculo y el art. 269 respecto a la subsistencia del acto abogan por el principio de la validez[32].

El art. 268 se refiere al error de cálculo que solo da lugar a su rectificación, salvo que dicho error sea determinante del consentimiento.

El art. 269 introduce la novedad de la subsistencia del acto rectificado estableciendo: "La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar".

Por último, el art. 270 establece que son aplicables las disposiciones de los artículos precedentes al error en la declaración de voluntad y en su transmisión. Esta última hipótesis se conoce también como error impropio y puede concurrir tanto en los actos unilaterales como en los bilaterales.

También encontramos referencias al error en el libro quinto, Título XI Sucesiones testamentarias, Capítulo 1, Disposiciones Generales del Código Civil y Comercial. Así, el art. 2463 establece que "Las reglas establecidas para los actos jurídicos se aplican a los testamentos en cuanto no sean alteradas por las disposiciones de este Título"[33] y el art. 2467 regula la nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias, en el inciso f) por haber sido otorgado con error, dolo o violencia.

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos referidos al error

A continuación, mencionaremos algunos aforismos latinos mencionados en las fuentes e indicaremos si perviven en la actualidad.

29. J. RIVERA y L. CROVI, *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.834

30. J. RIVERA y L. CROVI., *Derecho Civil Parte General*, 2da. edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p.835

31. Art. 409. "**Vicios del consentimiento**. Son vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega".

32. A. BUERES. director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.157.

33. A. BUERES, director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 585, sostiene: "Como el testamento es una especie de acto jurídico, conforme surge del art. 259, la remisión a las normas generales sobre esta institución le resultan aplicables, salvo, claro está, las disposiciones específicas que puedan regular algunos aspectos de este acto".

Error iuris nocet

El error de derecho perjudica a quién lo sufre (*error iuris nocet*), ya que no podrá alegar la nulidad del negocio por esa razón, por cuanto el mismo es inexcusable.

Como las leyes se presumen conocidas por todos, se entiende que quién desconoce el derecho aplicable, ha incurrido en una negligencia culpable, y por tanto no debe ser protegido (Paulo, D. 22, 6, 9 pr.).

Pochanet citado por el Codificador Vélez Sarsfield, en un tratado especial sobre el error entra en el examen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio. Pochanet concluye: "El sentido de la máxima *error iuris nocet* es bien claro: al que quiere sustraerse a la aplicación de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido, al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error iuris nocet*".

Ignorantia excusatur non iuris, sed facti

En el mismo sentido, en D. 22, 6, 9 Paulo, De la ignorancia del derecho y de hecho, Libro único. A cada uno perjudica la ignorancia de derecho, no así la de hecho. Se trata de un principio jurídico que se deduce de este fragmento.

Ignorantia legis non excusat La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. C. 1,18,12.

Errantis voluntas nulla est

Pomponio, D. 39,3,20

Iglesias[34] sostiene que el disenso, llevado hoy a categoría definida, se muestra aparejado en Roma, con el error, concibiéndose como una consecuencia de éste.

Torrent[35] afirma que se produce el error cuando el sujeto realiza actos de manifestación a los que atribuye un valor distinto del que en la conciencia social tienen tales actos. En este caso estamos ante una divergencia no consciente entre voluntad y manifestación (error obstativo, error en la declaración, o error impropio), en cuanto una parte atribuye a su declaración un significado diverso de su reconocimiento objetivo y es este significado el que es asumido por la otra parte. O puede haber error cuando el sujeto emite una declaración de voluntad a la que llega por un falso conocimiento de la realidad (error vicio o error en la determinación causal, o error propio).

Pugliese afirma que *"la massima "errantis voluntas nulla est" vale tanto per l'errore che induce a dichiarare quel che (o come) non si vuole (c.d. errore ostativo) quanto per l'errore che induce a volere quel che (o come) altrimenti non si sarebbe voluto (c.d. errore-vizio)*[36]*"* (el error obstativo es el que induce a declarar algo que (o como) no se quiere,

34. J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 181, n. 39.

35. A. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Armando Torrent editor, 1995, p.58 afirma que en base a esta regla, en el caso del error obstativo no surge ningún negocio y para cierto sector de la doctrina más que de error, se trata de "disenso" en este caso, en cuanto las partes no coinciden en su apreciación del negocio.

36. G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, Torino*, Giappichelli, 1991. p.764.

mientras que el error vicio induce a querer algo que (o como) no se hubiera querido).

Si bien los romanos no utilizaron esta terminología, del análisis de la casuística del Digesto, se advierte la tendencia en la época clásica, a dar relevancia a lo que la doctrina posterior define como error obstativo, y si bien en los fragmentos se menciona la nulidad como sanción, en rigor, por haber habido disenso en vez de consenso, el negocio no llegó a tener efectos (la doctrina francesa se refiere a éstos como actos inexistentes). "¿Qué cosa hay tan contraria al consentimiento, como el error que descubre la ignorancia?" (D. 2,1,15 *in fine*).

Una novedad del período postclásico y justinianeo es la inclusión del error-vicio como causal de impugnación judicial del negocio. Cuando el error vicio tiene incidencia sobre un elemento esencial del negocio se acerca a la categoría de error obstativo[37].

Non videntur, qui errant, consentire

En el mismo sentido que el aforismo precedente, que corresponde a Pomponio, en D. 39.3.20, podemos ubicar el aforismo *Non videntur, qui errant, consentire* que se encuentra en D. 50,17,116,2 atribuído a Ulpiano.

Error facti nemini nocet

C.6,50,9 Gordiano (238) El error de hecho no impide la repetición.

Es un supuesto del pago de lo no debido, ya que el art. 784 del Código Civil velezano establecía que la persona que, por un error de hecho o de derecho, se creyera deudor, tiene derecho a repetir lo que ha pagado (solución distinta a la que consta en C. 1,18,10 en que el pago de lo no debido por error de derecho no da lugar a repetición; sólo compete repetición por error de hecho).

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, trata el Pago indebido en el art. 1.796 y en el art. 1.797 se establece la irrelevancia del error. "La repetición del pago no está sujeta a que haya sido con error".

El aforismo ya no perviviría y Calvo Costa[38] afirma que el art. 1.797 resulta apropiado, pues la razón de ser de la repetición del pago indebido es que configura un enriquecimiento sin causa que no puede ser tolerado, en el mismo sentido en que se expresara oportunamente Borda.

Nihil factis error nominis, cum de corpore constat

Ulpiano, D. 18,1,9,1. En nada daña el error de nombre cuando hay acuerdo sobre el objeto. Se refiere al error que recae en la cosa misma del contrato. Si el error es solo en

37. M. TALAMANCA. *Istituzioni*..., cit. p.236 sostiene que el período postclásico y justinianeo se caracterizó –según la opinión prevalente de la crítica interpolacionística- por la tendencia a dar mayor peso a la voluntad efectiva de las partes y por consiguiente, a una mayor consideración del error. La máxima *errantis nulla voluntas* (no hay voluntad de parte del que cae en error), tenía en las obras de los juristas clásicos solamente una validez tópica.

38. C. CALVO COSTA, *Código Civil y Comercial de la Nación, Anotado con la relevancia del cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 598.

el nombre, vale el contrato[39].

Error nominum in scriptura factus, si modo de rebus non ambigitur, ius legati non minuit

C. 6,37,7,1. El error en los nombres de las cosas cometido en la escritura, siempre que no haya duda sobre las cosas, no menoscaba el derecho del legado otorgado.

Conclusiones

De los textos analizados podríamos concluir que el error no es un vicio de la voluntad que, por sí solo, permita a la víctima solicitar la nulidad del negocio.

Aún cuando la categoría de error obstativo es una elaboración posterior, podemos afirmar que en los casos de *error in negotio* y *error in corpore*, el negocio no llega a nacer pues existe "disenso" en lugar de consentimiento. La misma consecuencia se da en caso de divergencia en la *stipulatio* sobre cualquier elemento, pues al no existir exacta correspondencia entre pregunta y respuesta, dicho contrato formal no llegó a nacer.

Con referencia al error vicio, si bien la categoría es aplicable a todos los negocios, los ejemplos de las fuentes justinianeas se refieren casi exclusivamente a la compraventa.

Con respecto a los casos de *error in substantia* y *error in persona*, puede ocurrir alguna de las tres hipótesis: a) si la sustancia o la persona fueron tenidas expresamente en consideración por la víctima del error y la contraparte, mediante un engaño, afirmó lo que en realidad no era, la protección a la víctima se basa en la nulidad del negocio en razón del dolo sufrido; b) si la víctima del error expresó como condición del negocio que pretendía una determinada sustancia o contratar con determinada persona, y ello no se cumplió y no hubo engaño de la contraparte, el negocio será rescindible por falta de las condiciones expresamente establecidas; c) si no medió engaño y no se incluyó como condición del negocio determinada sustancia o persona, habría *error in mente retenta*, en el cual no puede ampararse la víctima para dejar sin efecto el negocio, pues habría una negligencia culpable de su parte, y por lo tanto, el error sería inexcusable, al haber omitido precisar aquello que consideraba determinante para el negocio.

Con respecto a la diferencia de calidad o cantidad (*error in qualitate* y *error in quantitate*), al tratarse de un error no esencial, no da lugar a la nulidad del acto, y la víctima se encuentra protegida: en el caso de calidad inferior, puede solicitar una disminución proporcional del precio, y si difieren las cantidades, el negocio es válido por la cantidad menor, ya que hasta ella llega el acuerdo.

En el Código Civil Argentino, Vélez Sarsfield no definía el error esencial, sino que suministraba los casos de error que consideraba esencial. Sin embargo, en la nota al art. 926 citaba a Marcadé, y reproducía un ejemplo que permitía sostener la postura que el error no es un vicio que por sí solo permita a la víctima a solicitar la nulidad del acto.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha mantenido la concepción original acerca

39. F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, Tomo III, p21, comentario al artículo 989.

de la inexcusabilidad del error de derecho.

Con relación al error de hecho, el Código Civil y Comercial destina un capítulo de los vicios de la voluntad para referirse al error. Así enumera los casos de error esencial en el artículo 267, pero evita el requisito de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada -para tutela de la confianza- del que yerra hacia el destinatario de la declaración: se requiere por ello, la reconocibilidad, tratada en el art. 266.

Si bien prestigiosos juristas como Lambías distinguen entre error excluyente de la voluntad (obstativo), error esencial y error accidental o indiferente, esta distinción no se receptó en las normas del Código Civil que consideró sólo el error esencial (comprensivo del obstativo y el esencial propiamente dicho) y el accidental y a la nulidad como consecuencia del primero[40]. El Código Civil y Comercial sigue el mismo esquema del Código Civil velezano en este punto.

Como corolario podemos afirmar la pervivencia actual de los aforismos latinos referentes al error, tanto al error de derecho **(Error iuris nocet, Ignorantia excusatur non iuris, sed facti e Ignorantia legis non excusat) como al error de hecho (Nihil factis error nominis, cum de corpore constat, Error nominum in scriptura factus, si modo de rebus non ambigitur, ius legati non minuit).**

La categoría de error obstativo -que es doctrinaria-, encontraría su fundamento en los aforismos **Nulla voluntas errantis est y Non videntur, qui errant, consentire.**

El único aforismo que no perviviría sería el relativo a la repetición del pago de lo indebido **(Error facti nemini nocet)** conforme art. 1.797 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Bibliografía

Arangio-Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires : Depalma.

Bonfante, P. (1925). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid : Reus.

Borda, G. (1986). *Manual de derecho civil : parte general*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Bueres, A., dir. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación : análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires : Hammurabi.

Calvo Costa, C. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación : anotado con la relevancia del cambio*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Madrid : Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial.

Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires : Infojus.

40. A. BUERES. director, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.136.

Iglesias, J. (1972). *Derecho Romano : instituciones de derecho privado*. Barcelona : Ariel.

Pugliese, G. (1991). *Istituzioni di diritto romano*. Torino : Giappichelli.

Rivera, J.; Crovi, L. (2019). *Derecho civil : parte general*. 2ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano : Giuffre.

Torrent, A. (1995). *Manual de derecho privado romano*. Zaragoza : Armando Torrent.

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

Romina del Valle Aramburu[1]

1. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Plata.

El *in dubio pro reo,* sus implicancias en el derecho argentino ¿Cómo surge la denominación?

El *In dubio pro reo* es un latinismo usado aproximadamente desde la Revolución Francesa. Se proponen postulados jurídicos que se aplican en la actualidad y que tienen bases en nuestras constituciones nacionales. Por lo tanto, no fue una creación explícita de los romanos, sino que temporalmente surge mucho tiempo después.

Al *in dubio pro reo* se lo asocia con la duda que pueden tener los jueces al momento de sentenciar en una causa penal, y esa duda favorece al imputado, esté detenido o no. La falta de certeza o convicción lleva a esta solución jurídica regulada por los códigos procesales nacional, y los provinciales en Argentina. Es un principio jurídico que significa: en caso de duda, a favor del acusado, así encontramos: *in dubio absolvitur reus*, ante la duda se debe absolver al reo, también *in dubiis reus est absolvendus,* o sea, ante la duda hay que absolver al reo.

De esta manera, la denominación de duo, que significa: dos, o es establecido como una alternativa entre una cosa u otra, tenemos *dubium*, *dubii* como duda o vacilación.

Generalmente se lo suele confundir con la presunción de inocencia, pero son dos aspectos diferentes, por un lado esta última sí aparece en las fuentes romanas, un ejemplo de ello lo encontramos en D. Liber XIV pág. 47[2], referido al Libro XIV Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos a Aurelio Sacrato, soldado- Como tu propongas que tu esclavo gravemente oprimido por la violencia de una enfermedad cumpliese el destino de la vida, una presunción **de inocencia de quién te llevas** la fidelidad, no permite que, a causa de un desmesurado castigo, levantes contra él una acusación de calumnia. Propuesta en la nonas de Diciembre. Siendo Cónsules Diocleciano por tercera vez Augusto y Aristóbulo. La *presumptio* es anticipar una situación determinada para brindar a un caso una solución jurídica que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, en cambio en el dubio pro reo no ocurre esta cuestión.

En Ulpiano en *Dig.* 48, 19, 5 pr. "*satius enim esse impunitum reliqui facinus nocentis quam innocentem damnari",* referido a que es conveniente o factible dejar un crimen impune que condenar a un inocente" emerge la posibilidad de la duda desde un punto de vista tácito, no lo dice expresamente el Digesto. El jurista Ulpiano en su labor jurídica "considera al derecho natural como una fuente del derecho privado de una misma categoría que el derecho de gentes y el civil, ha sido critica al sostener que la definición carece de utilidad práctica" (Aramburu, R Historia en Instituciones del Derecho Romano. 2020:19). El jurista ha establecido parámetros ius filosóficos para el estudio del Derecho Romano: "Manifiesta que el derecho privado es tripartito, pues está compuesto por preceptos naturales, de gentes y civiles. Es derecho natural que el que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es sólo propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y de la

2. De accusationibus. 1. Impp.Diocletianus et Maximianus A.A. Aurelio Soctato militi. Cuum setvum tuum vi aegritundinis graviter oppressum fati munus implesse proponas, propter immoderatam castigationem calumniate accusationem emergere innocentiae ratio, cuius fiduciam geris, non permittit. Porp. Non Decemb. DiocletianoA. III et Aristobulo Coss.

hembra que nosotros llamamos matrimonio, de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. Es derecho civil el que no se aparta en todo del natural o de gentes, ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir civil. Y este derecho nuestro es en parte escrito y en parte no escrito" (Aramburu, R Historia en Instituciones del Derecho Romano. 2020:22).

Paulo[3] en *Dig.* 42, 1, 38 pr.: *Inter pares numero iudices si dissonae sententiae proferantur, in liberalibus quidem causis (...) pro libertate statutum optinet in aliis autem causis pro reo* , dicho de otra manera*:* si hay jueces en igual cantidad que expresan veredictos opuestos, debe favorecerse la libertad en las causas sobre esta, y en otras causas, favorecer al demandado, como meras aproximaciones a soluciones jurídicas sin establecer fehacientemente una regla que fue creada con el tiempo mucho después como ya se dijo . Paulo entre otras cuestiones ha establecido:*"la distinción entre ius civile y ius naturale, la palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural, otra acepción es lo que en cada ciudad es útil para todoso para muchos, como el derecho civil. Es de destacar que el derecho natural, por fundarse en la naturaleza de las cosas, es siempre justo y bueno; el derecho positivo, en cambio, se basa en la utilidad y por eso es variable"* (Aramburu, R Historia en Instituciones del Derecho Romano. 2020:22).

Existe un grupo de expresiones en latín que se usan actualmente en el ejercicio de la práctica de la abogacía como las siguientes:

In dubiis abstine ante la duda abstenerse.

In dubiis favorabilior pars est eligenda; *in dubiis libertas, dicho de otra manera:* 'en la duda, se prioriza la libertad.

In dubiis reus est absolvendus; *in dubio o sea,* en la duda; *in dubio contra fiscum :* en la duda contra el fisco.

In dubio parcendum est haeredi: ante la duda hay que beneficiar al heredero.

In dubio, vel in pari re, melior est causa possidentis: en la duda o en igualdad de circunstancias es mejor la causa del poseedor.

In dubiis, reus est absolvendus; *in dubiis semita tutior est eligenda:* 'en los casos dudosos hay que elegir la vía más segura*;*

In dubio, a textu et regulis non recedas: en la duda, no te separes del texto y de las reglas del derecho.

Gaius en *Dig.* 50, 17, 56, en su tratado *De legatis* [sobre los legados] se refiere a aquellos testamentos de interpretación dudosa, no debe causarse perjuicio.

In dubio semper id, quod minus est, debetur: en la duda, se debe siempre aquello que es menos.

In dubio semper intelligitur testator velle gravare heredem in eo quod minus est: ante la duda se entiende que el testador quiso gravar al heredero lo menos posible.

3. Ver más sobre Paulo en: **Los Jurisconsultos clásicos: Las obras de los Prudentes: sus clases**. Aramburu, R Historia en Instituciones del Derecho Romano. 2020:144. En la Ley de Citas: ídem pág.19, 153, 157,159, 160,162,164, 207, 542.

El in dubio pro reo en Argentina

Antecedentes

Es una garantía que surge del sistema republicano de gobierno en nuestro país. Entre las garantías constitucionales consagradas por los tratados internacionales tenemos plasmado en nuestro Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo: el artículo 11 establece que: en relación al in dubio por imputado: "En caso de duda se estará a lo que sea más favorable para el imputado. La inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio. Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sea más favorable para el imputado. Art. 2 del Código Penal Argentino[4]: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley".

"In dubio pro reo" en el Código Procesal de la Nación Argentina[5]

En el Código Procesal Federal en su Artículo 3° se establece que, en caso de duda, deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado. Así nos acercamos al *in dubiis favorabilior pars est eligenda*, ante la duda debe elegirse la solución más favorable.

Estos son algunos ejemplos, de los límites que la ley marca con respecto a la seguridad jurídica de las personas imputadas, sometidas a proceso penal y que no esté indefinida su situación por un largo tiempo de manera innecesaria, o la decisión final les puedan resultar perjudicial.

En todos los casos se debe dar una definición de la situación procesal a través de la sentencia judicial y, por otro lado, si no hay elementos de convicción que surjan de un plexo probatorio empobrecido también se defina su situación procesal por el lado de la solución jurídica del in dubio pro reo/imputado. En general podemos decir que de las denominaciones *in dubio o in dubiis*, se plantea la existencia de la posibilidad de la duda se vincula a su vez a diversos conceptos como *in dubio benigniora*, dicho de otra manera, ante la duda, se debe aplicar o estar por lo más benigno.

Ello también es así por el trato que reciben como sujetos de derechos y no como objetos que sí ocurría cuando la autoridad del príncipe, en el período de los estados absolutistas, les negaba los hoy declarados derechos constitucionales y resolvía su situación en perjuicio del imputado aun no habiendo pruebas.

Para que una persona sea vinculada al proceso penal como posible responsable del hecho punible, se requieren bastantes motivos para sospechar de su participación. Por eso existe el instituto le sobreseimiento durante la investigación penal preparatoria que puede ser pedido por el agente fiscal en la provincia de Buenos Aires, ello ocurre porque no hay certeza para continuar con el proceso y la elevación a juicio. También existe

4. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

5. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm

el instituto de la falta de mérito durante la investigación penal preparatoria -regulado en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires-, ante la ausencia de elementos bastantes para sospechar de la posible comisión de un hecho delictivo. Estas cuestiones vinculadas con la duda y la debilidad del plexo probatorio.

De esta manera podemos traer al análisis de un caso del año 2014 la justicia de faltas absolvió a un imputado por el supuesto delito de daños de un vehículo policial, así en la sentencia se aplicó el *in dubio pro reo* de la siguiente manera: quo sostuvo que no se encontraban reunidos los elementos necesarios como para formar un cuadro cargoso que brinde la certeza necesaria para fundar una sentencia condenatoria, razón por la cual correspondía decretar la absolución del encartado. Destacó que si bien se encontraba acreditado, a partir de la prueba rendida en el debate, que Saucedo había pateado la puerta trasera derecha del patrullero en cuestión, lo cierto es que "no se podía concluir que dicha conducta hubiera producido el daño, manteniéndose al respecto un espacio de duda, razón por la cual, al no haberse demostrado fehacientemente que la conducta del imputado de autos haya producido los daños verificados sobre el móvil policial en cuestión debía resolverse, por aplicación del in dubio pro reo, la absolución del encartado"- Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas Fecha resolución: 17 - Mar - 2015.

El problema es que si se transgrede el *in dubio pro reo* se viola el principio procesal de la sana crítica con el que se vincula necesariamente (el razonamiento que hacen los jueces en base al plexo probatorio para sentenciar).

En relación con las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia viene afirmando desde hace varios años que "Con el actual sistema de enjuiciamiento oral ha adquirido vigencia este principio, por el cual no se impone a los magistrados regla o fórmula para apreciar la prueba. Es decir, que se les permite seleccionar aquella que a su criterio conduzca a descubrir la verdad de los hechos en litigio, exigiéndosele solamente que expresen su más razonada y sincera convicción en punto a la realidad que se juzga..." (CNCP, Sala III, "Pistrini, Mario César y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 9/5/1995).

A mayor abundamiento, cabe recordar que la postura de este Tribunal, en cuanto a la valoración de la prueba, es conteste con la que sostiene la Corte *Suprema de la Nación* que ha afirmado " Lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria(...) exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. " (CSJN, C. 1757. XL. Causa N° 1681 "Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa", rta. el 20/09/2005).

Al respecto, refiere Maier *que* "...la falta de certeza representa la imposibilidad del estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución..." y que "...el aforismo *in dubio pro reo* representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CN)...exige que el Tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena..." (Julio B.J. Maier, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Fundamentos, Ed. Del

Puerto, Bs. As., 1996, págs. 495 y 505).

La falta de certeza no debe basarse en meras invocaciones, sino que las pruebas tienen que ser contundentes, a veces se pretenden alegar posiciones contradictorias pero que no exceden más allá de lo alegado, sin contundencia en el plexo probatorio: "En cuanto al principio *in dubio pro reo*, en atención a su eventual raigambre federal, cabe señalar que el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento. Tiene dicho esta Corte que, la sentencia de condena solo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del acusado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio *favor rei*, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva. Nada de ello el recurrente ha logrado aquí justificar en tanto de la reseña efectuada se advierte que el sentenciante de origen y el Tribunal revisor, el fallo completo en SCBA LP p 134707 S 24/09/2021 Juez KOGAN (SD). En consonancia con esta posición: SCBA LP p 129904 S 10/04/2019 Juez KOGAN (SD); SCBA LP p 129693 S 20/02/2019 Juez DE LÁZZARI (SD); SCBA LP P 130081 S 05/12/2018 Juez NEGRI (SD); SCBA LP p 128127 S 21/11/2018 Juez NEGRI (SD); SCBA LP P 127370 S 17/10/2018 Juez GENOUD (SD); SCBA LP p 129256 S 03/10/2018 Juez NEGRI (SD); SCBA LP P 119086 S 19/09/2018 Juez PETTIGIANI (SD); SCBA LP P 124633 S 29/08/2018 Juez PETTIGIANI (SD).

Conclusión

El tema que aquí se ha tratado versa sobre que el significado del aforismo in dubio pro reo no fue creado por los romanos, pero, en algunas fuentes como el Digesto de Justiniano aparecen nociones vinculadas con el in dubio pro liertatis, in dubio pro debitore, *pro libertate statutum optinet in aliis autem causis pro reo,* por mencionar algunas, en posible conexión con normas romanas.

El latinismo lleva a pensar que fue una creación romana, pero apareció aproximadamente en tiempos del iluminismo y la aparición de los primeros estados nacionales que rompieron con las monarquías absolutas y ello fue plasmado en las primeras normas constitucionales como los Deberes y Derechos del Hombre y del Ciudadano. No tuvo que pasar mucho tiempo para que fuera receptado en América Latina, más específicamente en nuestro derecho argentino, consagrándose la duda en el proceso penal y la valoración que el juez realiza de la prueba debe tomarse este principio que deriva de la presunción de inocencia - del que se lo diferencia-, como la posición judicial más favorable para el imputado. Este principio no debe ser invocado a la ligera, sino que debe probarse fehacientemente en cada expediente judicial la fragilidad del plexo probatorio par que sea de efectiva aplicación. Al respecto redunda la jurisprudencia en nuestro país.

Bibliografía

Aramburu, R. del V. (2020). *Historia en instituciones del Derecho Romano*. La Plata : EDULP. pp. 2,144.

Granillo Fernández, H. M.; Herbel, G. A. (2009). *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires : comentado y anotado*. 2ª **ed. actualizada y ampliada.** Buenos Aires : La Ley.

Ábalos, R. W. (1994). *Código procesal penal de la nación*. Mendoza : Ediciones Jurídicas Cuyo. p. 1125.

Iustiniani. *Digestorum. Digestorum seu Pandectarum* http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/23.pdf (última consulta realizada el 18 de octubre de 2021).

Maier, J. B. (1999). *Derecho procesal penal, t. I : fundamentos*. Buenos Aires Ediciones del Puerto. p. 918.

Normas jurídicas

Argentina. Código Penal en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm (última consulta realizada el 2 de noviembre de 2021).

Argentina. Código Procesal Penal Federal en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

Jurisprudencia

CSJN, C. 1757. XL. Causa N° 1681 "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", rta. el 20/09/2005).

Local \ Ciudad Autónoma de Buenos Aires \ Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas Fecha resolución: 17 - Mar - 2015

CNCP, Sala III, "Pistrini, Mario César y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 9/5/1995).

SCBA LP p 134707 S 24/09/2021 Juez KOGAN (SD). Carátula: TORANCIO, JUAN AGUSTIN S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 99.343 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA II.- Magistrados Votantes: Kogan-Torres-Soria-Genoud Tribunal Origen: TC0002LP.

SCBA LP p 129904 S 10/04/2019 Juez KOGAN (SD). Carátula: ALTUVE, CARLOS

ARTURO -AGENTE FISCAL- S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 49.506 Y SUS ACUMULADAS N° 64.207 Y N°49.369 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA I, SEGUIDAS A MIRANDA, SERGIO DAVID; MIRANDA, LUIS GABRIEL Y VINAY, JUAN EZEQUIEL.- Magistrados Votantes: Kogan-de Lázzari-Soria-Negri. Tribunal Origen: TC0001LP.

SCBA LP p 129693 S 20/02/2019 Juez DE LÁZZARI (SD). Carátula: SUFFI, CARLOS ALBERTO Y FRANCO, LUIS EMANUEL S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N°64.624 Y SU ACUMULADA N° 64.625 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA V.-Magistrados Votantes: de Lázzari-Genoud-Kogan-Soria Tribunal Origen: TC0005LP.

SCBA LP P 130081 S 05/12/2018 Juez NEGRI (SD). Carátula: L. ,L. E. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 73.246 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA VI.- Magistrados Votantes: Negri-Kogan-de Lázzari-Soria. Tribunal Origen: TC0005LP.

SCBA LP p 128127 S 21/11/2018 Juez NEGRI (SD). Carátula: BALDINI, KEVIN EUGENIO S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 71.297 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA II.- Magistrados Votantes: Negri-Genoud-de Lázzari-Kogan. Tribunal Origen: TC0002LP

SCBA LP P 127370 S 17/10/2018 Juez GENOUD (SD). Carátula: VERON, HUGO GABRIEL S/ RECURSO DE QUEJA EN CAUSA N° 55038 DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SALA III.- Magistrados Votantes: Genoud-de Lázzari-Kogan-Soria. Tribunal Origen: TC0003LP.

SCBA LP p 129256 S 03/10/2018 Juez NEGRI (SD) Carátula: URRUTIA MARIANO ABEL S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 67.911 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA V.- Magistrados Votantes: Negri-de Lázzari-Kogan-Soria. Tribunal Origen: TC0005LP.

SCBA LP P 119086 S 19/09/2018 Juez PETTIGIANI (SD). Carátula: L. ,A. E. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY Y DE NULIDAD EN CAUSA Nª 21.108 DE LA CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL DE LA MATANZA, SALA I Magistrados Votantes: Pettigiani-Kogan-Soria-Negri-Genoud.Tribunal Origen: CP0001LM.

SCBA LP P 124633 S 29/08/2018 Juez PETTIGIANI (SD). Carátula: B. ,L. A. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD EN CAUSA Nº 18.354 DE LA CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL DE ZARATE – CAMPANA. Magistrados Votantes: Pettigiani-Soria-Negri-GenoudTribunal Origen: CP0000CA.

Los aforismos latinos utilizados frecuentemente en la argumentación para justificar y legitimar las decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos veinte años

Fabio Isaac Arriagada[1] y María Lis Amaya

1. Universidad Nacional de La Plata, UDE, Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Introducción

En la actualidad existe un debate en torno a las características que presenta el razonamiento judicial y el tipo de racionalidad al que debe supeditar la tarea de juzgar. Las posiciones pueden simplificarse a dos posturas: la racionalidad pura y la racionalidad práctica. La primera se halla representada por quienes consideran que el acto de juzgar es una manifestación de racionalidad pura, una actividad estrictamente lógica a través de la cual el juez es capaz de conocer o identificar la norma aplicable al caso controvertido. La segunda entiende a la actividad judicial como expresión de la racionalidad práctica, es decir, un proceso discursivo tendente a inferir las "buenas razones", argumentos o motivos relevantes tendientes a establecer la norma jurídica más oportuna para resolver el proceso.

Por ello veremos, de qué manera, en los últimos veinte años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó, frecuentemente, aforismos jurídicos latinos como argumentos para justificar y legitimar sus decisiones.

De la argumentación forense

La doctrina es conteste en considerar que la argumentación jurídica busca elaborar y estructurar los argumentos que se contienen en los escritos, siendo el pilar fundamental de la práctica forense.

A modo de síntesis, y siguiendo los postulados de Negri (2018) "Argumentos frecuentes en las prácticas forenses para justificar y legitimar las decisiones judiciales. 1. A contrario. 2. A simili o de analogía. 3. A fortiori. 4. De plenitud. 5. De coherencia. 6. Psicológico. 7. Histórico. 8. Directo (o apodíctico) e indirecto (apagógico o ad absurdum). 9. Teleológico. 10. Económico. 11. De autoridad o ab ejemplo. 12. Sistemático o sedes materiae. 13. Naturalista. 14. Equitativo. 15. Analogía iuris" (p.8)

"Limitándonos ahora a los argumentos que tienen aplicación en el campo jurídico, según la ya conocida exposición de Ulrich Klug, se distingue entre la forma básica del razonamiento jurídico –el silogismo judicial- que vendría a ser una aplicación al campo del derecho del silogismo modus barbara y las formas especiales: el razonamiento por analogía (a simili), el razonamiento a contrario, a fortiori (a maiore ad minus y a minori ad maius) y el argumento ad absurdum. Klug también considera la existencia de argumentos interpretativos, los que sirven para establecer las premisas de los argumentos deductivos, pero estos últimos no formarían parte de la lógica jurídica" NEGRI (2018-250).

La C.S.J.N. en acción entre 2001 y 2021. Algunos de los argumentos más frecuentes en las prácticas forenses para justificar y legitimar las decisiones judiciales

A contrario: Locución latina cuyo significado refiere en sentido contrario.

Al respecto es posible considerar su leyenda en:

"Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad". Considerando: 1°) Que la presente causa se ha iniciado por la presentación efectuada en forma conjunta por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda; Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, quienes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (fs. 1/6). 2°) Que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, la totalidad de actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Fundó su decisión en diversas consideraciones y en los arts. 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22, 99 inc. 5°, 109, 116 y 118 de la Constitución Nacional. 3°) Que dicho pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago Omar Riveros, con fundamento, entre otros, en que la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento dictado a fs. 1553 se encontraba firme (fs. 68/70 y 114/129). -2- 4°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa 85 acerca de la validez del indulto presidencial. Entre otras ponderaciones señaló que el indulto era un acto privativo del presidente de la República, una potestad discrecional que podía concederse incluso a los procesados. Agregó que aunque la solución de autos pudiera presentarse como repudiable desde el punto de vista estrictamente moral, ni el alcance otorgado al marco normativo vigente al momento de dictarse el indulto, ni los elementos incorporados referentes al nuevo contexto internacional jurídico del país, tenían relevancia para revisar los efectos derivados de la vigencia y aplicación de aquél, ya que generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación habría quedado entonces consolidada. Invocó además lo decidido por la Corte Suprema en los casos publicados en Fallos: 313:1392, 1398; 315:2421 (fs. 131/139). 5°) Que apelado dicho pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89. Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 247/271).. La Corte declara inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que dispuso el indulto del aquí recurrente (arts. 18, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 5, 118 de la Constitución Nacional; 1°, 8.4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Confirma la sentencia. Pero del voto en disidencia del Dr. Fayt: 41) Que tampoco puede arribarse a una conclusión distinta a la que aquí se postula a poco que se repare en la doctrina establecida en uno de los fallos más recientes del Tribunal in re "Videla" Fallos: 326:2805C (de fecha incluso posterior al pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos"). Si se interpreta su contenido "a contrario", sólo cabe colegir que cuando el hecho que se persigue fue materia de persecución en un proceso anterior, la garantía ne bis in idem siempre resultará vulnerada. En efecto, en dicha decisión no se rechazó derechamente la posibilidad de que la nueva persecución de un delito de

lesa humanidad no esté cubierta por la garantía ne bis in idem, sino que estableció una clara distinción entre aquellos hechos que ya fueron materia de juzgamiento respecto de aquellos que no lo habían sido. Cabe recordar que conforme los postulados de la argumentación "a contrario" si del hecho que llena los supuestos legales a1, a2 y a3 se producen a su respecto las consecuencias x1, x2 y x3, entonces de un hecho que no llena los supuestos legales mencionados, no tendrán lugar a su respecto esas consecuencias jurídicas (sobre argumentum e contrario v. Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, ed. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, pág. 113). Por ello, si se considera, a modo de ejemplo el voto concurrente en el caso mencionado conforme el cual "no se conculca la cosa juzgada ni la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso 'jamás fueron investigados por el Estado, ni los imputados fueron indagados ni molestados al respecto'", el argumento "a contrario" permitiría sostener que sí se conculca la cosa juzgada y la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso sí fueron investigados por el Estado y los imputados indagados y molestados al respecto. Tal es lo que sucede en el sub examine, toda vez que el imputado Riveros ya fue procesado en esta causa. En efecto, si ya existió una imputación determinada respecto de un individuo concreto y luego se lo sobreseyó como consecuencia de un indulto C, no hay manera de disponer la reapertura del proceso. Es claro que si el fundamento para esta Corte hubiera sido el de la imposibilidad intrínseca de plantear para estos delitos la excepción de cosa juzgada, la distinción en el caso "Videla" no hubiera tenido razón de ser. Por lo demás, si los principios generales y las convenciones internacionales ahora invocadas fueron tenidas en cuenta en el caso "Videla" no se alcanza a comprender qué motivos podrían hacer variar ahora esa construcción, para apartarse tan dramáticamente de dicho precedente". (13/07/2007. CSJN Autos: Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad'; M.2333.XLII).

A simili o de analogía: Argumento instituido en razones de igualdad entre el hecho propuesto y sobre lo que se concluye.

En ese sentido, dicha locución es plausible observarla en:

"Recurso, de hecho deducido por los codemandados en la causa García, Stella Marys y otro c/ Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios. Que la Sala A del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, al desestimar el recurso extraordinario local, dejó firme la sentencia de la cámara que había confirmado la decisión de primera instancia que condenó al periodista Juan José Reyes, al diario "La Arena S.A." y a sus editores Saúl Hugo y Leonardo Víctor Santisteban a pagar la suma de $ 14.000, en concepto de indemnización del daño moral causado a Stella Marys García y a la Fundación Nuestros Pibes por la publicación de un artículo considerado lesivo de su honor y del prestigio institucional de la referida fundación, cuya representación detentaba. Del voto del Dr. Rosatti: Que tampoco es atendible el argumento del superior tribunal referente a que la utilización de la palabra "trucha" en uno de los títulos haya importado que el medio hubiese hecho suyo el contenido de la referida nota. CSJ 395/2014 (50-6)/CS1 RECURSO DE HECHO Garcia, Stella Marys y otro c/ Reyes, Juan José y otros s/ daftos y

perjuicios. En un caso que guarda sustancial analogía, esta Corte ha establecido que el recurso periodístico del titulado solo apunta a traslucir el contenido del texto que sigue y no da base alguna para considerar al título como un producto intelectual autónomo, o para atribuir a los dueños de los diarios (o sus directores) una suerte de coautoría del texto publicado. Excepción a esta regla la constituiría el caso en que se presentara una total discordancia entre el título y el contenido, supuesto que -claramente- no era el de autos (confr. "Dahlgren", Fallos: 333:2089, considerando 90). Finalmente se revoca la decisión apelada y se rechaza la demanda de daños y perjuicios deducida por Stella Marys García contra el diario La Arena S.A., Saúl Hugo Santesteban y Leonardo Víctor Santesteban (art. 16, segundo párrafo de la ley 48)" (3/12/2019. CSJ 395/2014 (50-6)/CS1 RECURSO DE HECHO García, Stella Marys y otro c/ Reyes, Juan José y otros s/ daftos y perjuicios).

A fortiori: Locución latina cuyo significado refiere con mayor motivo.

En esa dirección, encontramos la referencia en:

"Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1°) Que los seis actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía "Easy", sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la "pseudo categoría" de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica...10) ...art. 1°; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, "también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales", lo cual alcanza al "marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151. "El jus cogens, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como

siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares" —ídem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, "aun" cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a fortiori, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, "Les principes fondamentaux d'interprétation et d'application des Droits de l'homme", en Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma —art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (Kot, cit., p. 299). En síntesis, se confirmó la sentencia apelada, con costas" (Buenos Aires, 7/12/2010 CSJN. Autos: Álvarez,

Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo, Nro. Interno: A.1023).

Conclusión

Hemos visto, brevemente, la utilización de aforismos latinos para justificar las decisiones en la Cortes Suprema, estas son utilizadas a menudo y de manera corriente.

Ahora bien, en cuanto al lenguaje utilizado, queremos recordar que las Reglas de Brasilia en la regla 60 sobre acceso a la justicia estipula que "En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo". Por otra parte, en las Reglas 72 y 78 se reitera este deber de un lenguaje claro y sencillo con personas en situación de vulnerabilidad y con niñas, niños y adolescentes.

Traemos como novedad, que actualmente, en la Provincia de Buenos Aires, se está trabajando en el anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial que expresamente refiere sobre la necesidad de dictar sentencias judiciales en un lenguaje claro, sencillo y conciso, y prohíbe la utilización de palabras en otros idiomas o lenguas muertas, excepto que se acompañen en su respectiva traducción. Como asimismo, prohíbe usar expresiones palaciegas, alusiones nobiliarias o religiosas.

Lo cierto es que los aforismos jurídicos latinos, forman parte de nuestra cultura judicial, por ello va a ser muy difícil abandonarlos, ya que podemos avanzar, como sociedad, respetando el lenguaje de las nuevas generaciones, pero, nunca, podemos apartarnos de nuestra "esencia", eje rector, como regla de conducta y práctica judicial.

Bibliografía

Cisneros Farías, G. (2003). *Diccionario de frases y aforismos latinos : una compilación sencilla de términos jurídicos*. México D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México.

Negri, N. J. (2018). *La argumentación jurídica en las sentencias judiciales*. La Plata : Universidad Nacional de La Plata. Trabajo presentado como tesis doctoral.

Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial, 2021.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008, pp. 17.

Algunas consideraciones sobre el principio actor *sequitur forum rei*[1]

María José Azaustre Fernández[2]

1. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación "Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI"- *Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos*.

2. Universidad de Oviedo.

Introducción

El principio actor *sequitur forum rei*, también formulado a veces como actor *rei forum sequatur*, goza de reconocimiento universal y constante a lo largo de la historia, si bien en el conjunto del ordenamiento precisa ser complementado con otros foros especiales. De este modo, ya en el Derecho Romano, el foro general de competencia, en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes -*prorogatio fori*-, era el correspondiente al demandado ; aunque también en dicho ordenamiento este foro hubo de convivir con otros, como el foro del contrato, el del lugar de comisión del delito, el *forum rei sitae*, etc.

En la época más remota de la historia de Roma, probablemente su pequeña extensión no daría lugar a problemas de delimitación de competencia territorial. Observa Greco[3] que en el contexto que sirve de fondo a la resolución de la controversia, la sede de la actividad judicial no debía de estar muy alejada del lugar en el que vivían los litigantes, lo que se manifiesta en las tres primeras disposiciones de la tabla I de la ley decenviral, en particular, en la posibilidad de conducir coactivamente al demandado a comparecer in iure ante el magistrado[4], que sólo sería practicable si la distancia a cubrir fuera breve[5].

El problema de la competencia territorial, observa Pugliese[6], se empieza a manifestar con la institución de los más antiguos municipios, adquiriendo mayor relevancia práctica cuando el pretor comienza a mandar en el territorio itálico a los *praefecti iuri dicundo*, delegados suyos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional en las ciudades más alejadas de Roma, debiéndose establecer una circunscripción dentro de la cual los praefecti pudieran ius dicere¸ problema que se agravaría, según el jurista italiano, cuando, tras la institución de las primeras provincias y la guerra social, se generalizó la atribución de competencia a los magistrados municipales. En esta expansión del dominio romano por la península itálica, Greenidge[7] considera que a los miembros de las ciudades libres y aliadas se les aplicaría el fuero del demandado -*forum rei*-, por analogía con lo que sucedería con el mundo provincial, aunque se desconozcan las reglas que regulaban la doble jurisdicción a la que los habitantes de estas ciudades estaban sujetos.

3. Greco, G. "Processo e distanze a roma antica: appunti per una ricerca", *Iura & Legal Systems*, VIII.2021/1, p. 121.

4. XII T., 1.1: SI IN IUS VOCAT [ITO]. NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO. 1.2. SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO. 1.3. – SI MORBUS AEVITASVE <<VITIUM>> ESCIT <QUI IN IUS VOCABIT> IUMENTUM DATO. <<SI NOLET>> ARCERAM NE STERNITO (Girard P. F.- Senn, F. *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 2 y ss.)

5. Cuando las controversias surgieran con miembros de otras comunidades, es de suponer, como hace Greenidge, A.H.J. *The legal procedure of Cicero's time*, Augustus M. Kelley pub., New York, 1971, p. 47, que habría de estarse a lo establecido en el respectivo tratado. La necesidad de este, a su juicio, derivaría de que difícilmente las relaciones entre Roma y otro estado serían tan cercanas como para una aceptación recíproca de la plena jurisdicción de los tribunales del otro de acuerdo con los simples principios del *forum contractus* y del *forum rei*. Observa el autor que existe algún indicio de que en las más tempranas relaciones de Roma con las antiguas comunidades latinas el lugar del juicio sería el correspondiente al lugar de conclusión del contrato -*forum contractus*-, según Dion. Hal. 6.95 en relación con el tratado concluido con los latinos en el 493 a. C.- *foedus casianum*-

6. Pugliese, *op. cit.*, p. 153. Por su parte, Savigny, *op. cit.*, p. 162, entiende que la generalización del criterio de que el actor debe seguir el fuero del demandado se generalizó una vez alcanzado un amplio grado de unificación en Italia y en el Imperio. Cfr., asimismo, López-Huguet, *op. cit.*, p. 366.

7. Greenidge, *op. cit.*, p. 33.

La formulación del principio actor *sequitur forum rei*, tal y como lo conocemos hoy, se realiza en varias constituciones postclásicas, las primeras procedentes de la época de Diocleciano. Sin embargo, como señala un amplio sector doctrinal[8], era de aplicación en toda la época anterior, e incluso es posible que se hubiera considerado consustancial a la organización de la primitiva ciudad[9]. En estas líneas se examinarán, por ello, algunas manifestaciones de dicho principio en las fuentes del Derecho Romano y en aquellas que ponen de relieve su recepción en el Derecho histórico español, obedeciendo casi siempre a la misma serie de razones justificativas del recurso a este foro y que se vienen repitiendo históricamente.

El principio actor sequitur forum rei en el Derecho Romano

Alguna precisión terminológica

Conviene aclarar, en primer lugar, el sentido de cada uno de los sustantivos que forman parte de este principio, esto es de actor, de *forum* y de *reus*, pues el significado de estos términos no siempre es unívoco.

En primer lugar, actor, *actoris* (del griego) es *qui causam agit*[10]. El verbo ago, a su vez, significa "colocar delante de uno", utilizado en el antiguo lenguaje de los pastores, por oposición a duco - "marchar a la cabeza de, guiar"[11]-. En el lenguaje forense, agere se aplica en referencia a la actividad del demandante. A veces el término actor se utiliza en el sentido de quien ha sufrido una injuria o ha sido perjudicado por el demandado. Así aparece en algunos pasajes de Cicerón, como, por ejemplo, en in Caec. 19.5.10: *quem*...

8. Pugliese, *op. cit.*, p. 159; en igual sentido, Kaser, op. cit., p. 246, n. 33, Garnsey, *op. cit.*, p. 13; Garbarino, P., "*La praescriptio fori nel secoli V e VI: Aspetti procedurali*", en *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro, Atti del Convegno Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di Puliatti-Sanguinetti; Giuffré ed., 2000, p. 3; Reinoso Barbero, F., "Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad", *REVISTA DE DERECHO UNED*, nº 4, 2009, p. 325; IDEM, "Excepciones al criterio competencial *actor rei forum sequitur*", en *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, coord. Montoya Melgar, Dykinson, Madrid, 2010, p. 534 y Licandro, *op. cit.*, p. 298.

9. Robles Reyes, *op. cit.*, p. 33.

10. *TLL*, s.v. *actor*, col. 455 y ss., en su cuarta acepción; donde se especifica que a veces se identifica con *accusator*. Según Heumann H. G.- Seckel E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971, p. 1, "actor" en su primera acepción sería el demandante en un proceso civil; en sentido similar *DS*, I.1, Paris, 1877, p. 59 entiende por *actor* o *petitor* el demandante en un proceso *(in causis privatis)*. En un proceso criminal *(in causis publicis)* quien persigue es denominado *accusator*. Para Wlassak, s.v. actor, *PWRE*, I, 1, en sentido estricto es *is qui agit,* también conocido en el procedimiento formulario como *petitor*. La palabra "actor" también se entendió como sinónimo de" administrador", además de ser utilizada en el lenguaje del teatro.

11. Ernout, A.-Maillet, A., *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, 4eme ed., Klincksieck, Paris, 2001, p. 15. En este sentido lo emplea Gayo en D. 50.16.235 pr (l. III ad leg. Duod. Tab.) cuando afirma que son cosas "llevadas" las que uno lleva sobre su propio cuerpo; que son "transportadas" las que uno lleva consigo en una caballería y que son "conducidas" las que son animales: *"Ferri" proprie dicimus, quae quis suo corpore baiulat: "portari" ea, quae quis iumento secum ducit: "agi" ea, quae animalia sunt.*

velint actorem ei, quibus factae esse dicuntur iniuriae.

Es notorio que en el proceso han de darse, necesariamente, dos partes litigantes[12]. Ahora bien, en algunos casos dudosos[13], los juristas romanos se encargaban de precisar quien había de considerarse actor en una determinada contienda; labor no meramente dialéctica, sino relevante, entre otras cuestiones, para la delimitación del fuero competente. Tal es el caso de los juicios divisorios, en los cuales, las partes no son titulares de intereses contrapuestos, sino yuxtapuestos. Gayo precisa que, en los juicios sobre fijación de lindes, división de cosa común y partición de herencia, en los que parece igual la condición de todos -quia par causa omnium videtur-, se prefirió considerar actor quien hubiese provocado el juicio:

D. 5.1.13= D. 10.3.2.1[14] (Gai, l.VII ad ed. prov.) *In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset.*

Juliano considera que en estos juicios divisorios cada persona tiene doble derecho: el de actor, y el de aquel contra quien se litiga -*eius quocum agitur*- es decir, el de demandado:

D. 10.1.10 (Iul. l. LI dig.) *Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur.*

Por esta misma razón, opina Paulo que en estos juicios tanto el actor como el reo deben jurar que no intentan el litigio y que no se oponen a la demanda por causa de calumnia:

D. 10.2.44.4 (Paul. l. VI ad Sab.) *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire.*

Si ambos litigantes hubiesen provocado el juicio, aclara Ulpiano que el caso suele resolverse por la suerte[15]:

12. Murga Gener, J.L., *Derecho Romano Clásico II: El proceso*, Servicio de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 1983, p. 70. Destaca este autor que este hecho le parece tan claro a Gayo que casi lo formula como un apriorismo jurídico: es evidente que yo no puedo litigar conmigo mismo -*quia ipse mecum agere non posse*-. (Gai. 4.78)

13. Explica Wlassak, s.v. *actor, op. cit.*, que, por lo general, los papeles procesales de demandante y demandado están estrictamente separados. Las excepciones únicamente vendrían establecidas en los *iudicia* y *los interdicta dobles*.

14. Los dos textos presentan prácticamente el mismo tenor, con la única excepción de que la expresión "estos tres *juicios*" -*in tribus istis iudiciis*- empleada en D. 5.1.13, es sustituida en D. 10.3.2.1 por "en los juicios dobles" – in tribus duplicibus iudiciis-, dato ya destacado por Pugliese, *op. cit.*, p. 271, n. 7. En Bas. 7.5.13, en la traducción al latín de la edición Heimbach el texto queda como sigue: *In iudicio finium regundorum, communi dividundo, familiae erciscundae omnium quidem par est condictio; actor autem esse videtur qui ad iudicium provocat.* En relación con las *leges geminata vid.* Floria Hidalgo, M. D., "Tradición jurisprudencial y coincidencia de textos", RGDR-Iustel, 22, 2014; Reinoso Barbero, F., "El estudio de las geminaciones jurisprudenciales de Antonius Augustinus, RGDR-Iustel, 18, 2012. Dentro de la clasificación del humanista español, la repetición que se comenta encajaría dentro de las similitudes en Digesto de un solo jurista -*similia a uno iureconsulto scripta*- y en la subcategoría similitud literal y con misma inscripción -*ab uno libro acepta, duobus Digestorum locis scripta*-.

15. La suerte era un recurso empleado en ocasiones en el ordenamiento jurídico romano para la resolución de determinados conflictos. Cfr. Scialoja, *op. cit.*, p. 66, quien menciona, además del ejemplo citado, los siguientes: IJ. 2.20.23 y CJ. 6.43.3.pr.

D. 5.1.14 (Ulp. l. II disp.)- *Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.*

También se considera que ejercita acción quien utiliza una excepción, pues, según Ulpiano, el reo es actor en la excepción. Por ello, debe ser él mismo quien pruebe la excepción, como si se tratara de una demanda. El jurista acude al ejemplo de la *exceptio pacti conventi*, en la que recae sobre el demandado la carga de probar que se realizó el pacto convenido:

D. 44.1.1 (Ulp. l. IV ad ed.) *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

D. 22.3.19.pr. (Ulp. l. VII disp.) *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.*

Por último, con relación a las apelaciones, se considera que el actor es el primero que apela:

D. 5.1.29 (Paul. l. VIII ad Plaucium) *Qui appellat prior, agit.*

En segundo lugar, la palabra forum tampoco es unívoca. Festo[16] identifica hasta seis significados posibles de esta palabra: 1) como lugar de negociación o de mercado, 2) como lugar donde se imparte justicia[17], donde actúa el pueblo y donde suelen tener lugar las contiones; 3) como lugar donde el presidente de la provincia se dice que tiene el forum, donde llama a las ciudades y conoce de sus controversias; 4) como lugar al que los antiguos llamaban a los vestíbulos de los sepulcros; 5) como un lugar de la nave y 6) término empleado en los espectáculos del circo.

para el caso de que existan muchos legatarios de opción en una misma herencia o muchos herederos de un único legatario de opción que disientan al escoger, disponiéndose, en tales casos, que el azar sea juez en la elección -*fortunam esse huius optionis iudicem*-; D. 40.5.24.17 (Ulp. l. V *fidei.*) en relación con la libertad dejada mediante fideicomiso, para determinar los esclavos que hayan de ser manumitidos. El recurso al sorteo tampoco era desconocido en el Derecho público, empleándose a veces para el reparto de provincias entre magistrados; en el ámbito del Derecho electoral se utilizaba para decidir cuál sería la centuria *praerrogativa* o la tribu llamada *principium* en los *comitia tributa*; para determinar la tribu en la que habían de votar los latinos desde que se les concedió derecho de voto o, en el ámbito municipal, para decidir en qué curia habían de votar los *incolae* (cfr. Azaustre, M.J., "Protección de la libertad de voto: de Roma al voto electrónico", *RIDROM*, 21, 2018, p. 505 y ss.)

16. Festo, *De verb. sign., VI. Forum sex modis intellegitur. Primo negotiationis locus... Alio, in quo iudicia fieri, cum populo agi, contiones haberi solet. Tertio, cum is, qui provincia praeest, forum agere dicitur, cum civitates vocat et de controversias eorum cognoscit. Quarto, cum id forum antiqui appellabant, quod nunc vestibulum sepulchri dicari solet. Quinto, locus in navi...Sexto fori significant et Circensia spectacula....*

17. Cfr. Isid. Hispal. *Forum est exercendarum litium locus.* Esta acepción que aparece recogida por Hevia Bolaños en su *Curia Philippica*, lun Godiniz de Millis, Valladolid, 1612, p. 74, 1.5.1:" Fuero es el lugar del juyzio, donde se trata de lo que pertenece al derecho y justicia, como consta de vna ley de Partida". La ley de Part. 1.2.7, a la que se refiere el jurista, pone en conexión el carácter público de lo que sucedía en la feria o mercado con la publicidad que debe presidir al fuero, entendido aquí como "Derecho causado por el uso o costumbres de los que lo usan" (acepción que concuerda, según Gregorio López, con D. 1.3.32, *Iul. l. LXXXIV dig.*): "E porende ha este nombre Fuero, porque non se debe decir, ni mostrar escondidamente, mas por las plazas e por los otros lugares a quien quier que lo quisieres oír. E los antiguos pusieron en latín forum, por el mercado se ayuntan los homes a comprar y a vender sus cosas: e deste logar tomo este nome fuero, quanto en España, que así como el mercado se face públicamente, así ha de ser el fuero paladino e manifiesto".

La generalidad de la doctrina viene a entender el término forum, a efectos del principio que es objeto de estas líneas, en el sentido de "juez competente para cada uno"[18], sentido que también está presente entre los antiguos autores españoles[19].

Finalmente, con relación a la palabra reus, señala Festo[20] que procede de re -cosa- la cual ha prometido y debe -reus dictus (est) a re, quam promisit ac debet-. En las relaciones obligatorias, reus podía ser entendido como sujeto deudor o como acreedor, al menos, así se dice de manera expresa en relación con la sponsio-stipulatio. En otra acepción, reus puede ser entendido como culpable o responsable, v.gr. reus culpae. Y por lo que se refiere al ámbito de la contienda judicial, aunque originariamente reus podía Enar a cualquiera de los dos litigantes, como ponen de relieve Festo[21] o Cicerón[22], pasó después a ser identificado con el demandado en un proceso privado o con el acusado por razón de un delito[23] *-is cum quo agere vult-*.

El foro que correspondía al demandado podía ser tanto el del lugar de donde este fuera originario -origo- como el del lugar donde tuviera su domicilio, según resulta de

18.. Heumanns-Seuckel, *op. cit.*, s.v. *forum*, p. 220; Ernout-Maillet, s.v. *forum*, p. 250; Kipp, s.v. *forum PWRE*, VII-1, 1910, col. 56 y ss.

19. En este sentido, cfr. Pérez y Lopez, *op, cit.*, p. 310 "ninguno es juez competente en una causa, sino quien tiene jurisdicción y mando sobre el reo": Escriche, *op. cit.*, s.v. "fuero", p. 1104, en su tercera acepción define el fuero como el tribunal del juez a cuya jurisdicción está sujeto el reo o demandado; Febrero, *op. cit.*, p. 37: "el Tribunal del Juez a cuya jurisdicción está sujeto el reo demandado".

20. Heumanns-Seuckel, s.v. reus, p. 517; Festo, 273, refiriendo la opinión de Gallo Elio: *At Gallus Aelius lib. II significationum verborum, quae ad ius pertinente, ait: "Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. Reus stipulando est idem, qui stipulatur. Reus promittendo, quippe suo nomine alteri quid pro altero promisit; también en este sentido Modestino (lib. II Reg.) en D. 45.2.1 qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi habetur.*

21. FESTO, *de verb. sign.*, s.v. reus 273: *Reus nunc dicitur, qui causam dicit: et idem qui quid promisit sponditve ac debet... At Capito Ateius in eadem opinione est, sed exemplo adiuvat interpretationem, Numa in secunda lege (XII 2.2) in qua scriptum est: "quid horum fuit unum iudici arbitrove reove eo die diffensus esto". nun uterque actorum reiqu(a)e in iudicio me vocatur; itemque accusator de vi accitur more vetere et consuetudine antiqua.* El gramático cita a Ateio Capitón, quien extrae un ejemplo de XII T. 2.2, donde se señala que, si el asunto llega al juez o a un árbitro, que sea jugado dentro del día. Festo aclara que aquí uno y otro, demandante y demandado, son llamados al enjuiciamiento de la causa; incluso el acusador está llamado a la vista pública, en virtud del antiguo uso y de la costumbre antigua. A su vez Gellio, *Nott.* Att. 2.4 alude a cierto proceso judicial, conocido como divinatio, en el que se discute a quien de entre varias personas se ha de confiar la acusación, afirmando que algunos explican porque siendo el acusador y el reo como dos cosas nacidas juntas e indisolubles, y la una, la parte acusadora, no puede darse sin la otra, el procesado, sin embargo en este tipo de causas el procesado ya existe, pero el acusador aun no, y por esta razón, porque todavía falta y no está claro, es preciso suplir por la adivinación quien ha de ser el acusador *(Sed alii quidam "divinationem" esse appellatam putant, quoniam, cum accusator et reus duae res quasi cognatae coniunctaeque sint neque utra sine altera constare possit, in hoc tamen genere causae reus quidem iam est, sed accusator nondum est, et idcirco, quod adhuc usque deest et latet, divinatione supplendum est, quisnam sit accusator futurus).*

22. Cic., *De orat.* 2.43.182. *Reos autem appello non eos modo, qui arguuntur, sed omnis, quorum de re disceptatur; sic enim olim loquebantur*; 2.79.321... *reos appello, quorum res est...*

23. Heumans-Seuckel, s.v. *reus, op. cit.*, p. 517; Ernout Maillet, s.v. *reus, op. cit,* p. 572; Eger, O., s.v. *reus, PWRE*, I A-1, 1914, col. 701-702. En este sentido aparece, por ejemplo, en D. 2.11.2 *(Paul. l. I ad Plaut.) ... Idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam...*

D. 50.1.29 (Gai. l. I ad ed. prov.)[24] donde el jurista afirma que el habitante –*incola*- debe obedecer a aquellos magistrados en cuya jurisdicción habita, y a aquellos en cuya jurisdicción es ciudadano –*apud quos civis est*-, estando sujeto en ambos municipios a la jurisdicción y a las cargas municipales; aunque es cierto que las fuentes se refieren con mucha mayor frecuencia al domicilio que al origo en la delimitación de la competencia judicial[25].

Por otra parte, se consideraba que los ciudadanos romanos tenían también Roma como patria común[26], pudiendo también ser demandados en dicho lugar si se encontraban allí, salvo que fuera de aplicación el llamado *ius domum revocandi*[27], es decir, el derecho a ser juzgado en el propio municipio cuando alguien se encuentra fuera de él causa legationis, causa testimonii, causa iudicandi, etc.[28]

Ahora bien, afirmar que el foro del demandado era el foro general de competencia no quiere decir que fuera el único posible en el Derecho Romano; por un lado, cabía la posibilidad de sumisión, tanto expresa, como tácita -*prorogatio fori*- (CJ. 3.13.1). Pero, además, como se indicó anteriormente, este foro debió coexistir con otros posibles -dejando aparte, además, la existencia de algunos foros privilegiados, sobre todo en el Bajo Imperio, para militares, senadores, funcionarios, etc.-:

- Con el foro del contrato, o, más propiamente, del lugar de ejecución, contemplado, por ejemplo, en D. 5.1.19.4 (Ulp. l. LX ad ed.)[29] donde el jurista indica, siguiendo un parecer mayoritario, que quien se obligó a pagar en Italia, si tuvo su domicilio en una provincia, puede ser demandado en una y otra parte. El foro del contrato -en realidad, del lugar de ejecución- no excluye así el *forum domicilii*, sino que se presenta como alternativo a este, a elección del demandante.

- Más moderno que el anterior es el *forum rei sitae*, recogido por primera vez en una constitución de Graciano y Valentiniano del año 385 d.C. y recogida en CJ. 3.19.3[30],

24. D. 50.1.29 *(Gaius l. I ad ed. prov.) Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.*

25. Sobre esta cuestión cfr. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 167-168; DE RUGGIERO E., *La patria nel diritto publico italiano*, Roma, 1921, p. 207 y ss.; NÖRR, D., s.v. "origo", PWRE, Suppl. Bnd. X, Sttutgart, 1965, p. 468; LICANDRO, *op. cit.*, p. 301 y LÓPEZ-HUGUET, *op. cit.*, pp. 374 y ss.

26. D. 50.1.33 *(Mod.l. sing. manum.) Roma communis nostra patria est.*

27. Con relación a esta institución vid., entre otros, Savigny, *op. cit.*, p. 157; Ruddorf, *op. cit.*, p. 22 y ss.; Rousell, F., Du domicile en Droit Romain, Challamel Ainé ed., Paris, 1875, p. 13; Ancelle, *op. cit.*, p. 21; Kipp, *op. cit.*, p. 58; Pugliese, *op. cit.*, p. 157; Domingo Osle, R., *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. II El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993, p. 75 y ss.; López Huguet, *El régimen jurídico ...cit.*, p. 375 y la bibliografía allí citada; Robles Reyes, op. cit., p. 111 y ss. y Finazzi, G., "Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19", *Homenaje al profesor Armando Torrent*, coord. Murillo Villar-Calzada-Castán Pérez-Vázquez, Dykinson, Madrid, 2016, p. 309 y ss.

28. Domingo Osle, *loc. ult. cit.*

29. D. 5.1.19.4 (Ulp. *l. LX ad ed.*) *Illud sciendum est eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubique posse conveniri et hic et ibi: et ita et Iuliano et multis aliis videtur.*

30. CJ. 3.19.3. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. <A 385 D. X K. IUL. CONSTANTINOPOLI ARCADIO ET BAUTONE*

donde, tras señalar como foro general el del domicilio del deudor, tanto para las acciones reales como personales, se ordena que la acción real (acción adversus possidentem) se plantee en el lugar de situación de los bienes; por tanto, inicialmente, este foro se limitaba a la acción reivindicatoria.

- El foro correspondiente al lugar de comisión del delito, *forum delicti commisi*, contemplado, por ejemplo, en CJ. 3.15.1[31], donde Septimio Severo y su hijo Antonino manifiestan que es bastante sabido que las causas por crímenes que son penados por las leyes o extra ordinem deben ultimarse donde aquellos se cometieron o se empezaron, o donde son hallados aquellos a quienes se les acusa de ser reos del crimen.

- Hay quien habla también del forum reconventionis[32] en base a fragmentos como CJ. 7.45.14[33], donde Justiniano considera lícito que el Juez dicte sentencia aun contra el actor, sin que quepa a este la posibilidad de oponer excepción de juez incompetente para el actor, "porque el que como actor se atiene al arbitrio de él no se ha de desdeñar de tenerlo por juez aun en contra de sí en el mismo negocio".

Manifestaciones del principio *actor sequitur forum rei* en las fuentes romanas

Fuentes literarias

Algunas fuentes literarias aluden a la existencia de un "fuero propio" del demandado. Una vaga referencia ya puede contemplarse en el siglo III a. C. en alguna comedia de Plauto, como Mostellaria[34], cuando el esclavo Tranion exclama *ubi ego me video venire in meo foro*, en el sentido de haberse visto traicionado o vendido en sus propios dominios.

Más claro resulta un pasaje las Verrinas de Cicerón, concretamente 3.15.38, donde el orador critica la norma de Verres por la que el agricultor debía prometer su comparecencia al recaudador donde éste quisiera; de este modo Apronio, un recaudador que actúa en connivencia con Verres, podía hacer falsas acusaciones a los agricultores, obligando a comparecer a alguien de Leontino, situada al Oeste de la isla, en Lilibeo, situada en el otro extremo.[35]

CONSS.>.

31. CJ. 3.15.1. *Imperatores Severus, Antoninus. Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est. SEV. ET ANT. AA. LAURINAE. <A 196 PP. IIII NON. OCT. DEXTRO II ET PRISCO CONSS.>*

32. Kipp, *op. cit.*, col. 57; Tancredo, *op. cit.*, p. 129.

33. CJ. 7.45.14 *Imperator Justinianus. Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur IUST. A. DEMOSTHENI PP.* <>

34. Plaut., *Mostellaria*¸5.1.10.

35. Lilibeo se corresponde a la actual Marsala, al Oeste de la isla al tiempo que Leontino se ubicaba en el extremo opuesto. Por lo tanto, como indica De la Ville de Mermont, *Cicéron, Discours*, t. IV, Les Belles Letres, Paris, 1960, p. n. 21, n. 1, los

In verrem, 3.15.38 ... Iam vero illud non solum contra legem Hieronicam nec solum contra consuetudinem superiorum, sed etiam contra omnia iura Siculorum, quae habent a senatu populoque Romano, ne quis extra suum forum vadimonium promittere cogatur. Statuit iste ut arator decumano quo vellet decu manus vadimonium promitteret, ut hic quoque Apronio, cum ex Leontino usque Lilybaeum aliquem vadaretur, ex miseris aratoribus calumniandi quaestus accederet. Quamquam illa fuit ad calumniam singulari consilio reperta ratio, quod edixerat ut aratores iugera sationum suarum profite rentur. Quae res cum ad pactiones iniquissimas magnam vim habuit, sicut ostendam, neque ad ullam utilitatem rei publicae pertinuit, tum vero ad calumnias, in quas omnes inciderent quos vellet Apronius.

Por tanto, en este discurso, que refleja un proceso sustanciado en el año 70 a.C., Cicerón nos muestra que el principio según el cual nadie está obligado a prometer su comparecencia -*vadimonium*[36]- fuera de su circunscripción.

Era un principio que en Sicilia derivaba de la ley de Hierón[37] y de las mores maiorum.

Era un principio que formaba parte asimismo de "los derechos que los sicilianos han recibido del senado y del pueblo romano".

En el discurso contra Verres, Cicerón se refiere también a las disposiciones de la lex Rupilia para la provincia de Sicilia (*In Verrem*, 2.13)[38]. Según dicha norma, los litigios entre sicilianos pertenecientes a la misma ciudad se dirimirían conforme a sus leyes[39]; los suscitados entre ciudadanos de ciudades diferentes los resolverían jueces nombrados por el gobernador provincial[40]; en las controversias suscitadas entre un particular y una comunidad, el senado de cualquier ciudad siciliana podría actuar como *iudex* si las partes no elegían como jueces el senado de sus propias ciudades[41]; si un ciudadano romano

leontinos debían atravesar toda Sicilia para comparecer en Lilibeo.

36. Afirma Costa, *Cicerone giurisconsulto*, II, p. 21, que en el lenguaje ciceroniano la prestación del *vadimonium* se contempla como el acto inicial del proceso litigioso -*litem contrahere*- y del traspaso a este de las relaciones antes debatidas y discutidas mediante tratos amistosos. El pasaje analizado se encuentra entre los citados para demostrar esta idea (Idem, *op. cit.*, p. 22, n. 4).

37 Ley de Hierón II de Siracusa, fechada en algún momento entre las dos primeras guerras púnicas, por tanto, entre el 241 y el 218 a.C. Según Cicerón, los romanos nunca cambiaron el sistema de imposición de Hieron (*In verrem*, 2.3.12.15).

38. En relación con la llamada *lex Rupilia vid*. Mommsen, T., *Gesammelte Schriften*, I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1905, p. 287, n. 12; Rotondi, G. *Leges publicae populi romani*, Georg Olms, Hildesheim, 1966, p. 489; Torrent, A., *Diccionario de Derecho Romano*, s.v. "lex Rupilia", Madrid, Edisofer, 2005, p. 625; Cotton, «Private International Law or Conflict of Laws: Reflections on Roman Provincial Jurisdiction», en *Herrschen und Verwalten. Der Alltag der römischen Administration in der Hohen Kaiserzeit*, Haensch & Heinrichs éd., Cologne, 2007, p. 234-255; Fournier, J., "La *Lex Rupilia*, un modèle de régimen judiciaire provincial a l'époque républicaine?", *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 21, 2010, pp. 157-186; Greco, *op. cit.*, p. 126 y ss.; Kantor, G., "Sicvlvs cvm sicvlo non eivsdem civitatis: litigation between citizens of different communities in the Verrines", *Cahier Glotz*, 21, 2010, pp. 187-204.

39. *Quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus.*

40. *Quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam illi legem Rupiliam vocant, sortiatur.*

41. *Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, cum alternae civitates reiectae sunt.*

demandaba a un siciliano, el juez sería un siciliano -*quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex*- y si un siciliano demandaba a un romano, el juez sería un romano - *quod Siculus a ciue Romano, ciuis Romanus datur*.

Las cláusulas relativas a los litigios surgidos entre sicilianos y ciudadanos romanosse han considerado por autores como Greenidge[42] o Furnier[43] como una manifestación del principio actor *sequitur forum rei*. Otro problema que destaca el citado autor es el de la dificultad que tendría el miembro de una civitas para realizar una citación efectiva o prestar vadimonium con el miembro de una ciudad que estuviera muy alejada. Sugiere que quizá en estos casos se recurriría al poder del gobernador para realizar la convocatoria bajo su propia autoridad[44].

Por su parte, Marcial, en el prefacio del libro 12 de sus Epistulae, se dirige a Prisco para explicarle la soledad que experimenta en provincias, refiriendo que echa de menos la sutileza de los juicios, la ingeniosidad de los temas, las bibliotecas, los teatros, tertulias ... en definitiva, lo que él denomina "los oídos de su ciudad", pareciéndole, por ello, "litigar en un foro que no es el suyo" –*in alieno foro litigare*-[45].

42. Para Greenidge, op. cit., pp. 116 y 118, el tenor de algunas de estas cláusulas que tienden a garantizar que el *iudex* sea de la provincia del demandado, encuentra una formulación ulterior en la comentada máxima de que el demandado no ha de garantizar su comparecencia fuera del lugar de su domicilio, y que obligaban al gobernador a impartir justicia en el *conventus* al que pertenecía el demandado.

43. Fournier, op. cit., p. 171 considera que estas cláusulas de la lex Rupilia se adecuaban bien al principio *actor sequitur forum rei*, que considera bien conocido tanto por el Derecho griego como el romano, lo que ilustra con varias referencias relativas a la regulación de relaciones entre miembros de diferentes comunidades: 1/ En el Pseudo-Demóstenes, 7-13, donde, en referencia a las relaciones entre atenienses y macedonios en el siglo V a.C., se afirma que "no se ven las ventajas de concluir los *symbola* ni para los litigantes macedonios que van a Atenas, ni para los nuestros en Macedonia, pero los demandantes obtienen justicia, los nuestros allí según nuestras leyes, aquellos aquí según la nuestras" (es decir, como aclara el autor, en los conflictos que enfrentaran a miembros de dos comunidades, los macedonios demandantes acudían a Atenas para obtener justicia según las leyes atenienses, mientras que los demandantes atenienses acudían ante los tribunales macedonios, donde se plegaban al derecho local); 2/ En las cláusulas judiciales del tratado entre Cerdeña y Éfeso, donde se prevé que la víctima de la injusticia será juzgada en la ciudad de aquél quien la ha cometido; 3/ En el Decreto de la ciudad de Colophon en honor a su embajador Ménippos (interpretándolo esta disposición en el sentido de que el acusado tiene derecho a ser juzgado por los tribunales de su patria y su país); 4/ El tratado romano-licio del 46 a.C., que precisa que, en materia capital, si un romano es acusado en Licia será juzgado según sus propias leyes, en Roma, y no en ninguna otra parte; mientras que si un ciudadano ligio será juzgado según las leyes ligias, y en ninguna otra parte.

44. Greenidge, *op. cit.*, pp. 142-144. El jurista parece descartar la teoría de Ruddorf según la cual el actor dirigiría al reo una llamada a comparecer -*litis denuntiatio*-, quizá por escrito, pues no encuentra ninguna huella de tal procedimiento en las referencias de Cicerón a la jurisdicción provincial.

45. Mart. *Ep., praef.* l. 12: *In qua hoc maximum et primum est, quod civitatis aures, quibus adsueveram, quaero et videor mihi in alieno foro litigare; si quid est enim, quod in libellis meis placeat, dictavit auditor: illam iudiciorum subtilitatem, illud materiarum ingenium, bibliothecas, theatra*... Según Adam, *Antiguedades romanas*, vol 3, 4, trad de Garriga y Baucis, Valencia, Imprenta de Cabrerizo, 1854 p. 275, la expresión quiere decir "tratar de un asunto sin entenderlo". Para Segura Munguía, *Frases y expresiones latinas de uso actual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 71, además, podría significar "ser nuevo en el oficio". Finalmente, Izaac, H.J. en *Martial. Épigrammes*, t. II-1, 3ª ed., "Les Belles Lettres", 1975, p. 155, traduce la expresión como "defenderse ante un tribunal extranjero" – *je m'imagine me défendre devant un tribunal étranger*-.

Fuentes jurídicas

Aunque el principio actor sequitur no se formula hasta la época postclásica, era de constante aplicación en la época anterior[46], según resulta de varios fragmentos como los siguientes:

En materia de dotes, en D. 5.1.65, en sus comentarios al edicto, declara Ulpiano que la mujer debe exigir la dote allí donde el marido tuvo su domicilio, no donde se hizo el instrumento dotal:

D. 5.1.65 (Ulp. l. XXXIV ad ed.) *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per condicionem matrimonii erat reditura.*[47]

En Derecho sucesorio, se hace aplicación del principio tanto en materia de querela inofficiosi testamenti -D. 5.2.29.3- como de fideicomisos -D. 50.1.50.2[48]-:

D. 5.2.29.4 (Ulp. l. V opinionum). *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.*

D. 5.1.50.2 (Ulp. l. VI fideicom.) *Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet. Quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti.*

Hay que tener en cuenta que la adquisición de un fuero privilegiado con posterioridad a la in ius vocatio no alteraba el principio general:

D. 5.1.7 (Ulp. l. VII ad ed.) *Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit quasi praeventus.*

Por lo tanto, si después de la in ius vocatio alguien pasaba a ser militar o se hacía de otro fuero, no tendrá en aquella causa el derecho de ser remitido a su fuero, como quiera que ya había sido prevenido para el juicio.

46. En este sentido, Calzada González, A. y Saiz López, V., "Los foros de competencia en la *actio pauliana del ius commune europaeum", Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020, p. 348 ponen de manifiesto la correlación entre las disposiciones del Digesto y la del Codex: "El análisis comparado de los textos del Digesto procedentes de la jurisprudencia clásica y de aquellos otros del Código promulgados a través de las *constitutiones Principum* nos permite aseverar que, más allá de las diferencias de orden sistemático y metodológico, subyace un paralelismo que permite afirmar la confluencia de dos fuentes complementarias en el más pleno sentido de esta expresión".

47. BARTOLO DE SASSOFERRATO parece plantear este supuesto como una excepción al *forum contractus: In contractu dotis hoc est especiale, quod non inspicimus locum contractus: sed locum ubi vir habet domicilium.* (Cfr. Fehi, J., *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, t. IV, Otto Zellner, Osnabrück, 1966 -ed. facsim. de la de 1627- t. I, col. 672)

48. Del foro donde debe plantearse la de la acción de petición de herencia se ocupa la constitución de Teodosio, Valentiniano y Graciano recogida en CJ. 3.20.1, texto que ha planteado muchos problemas de interpretación, pues si bien deja claro que la puesta en posesión de los bienes hereditarios debe hacerse en el lugar donde se encuentren, cuando la acción se convierte en petitoria parece establecerse un foro alternativo: el del domicilio del demandado o -*vel*- el *forum rei sitae* si el demandado vive allí. Aunque un importante grupo de juristas de la recepción entiende que se trataría de foros alternativos, el tenor de la norma no parece autorizar tal interpretación. Como alternativa podría considerarse que, además del domicilio del heredero, la acción de petición de herencia se puede plantear también en el forum rei sitae si el demandado se encuentra allí, aunque sea de forma pasajera, si no tiene en dicho lugar su domicilio.

El principio actor sequitur forum rei queda formulada en varias constituciones postclásicas, las primeras de la época de Diocleciano:

1) CJ. 2.46(47).2. Recoge un rescripto de Diocleciano y Maximiano dirigido a Aquilina, en el que le indican que, para solicitar la restitutio in integrum o para ejercitar la acción para repetir lo entregado como consecuencia de una transacción, se debe dirigir al presidente de la provincia en que tienen su domicilio los demandados - i*n qua domicilium habent quos convenis*-:

CJ. 2.46(47).2. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Quoniam ea, quae in transactione dari placuerat, te tradidisse proponas, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem vel quacumque aliam causam putaveris agendum, eius adire te provinciae praesidem, in qua domicilium habent quos convenis*. DIOCL. ET MAXIM. AA. AQUILINAE. [49]

2) En CJ. 3.22.3 se contiene una aplicación del principio para los litigios relativos al estado de las personas. Los emperadores Diocleciano y Maximiano, en una constitución fechada en abril del 293, manifiestan que también en estos litigios el actor debe seguir el foro del demandado -*cum in status etiam quaestione actor rei forum sequi debeat*-, y ello, aunque el actor tenga dignidad senatorial:

CJ. 3.22.3. Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Si in possessione libertatis constituta es, cum in status etiam quaestione actor rei forum sequi debeat, ibi causam liberalem agi oportet, ubi consistit quae ancilla dicitur, licet senatoria dignitate actor decoretur*. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ZENONIDI. <A 293 D. PRID. ID. APRIL. BYZANTIO AA. CONSS.>

En aplicación del mismo principio, el fragmento siguiente –CJ. 3.22.4- que recoge un rescripto de los mismos emperadores, aclara que, si un siervo reclama su libertad, el pleito debe seguirse donde quien se dice dueño tuviera su domicilium:

CJ. 3.22.4. Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Si ex possessione servitutis in libertatem quis proclamat, ibi agi oportere status causam, ubi domicilium constitutum habet qui se dominum dicit, non est ambigui iuris*. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SISINNIAE. <A 294 D. II NON. MART. BYZANTIO CC. CONSS.>

3) El CJ. 3.13.2 trasmite otra constitución de Diocleciano y Maximiano, fechada en septiembre del 293, a través de la cual formulan el principio general de que el demandante seguirá el domicilio del demandado:

CJ. 3.13.2. Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Iuris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet*. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ALEXANDRO. <A 293 PP. VI K. SEPT. AA. CONSS.>

49. A lo largo de la recepción se va anotando que en materia de *restitutio in integrum* se sigue el foro del demandado: así, Baldo: *agens ad distractum, tenetur sequi forum rei*; SALICETO *In causa restitutionis actor sequitur forum rei* (cfr. Fehi, op. cit., t. IV, col. 507); Godofredo quien anota que en este caso no se sigue el foro del contrato, sino el domicilio y el foro del demandado: Agens ad distractum tenetur sequi forum rei, et ita restitutio non petitur in loco contractus habiti, sed in domicilio foroque rei. Sin embargo, según Viviano, se podría optar entre el forum rei sitae o el forum domicilii del demandado: Inter menorem Bonon. meum & maiorem Mutin. Transactio facta est ad decem, quae dedit minor nomine illius transactionis. vult restituis. vbi debeat agitare restit. causa?& respond. quod vbi res test quae petitur, &ita coram Mutinensi, vel vbi reus habet domicilium (cfr. Fehi, op.cit., col. 508).

De este modo, los citados emperadores reprochan a Alejandro el querer invertir el orden del derecho - iuris ordinem converti postulas - para que el actor no siga el foro del reo, sino el reo el del actor, pues debe demandar en el lugar en que este tiene su domicilio o donde lo tenía al tiempo del contrato.

4) Una constitución de Diocleciano y Maximiano del 293 la que todavía recoge el actor *sequitur forum rei* en el ejercicio de acciones reales:

CJ. 3.19.1 Imperatores Diocletianus, Maximianus. *In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. Frustra itaque desideras non tecum congredi, sed cum auctore tuo dominium vindicantem, cum te possidere contendas. Nam si denuntiasti ei qui tibi vendidit, intellegit evictionis periculum. Nec enim iurisdictionis forma in eadem provincia constitutis tam petitore quam possessore ob auctoris personam, quem in alia provincia dicis consistere, debet immuta* DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PANCRATIO. <A 293 D. ID. APRIL. AA. CONSS.>

Se trata de un rescripto dirigido a Pancracio, a quien parece que un tercero está reclamando la propiedad de algo que adquirió a través de un contrato de compraventa. Los emperadores afirman que la acción real no procede contra el vendedor, sino contra el que posee -en este caso, el propio Pancracio-, sin perjuicio de la responsabilidad por evicción que corresponde al vendedor, siempre y cuando sea avisado. Los emperadores razonan que no debe alterarse la forma de la jurisdicción, habitando en la misma provincia tanto el demandante como el poseedor, por causa de la persona del vendedor que vive en otra provincia. Por tanto, asistimos a una acción real -reivindicatoria- en la que se sigue estableciendo el foro del domicilio del demandado (el poseedor).

El mismo criterio se sigue en FR. Vat. 326, que contiene un rescripto de Diocleciano y Constancio dirigido a Aurelia Agemachae. Tras la formulación del principio general, se dice que no debe acudir ante el gobernador de la provincia donde están sitos los bienes sobre los que se litiga, sino donde tiene su domicilio el poseedor.

Fr.Vat. 326 (=CJ. 3.6.2) *Idem Aureliae Agemachae. Actor rei forum, sive in rem sive in persona sit actio, sequitur. Unde perspicis non eiusdem provinciae praesidem adeundem de quibus agitur res ubi sitae sunt, sed in qua is qui possidet sedes ac domicilium habet. In rem actio privati iudicii quaestionem continent* (...) Proposita Sersum XVIII kal. Ferb. conss. supra scriptis.

5) También en Fr. Vat. 325 se contienen una constitución de Diocleciano y Constancio, de fecha incierta -si bien se ha sugerido que pueden datarse también en 293 ó 294 d.C.-, donde se establece que el demandante debe acudir a la jurisdicción del demandado, ya se trate de una acción real ya de una personal, con exclusión del *forum rei sitae*.

Fr.Vat. 325. Divi Diocletianus et Constantius Aureliae Pantheae. *Actor rei forum sequi debet et mulier quidem hacere procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur: si quam itaque habes actionem, experiri magis iure quam aduersus ea quae pro tuo statu statuta sunt quaecumque postulare debes.* Proposita V id. Nou. Heracleae Augg. V et IIII conss.

6) Una aplicación específica del actor sequitur en materia penal, concretamente en relación con el crimen de plagio, es decir, la venta a sabiendas de un hombre libre la encontramos en una constitución de Diocleciano y Maximiano que nos trasmite CJ. 3.15.2:

CJ. 3.15.2. Imperatores Dioclecianus et Maximimianus. *Sciens liberum venumdando plagii crimen committit. Ab eo itaque, qui super hoc queri potest, aditus competens*

iudex, si is, quem puerum ingenuum vendidisse proponis, ibi degit, causam cognoscet. DIOCL. ET MAX. AA. ET CC. NICAE. <A 294 S. PRID. NON. FEBR. SIRMI CC. CONSS.>

En este rescripto se aborda el problema del juez competente para conocer de la venta de un niño ingenuo. Los emperadores estiman correcto que conozca de la causa el juez del lugar donde vive el vendedor, a quien parece haber recurrido el actor.

Varias constituciones de los siglos siguientes reiteran el principio:

En primer lugar, la de Valentiniano y Valente del 364 d.C., recogida en el C.Th. 2.1.4 – y repetida en la Lex Romana Wisigotorum, 2.1.4[50]- que establece que, en un litigio en el que los senadores -quienes, en principio, debían tener su domicilio en Roma[51]- actúen como demandantes frente a los provinciales, es juez competente el gobernador de la provincia, y si es al revés, los provinciales debían demandar a los senadores ante el Prefecto de Roma, lugar donde estos tenían su foro propio[52].

C.Th. 2.1.4 Impp. *Valentinianus et Valens aa. ad Terentium correctorem Tusciae. Actor rei forum sequatur, ita ut, si senatores aliquid a provincialibus poscunt, eo, qui provinciam regit, cognitore confligant. Si vero provincialis non suscipiat, sed inferat actiones, praefecto urbis disceptante decertet. Dat. kal. iun. med., divo Ioviano et Varroniano coss.*

Dado que la regla actor *rei forum sequatur* no era nueva, su repetición en un litigio entre senadores y provinciales puede constituir un indicio, a juicio de Garbarino[53] de que en la práctica trataba de ser vulnerada para lograr la aplicación de su foro privilegiado no solo en los casos en los que los senadores actuaban como demandados, sino también cuando fueran actores. Otro indicio adicional podría proporcionarlo la constitución que

50. LRW, 2.1.4: Impp. Valentinianns et Valens AA. ad Terentium Correctorem Tusciae. Actor rei forum sequatur, ita ut, si senatores aliquid a provincialibus poscunt, eo, qui provinciam regit, cognitore confligiint. Si vero provincialis non suscipiat, sed inferat actiones, praefecto urbis disceptante decertet. Dat. Kal. lun. Med., Divo Ioviano et Varroniano Coss. En su comentario al Código Teodosiano, recuerda Godofredus, I., Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredii, Sumptibus M.G. Weidmanni, Lipsiae, 1736, t. 1, p. 93, que posteriormente los emperadores Graciano y Valentiniano introdujeron una regla más adecuada (contenida en CJ. 3.24.2): si los senadores vivieran en la ciudad o en sus suburbios deberían responder en juicio ante el Praefectus urbi, pero si hubieren constituido su sede –larem fovere- o volvieran asiduamente a la provincia, deberían hacerlo ante el juez provincial.

51. Posteriormente se estableció que mantenían también el domicilio en el lugar de su residencia. En relación con el domicilio de los senadores, vid. López Huguet, op. cit., pp. 402 y ss.

52. Diaz Bialet (Código Teodosiano. Libro segundo, Universidad de Córdoba, Argentina, 1967, p. 8) traduce la primera frase de esta disposición sencillamente como "el actor siga el fuero de la cosa" en lugar de la más comúnmente admitida "el actor siga el fuero del demandado". Aunque, efectivamente, la palabra rei admita las dos traducciones (corresponde tanto al dativo y genitivo singular de res –"cosa"- como al genitivo singular o nominativo plural de reus – "acusado" o, mejor aquí, "demandado"-) parece más adecuada la traducción de esta constitución al inglés de Pharr, C., The Theodosian Code, and Novels and the Sirmondian Constitutions, Princeton University Press, 1952, p. 37: The plaintiff shall follow the forum of the defendant (y, anota, a fundamental juristic principle, called by the Romans a regula). Este es el sentido que también da García del Corral al traducir CJ. 3.13.2., donde se incluye una expresión similar: ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur-, esto es "pides que se altere el orden de derecho, de suerte que el actor no siga el fuero del reo, sino el reo el del actor". Efectivamente, es más coherente contraponer al reus del segundo término -aquí, claramente "demandado", sin posibilidad de confusión- un rei como equivalente a "del demandado" en el primero.

53. Garbarino, op. cit., pp. 4-5.

transmite CJ. 3.22.3, antes transcrita, relativa a los litigios sobre la libertad, que deben ser planteados en el foro del demandado, habiéndose considerado oportuno incluir la precisión de que ello ocurre así incluso aunque el actor sea senador.

En el año 385, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, emiten una constitución que trasmite CJ. 3.19.3, donde, tras reiterar actor *rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur*, introduce la novedad[54] de ordenar que, cuando se trata de una acción in rem contra el poseedor esta se plantee en el lugar de situación de los bienes objeto de litigio:

CJ. 3.19.3. Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. <A 385 D. X K. IUL. CONSTANTINOPOLI ARCADIO ET BAUTONE CONSS.>.

A juicio de Savigny, por «acción in rem contra el poseedor» hay que entender éxclusivamente la acción de la propiedad[55]. Para Garbarino[56], el hecho de que el inciso que introduce el forum rei sitae comience con la partícula sed subrayaría que se está empleando con un carácter absolutamente complementario.

En el 397, los emperadores Arcadio y Honorio dictan una constitución, recogida en CJ. 3.13.5.pr., en la que ordenan que en las causas criminales el acusador siga el fuero del reo:

CJ. 3.13.5.pr. Imperatores Arcadius, Honorius. *In criminali negotio rei forum accusator sequatur.*

Se sanciona severamente la contravención de esta norma, es decir, llevar una causa civil o criminal ante un tribunal vedado, con la pérdida de la acción, si se trata del actor, y teniéndole por condenado, si se trata del reo.

La referencia al foro del demandado aparece, además, en un edicto de los emperadores Valentiniano III y Marciano del año 450 d.C. que recoge la Nov. Marc. 1. Según el prefacio de la novela[57], la intención de los emperadores era acabar con los despla-

54. Califican de "innovación" la posibilidad de demandar en el lugar de situación de la cosa introducida en esta disposición tanto Kaser, op. cit., p. 589, n. 23, como Garbarino, op. cit., p. 5. Levy, E., Derecho Romano vulgar de Occidente. Derecho de bienes, trad. Cremades Ugarte, American Philosophical Society, Philadelphia, 1951, p. 217, considera que el fragmento está interpolado, y que la redacción de la constitución en los términos que conocemos es consecuencia de haber reunido Justiniano dos afirmaciones en una: por un lado, tomó la primera parte de la constitución de F.Vat. 326 (añadiendo que probablemente lo hubiera encontrado en el Código Hermogeniano). Por otro, reemplazó la explicación que seguía de Diocleciano con el principio derivado de Teodosio I del forum rei sitae, añadiendo precisión a la segunda frase insertando las palabras in rem, concluyendo que se trata de una interpolación clasicista (argumenta, por ejemplo, que la rúbrica del Codex de Justiniano, ubi in rem actio exercire debet -CJ. 3.19- no fue conocida en el Teodosiano).

55. SAVIGNY, op. cit., p. 296, n. q.

56. GARBARINO, *op. cit.*, p. 5.

57. *Impp. Valentiniani et Marciani aa. edictum. Multa remediorum genera nostrae clementiae provincialibus suis prospicere gestienti et crebra cogitatio subpetit et ipse rerum usus apportat. Nam cum venalem iudicum ambitum radicitus amputasset et ad res privatas vel publicas sincerissime gubernandas homines spectandos atque consultos traxisset invitos – sciens quippe, felicem fore rem publicam, si a nolentibus et actus publicos repulsantibus regeretur – cogitanti nostrae pietati statim occurrit, quonam modo possint longi itineris intervallo et enormibus sumptibus legitimo egentes auxilio liberari. Videtis enim*

zamientos de las muchedumbres interminables -*videtis catervas adeuntium infinitas*- procedentes no solo de las provincias vecinas, sino incluso de los confines del imperio, para demandar a sus adversarios -*non solum a finitimis provinciis, verum extremo orbis Romani limite confluentes et adversum suos adversarios conquerentes*-. El motivo que justificaba tales desplazamientos no era otro que el temor de sufrir las consecuencias de la corrupción judicial, con la que los emperadores consideraban haber terminado.

El apartado quinto se refiere a quienes emprenden un pleito solo para hostigar a sus adversarios, empleando argucias y falsos discursos en lugar de argumentos jurídicos, arrastrando así a sus adversarios a foros ajenos – por ejemplo, a un militar al fuero civil o a un particular al militar-. Se considera que tal práctica debe ser corregida por lo que, de acuerdo con el derecho y las leyes antiguas, todos deben presentar sus demandas contra quienes quizá estén retrasando darles satisfacción en el foro apropiado y competente para el litigio, sin recurrir a falsos pretextos:

Nov. Marc. 1.5. *His additur aliud maius, quod innocentes praecipue hactenus conterebat. Nonnulli namque suis adlegationibus diffidentes, vexare suos adversarios tantummodo cupientes, non iure cum his, sed arte pugnabant et per sermonem fucatum et falerata verba, nonnumquam legibus arte confusis, ad aliena eos iudicia pertrahebant, ita ut hinc saepius eveniret, ut et miles in civili et privatus in militari, sed sibi incongruo, peregrinaretur iudicio. ergo hanc quoque partem ne ad laesionem nobis subiectorum per iuris et legum contemptum ulterius perduraret, hoc providentissimo edicto nostra pietas censuit emendandum. iubemus namque omnes pro priscis ac saluberrimis institutis suos adversarios satisfactionem forsitan differentes in proprio, non in minime competenti fictis quibusdam occasionibus exposcere litigii foro.*

A continuación, se declara, una vez más, que el actor ha de seguir el fuero del demandado, regulación que se dice debe ser preservada intacta e inviolable. En consecuencia, se prohíbe solicitar al emperador la emisión de un rescripto, mandato u orden por la que se llame a los adversarios a responder ante tribunales que no son los competentes:

Nov. Marc. 1.6. *Actor rei forum sequatur. Quod sine caelesti sententia non constat esse decretum, intactum inviolatumque servetur: nemo a nostra serenitate postulet – nec enim impetrabit non rescriptum non mandatum vel iussum quod dicunt sacrum – suos adversarios in minime conpetenti iudicio respondere, maxime cum hoc tempore, quod superius dictum est, unusquisque clarissimorum vel spectabilium iudicum, si tamen propter causas praedictas ita usus tulerit, et integras adeuntibus aures praebere et omni postposita invidia, omni spreta gratia recto proposito potuerit iudicare.*

El apartado séptimo extiende estos principios a los militares, disponiendo, en síntesis, que han de ser demandados en su propio distrito ante el juez competente, salvo que se trate de asuntos de alta importancia que excedan de la autoridad del juez militar de su propio distrito[58].

---

agmina, videtis catervas adeuntium infinitas non solum a finitimis provinciis, verum extremo orbis Romani limite confluentes et adversum suos adversarios conquerentes. Quod profecto nullatenus accidisset, si in locis integritas vel severitas iudicum floruisset. Ne igitur huiusmodi flagitia etiam ulterius porrigantur, ne quis desertis laribus suis aut certe dulcibus pignoribus per incognitas mundi partes diutius pervagetur, hoc consultissimo edicto statuendum pariter et omnibus declarandum pietas nostra decernit.

58. Nov. Marc. 1.7. *Quam formam etiam in militari parte volumus observari nec passim aliquem armatae militiae sociatum*

Según la interpretatio[59] a la novela, cualquiera que desee interponer contra su adversario una demanda de recuperación o una acusación criminal, deberá llevar la acción ante la provincia en la que vive el demandado, pues no habrá de suponerse que su adversario haya de ser arrastrado ante un juez que vive en otro lugar o muy alejado porque "se ha establecido por todas las leyes que el actor debe seguir el domicilio del demandado"-quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur-; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de apelar que asiste al demandado si considera al juez sospechoso.

También la Novela de Valentiniano III 35.2 del año 452, en relación con el procedimiento de la episcopalis audientia[60], señala que cuando el demandante sea un clérigo, habrá de seguir el foro del demandado según establecen las leyes, si el demandado no presta su consentimiento para acudir a dicho procedimiento extraordinario.

Nov. Val. 35.2 *In clerico petitore consequens erit, ut secundum leges pulsati forum sequatur, si, ut dictum est, adversarius suus ad episcopi [vel presbyteri] audientiam non praestat adsensum ...*

Derecho histórico español

En el Derecho visigodo aparece en el Liber Iudiciorum una ley de Chindasvinto que, de alguna manera, presupone el principio actor *sequitur forum rei*, al establecer cómo debe tener lugar el auxilio judicial cuando el actor quiere demandar a alguien "en el territorio de otro juez":

L.I. 2.2.7. *Si quisquam ingenuorum adque servorum extra territorium, in quo conmanent, in alterius territorio iudicis causationem habuerint, iudex, ad cuius ordinationem idem petitor pertinet, epistula sua manu suscripta adque signata eidem iudici dirigat, in qua premoneat, ut negotium querellantis audire et ordinare non differat* (...)

El Fuero Juzgo, versión en romance del Liber, recoge una regulación sustancialmente idéntica:

FJ. 2.2.8. "Si algún omne libre ó siervo se quiere querellar dotro ome en tierra de otro iuez que non es el su iuez daquel que se querella, el su iuez de la su tierra deve enviar

longinquis partibus trahi, sed in locis apud conpetentem iudicem pulsari, nisi tamen super maximis et necessariis causis et militarem iudicem in locis excedentibus fuerit accusatus (...).

59. *Interpretatio. Si quis adversarium suum aut repetitione aut criminis obiectione pulsaverit, in provincia, in qua consistit ille qui pulsatur, suas exerat actiones nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum: illi vero qui pulsatus fuerit, si iudicem suspectum habuerit, liceat appellare. Simili etiam et militantes ordine teneantur, ut et ipsi apud competentes iudices, quas conpetere sibi credunt, exerant actiones, quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur*. Como indica GARBARINO, *op. cit.*, pp.7-8, si bien esta novela no aparece recogida en el Codex de Justiniano, el emperador vuelve sobre esta materia varias veces en sus novelas, revalidando la necesidad de acudir, en primer lugar, al gobernador principal.

60. Sobre la *episcopalis audientia*, vid. KASER, *op. cit.*, p. 641 y ss.; CIMMA M.R., *L'Episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989; CUENA BOY F., *La «episcopalis audientia». La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos*, Universidad de Valladolid, 1985; GARCÍA FUEYO, B. «La *episcopalis audientia* posclásico-justinianea y la jurisdicción episcopal de Alonso de San Martín, hijo de Felipe IV (1642-1705)1», *REDC*, 71, 2014, p. 39 y ss.; Fernández de Buján, A. *Derecho privado romano*, 9ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 159.

sus letras al otro iuez seelladas con su seyllo, e quel ruegue, que ozca la querella daquel su omne, é quel faga aver derecho (...)"

En el marco de la recepción[61] se asiste a la inclusión del actor sequitur en las colecciones de Brocarda, en los comentarios al Corpus iuris civilis y en los ordines iudiciarii, donde reaparece la idea de un juez ordinario, que es el del domicilio del demandado, sentándose a continuación las excepciones al mismo[62].

Así ocurre por ejemplo en el siguiente fragmento tomado del Ordo iudiciarius de Tancredo de Bolonia[63]:

§ *Qui dicitur esse iudex ordinarius alicuis? Respondeo, elle est iudex ordinarius rei, apud quem ipse reus domicilium habet* (D. 5.1.19, CJ. 3.13.2) *et si duo quis habet domicilia in iurisdictioni duorum iudicum, illis duobus iudicibus subest*, ut D. 50.1.27.2.

§ *Licet generaliter sit verum, ut actor forum rei sequi debeat et sic laicus sub suo iudice debeat conveniri, fallit tamen in his casibus ...*

Sigue una larga enumeración de hasta catorce supuestos que constituyen una excepción al principio: causas matrimoniales, crímenes eclesiásticos, etc.

Algo parecido ocurre en el Speculum iuris de Durando[64], donde tras afirmar que el actor debe seguir generalmente el foro del demandado -*actor forum rei generaliter sequi debet*- llega a mencionar hasta cincuenta y dos excepciones al actor sequitur.

En cuanto a la recepción en Derecho español, comenzando por la legislación de Alfonso X el Sabio, el Fuero Real establece el siguiente esquema: en los litigios civiles, se ha de seguir el locum rei sitae en las acciones reales sobre inmuebles y el lugar donde es morador el demandado, es decir, el criterio del domicilio, en el caso de demandas sobre muebles o semovientes. También puede entablarse la acción en el lugar de cumplimiento del contrato, aunque no sea morador:

F.R., 2.1.2 "Si algún ome ficiere demanda a otro sobre casa, o sobre viña, o sobre otra raíz cualquier, ante aquel alcalle demande ó es la raíz. *Et si ficiere demanda de cosa que non sea raíz, asi como de bestia o como de otra cosa mueble, ante aquel alcalle le demande ó es morador aquel a quien demanda. Et si por aventura en otro lugar o non es morador emprestido ficiere o pleito por alguna cosa facer e lo non cumplió, si el demandador le fallare en el logar ó fue fecho el emprestido o el pleito, allí lo pueda demandar*

61. Indica ROBLES REYES, "La huella del *ius commune* en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil", en *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020 p. 275, que el espíritu de universalidad que animaba el *ius commune* favoreció la recepción de principios procesales que aportaban seguridad jurídica cuando en los litigios intervenían sujetos de distintos reinos, derecho o fueros, siendo esta la causa por la que los legisladores hubieron de recurrir a los fueros jurisdiccionales tradicionales, como el *forum delicti commissi, forum rei sitae*, y, sobre todos ellos, el *forum domicilii*, como el criterio que se impuso sobre todos los demás a la hora de determinar el fuero en que debía de desarrollarse el litigio.

62. PETRUS DE BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum* en *Opera Iuridica rariora*, t. VII, a cura di Maffei-, Cortese-Rossi (ed. facsim. de la de Lugduni 1536), p. 488, n. 7; BARTOLI *Commentaria in primam codicis partem*, Lvgduni, 1550, p. 123 *ad l. iuris ordinem* (CJ. 3.13.2); BALDI VBALDI perusini iurisconsulti. *In primvm, secvndum et terrivm codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, p. 198, *ad l. iuris ordinem* (CJ. 3.13.2), entre otros.

63. BERGMANN, F., *Pillii, Tancredi, Gratiae. Libri de Iudiciorum Ordine*, apud Vandenhoeck et Ruprecht, Gottingae, 1842, p. 127.

64. DURANDI, G., *Speculum iuris, pars secunda*, Venetiis 1585, pp, 392 y ss.

si quisiere, el otro non se pueda escusar quel non responda, porque diga que non es alli morador" [65].

Y en el caso de las acciones derivadas de delito, se aplica el criterio del *forum delicti commisi*, (FR 2.1.1) disponiéndose que, si el reo pasa a morar a otro lugar, deberá ser demandado en el lugar donde era morador en el momento de comisión del delito:

FR.2.1.1 *Todo ome que morare so algún señorio e ficiere hi algún fecho malo porque deba haber pena de cuerpo o de haber, e pasare morar a otro señorio, allí responda e allí tome juicio ante aquel alcalle en cuya tierra fue el fecho e non pueda escusarse porque fue a morar a otro logar.*

También era posible, en virtud de FR 1.7.2, que las partes sometieran su controversia ante un alcalde de avenencia; ahora bien, se requería que el juez inicialmente competente por razón del territorio accediera a ello.[66]

La idea de un "juez natural" correspondiente al demandado se expresa nuevamente en Part. 3.2.32:

"*Ante quien debe el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aquí mostrar, porque esta es vna de las cosas que mucho deue ser catada ante que la faga. E por ende dezimos, que los Sabios antiguos, que ordenaron los derechos, touieron por derecho, que quando el demandador quisiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel Juez que ha poder de judgar al demandado; ca, ante otro judgador non le seria tenudo de responder, si non sobre estas cosas contadas que aquí diremos*".

El juez natural no es otro que el del domicilio del demandado, tal y como queda recogido en la Part. 3.3.4, (regulación que vendrá recogida nuevamente en Nov. Rec. 11.4.9), según la cual:

Part. 3.3.4. *Responder non debe el demandado en juyzio ante otro Alcalde, si non ante aquel que es puesto para judgar la tierra, do el mora cotidianamente. Empero en todo pleito es tenudo de responder delante del Rey si fuere fallado en su corte. E esto es porque la Corte del Rey es Fuero comunal de todos, e non se puede ninguno escusar de estar a derecho.*[67]

Gregorio López, en su gl. si fuere fallado señala la concordancia entre esta ley y D.

65. Anota ARIAS DE BALBOA en su glosa a esta ley que "quando el demandador quisiere fazer su demanda al demandado, devela fazer ante aquel juez que ha poderío de judgar al demandado, que ante otro judgador non le sería tenudo de responder" (CERDA RUIZ-FUNES, J. "Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla", AHDE, 21-22, 1951-1952, p. 802).

66. Según VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUER, J., "La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas", AHDE, 1985, p. 503, la necesidad de consentimiento del juez originariamente competente deriva del hecho de que el Fuero Real, en su intento de mantener un estricto sistema de división territorial de la competencia judicial, considera agraviado al alcalde en cuyo ámbito de jurisdicción imparte otro justicia; al efecto entiende que es muy significativa la sanción impuesta al juez que viola la prohibición de ejercer su oficio fuera de su alcaldía, que además de tener que indemnizar al posible perjudicado con su actuación y el pago de una cantidad a la cámara del rey, debe pagar una multa de diez maravedís a los alcaldes cuya competencia ha sido ignorada (FR. 1.1.7).

67. Figuran a continuación una serie de excepciones a la posibilidad de demandar en la Corte al que se halle en ella accidentalmente. La mención de que la Corte del Rey es "fuero comunal de todos" encuentra sus fundamentos romanistas en D. 50.1.33 (Mod.*l. sing. de manum.*) R*oma communis nostra patria est.* La normativa recuerda mucho al régimen del *ius domum revocandi* en Roma.

5.1.2.3 (Ulp. l. III ad Ed.)[68], donde el jurista informa que a los legados y a otras personas -los convocados para declarar como testigos, los llamados para juzgar alguna causa, etc.- se les concedió el derecho a ser demandados en su domicilio por aquello que contrataron antes de su legación.

En Part. 3.2.32, a la que antes se hacía referencia, se enumeran hasta catorce causas por las que el juez "ha poder de judgar al demandado", destacando las relativas al forum originis (causa primera) y al forum domicilii (causa séptima)[69]:

La primera, si el demandado es o fuere natural de aquella tierra, e que se judga, por aquel Juez ante quien le quieren fazer la demanda: ca maguer non sea morador della, bien pueda ser apremiado, si lo y fallaren, que responda ante el, por razón de la naturaleza.

La setena es, si ouiesse seydo morador en aquella tierra diez años en que le fazen la demanda.

El Espéculo 4.2.9 se repite básicamente el esquema competencial del Fuero Real, si bien más pormenorizado y con más reminiscencias del Derecho Romano[70].

En el Ordenamiento de Alcalá de 1348 se encuentran varias manifestaciones del principio que se estudia, al establecerse determinadas medidas contra quienes, de alguna manera, pretendan vulnerarla:

La ley I del Tit. II, que obliga a pagar seiscientos maravedís y las costas dobladas a quienes "*ganan cartas maliciosamente para emplaçar à otros*":

O.A. 2.1. "*Porque acaesce muchas veces que algunos queriendo traer los pleitos á nuestra Corte por façer danno á su contrario, ganan cartas de la nuestra Chancelleria para los emplaçar, por ende establexcemos è mandamos que si alguno sobre pleyto civil ò criminal ganare nuestra Carta para emplaçar à otro, diciendo alguna raçon daquellas, porque los pleitos se puedan traer à la nuestra Corte, non seyendo así verdat, è usare della que pechen à aquel contra quien usaren della seiscientos maravedís desta moneda, è las costas dobladas*".

Esta norma recuerda a la Nov. Marc. 1.6 cuando este prohibía que nadie impetrara del emperador un rescripto, mandato u orden en el que se ordenara a sus adversarios responder ante un tribunal que no fuera competente.

68. D. 5.1.2.3. (Ulp. l. III ad Ed.) *Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causa evocati sunt vel si qui iudicandi causa arcessiti sunt vel in provinciam destinati, revocandi domum suam ius datur. Eo quoque qui ipse provocavit non imponitur necessitas intra tempora provocationis exercendae Romae vel alio loco ubi provocatio exercetur aliis pulsantibus respondere: nam celsus huic etiam domus revocationem dandam ait, quoniam ob aliam causam venerit: haec Celsi sententia et rationabilis est. Nam et divus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum, qui tutelae reddendae causa Romam erat a se evocatus, alterius tutelae causa, cuius causa non erat evocatus, non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flaviano rescripsit minorem viginti quinque annis, qui desiderarat in integrum restitui adversus Asinianum, qui alterius negotii causa venerat, non esse Romae audiendum*

69. En relación con los restantes foros previstos en esta ley de Partidas, *vid.* ROBLES REYES, *La huella...cit.*, p. 280 y ss.

70. Así, por ejemplo, se encuentra una reminiscencia del *forum contractus* que resultaba aplicado en D. 5.1.19.pr. en relación con las deudas contraídas por el difunto, texto en el que Ulpiano disponía que el heredero ausente debe ser defendido allí donde debió serlo el difunto, si allí se encontrara (Espéculo 4.2.9 "...E aun demás dezimos, que si demandare alguno por razon de alguna cosa que heredó, que allí debe responder, e facer derecho, f*allándolo y ô la devie fazer aquel de quien heredó...*"); aparecen asimismo menciones al *forum reconventionis*, etc.

La ley II del título II prohíbe tomar prendas de quien es emplazado maliciosamente:

O.A. 2.2. "*Si alguno maliciosamente echare à otro emplaçamiento ante los nuestros Alcalles, ò Judgadores de la nuestra Corte, ò ante los Judgadores d'otro cualquier logar, el emplaçado non sea prendado por el emplaçamiento, nin sea tenudo à lo pagar; et si el emplaçado fuere prendado, è rescibiere algunt danno por esta raçon, tornele el Juez la prenda, è el emplaçador peche el danno con el tres tanto al emplaçado*".

La ley 5ª del título II se refiere a los que "*van a otros logares dotra jurisdicción por non comprar de derecho en el su lugar*", es decir, que abandonan el lugar donde se encuentra su juez natural para evitar ser demandados. Ante tal situación se permite el emplazamiento del ausente por carta, aunque esté en otra jurisdicción. Esta ley se recogerá en la NR. 4.3.7 y posteriormente en la Nov. Rec. 11.4.3.

O.A. 2.5. "*Acaesce muchas veces, que algunos por su voluntat, o por non comprir de derecho a los querellosos antel Judgador, de cuya juredicion son, que se van a otros logares dotra juredicion; et era dubda si aquel Judgador los podía emplaçar fuera de su juredicion. Nos por tirar esta dubda, è alongamiento de los pleitos que por esta raçon podrían acaescer: Mandamos que el Judgador en los pleitos que à el pertenescieren de librar, que pueda ir por si ò embiar su carta à emplaçar ça la parte absente, aunque esté en el logar dotra juredicion, para que parezca antel à cumplir de derecho: Et el emplaçamiento ó emplaçamientos, que así fueren fechos, que sean valederos*".

Parece ser que estas leyes del Ordenamiento de Alcalá eran violadas por el clero y la nobleza; al menos esto es lo que se deduce de la petición presentada por el pueblo llano a Enrique II en Burgos en 1373[71], que suplicó contra el abuso de emplazar ante los alcaldes de la corte a los vecinos de las ciudades, villas y lugares, sin ser primeramente demandados ante los de su fuero y que queda plasmada en el correspondiente Cuaderno de Cortes[72]:

"*Otrosi alo que nos pedieron por merçed que por quanto el Rey don Alfonso nuestro padre, que Dios perdone, ordenara que ningunt vezino de çobdat nin de villa nin de otro logar non fuese enplazado ante los alcalles dela corte, a menos que primera mente fuese demandado ante los alcalles de su fuero e oydo e vençico por fuero e por derecho; e que algunos de nuestros oficiales e otras personas que ganaban nuestras cartas en contrario*

71. La Novísima Recopilación atribuye erróneamente la disposición a Enrique III. El monarca no subió al trono hasta el año 1379.

72. COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla, publicadas por la Real Academia de Historia, Introducción. Parte primera*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1883, p. 333, resume en los siguientes términos la situación planteada ante las Cortes de Burgos de 1373 (que califica más bien de "Ayuntamiento" de Burgos por haber concurrido solo representantes de ciudades, villas y lugares, y ni siquiera todos los que solían ser llamados): "Como el brazo popular se vio dueño del campo, desató su lengua y prorrumpió en quejas exponiendo los agravios que recibía del clero y la nobleza, y no descuidó la ocasión de pedir reformas en la administración de la justicia y el ensanche de sus libertades. Suplicó contra el abuso de emplazar ante los alcaldes de la corte a los vecinos de las ciudades, villas y lugares, sin ser primeramente demandados ante los de su fuero, oídos y vencidos en juicio, según lo ordenado por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, y contra el no menor de perseguir a los deudores y tomarles sus bienes sin ser citados y preguntados si tenían excepción de «paga, quita u otra razón derecha» que oponer; y aunque después mostrasen, carta de pago o quitamiento u otra razón derecha», los oficiales de la justicia no dejaban por eso de proseguir la ejecución, como si «la entrega fuese verdaderamente debida»; a lo cual respondió el Rey según cumplía".

del dicho ordenamiento, lo qual era nuestro deservicio e dapno delos nuestros rregnos, e que nos pedían por merçed que mandásemos que se guardase el dicho ordenamiento e posiesemos pena sobrello, saluo de aquellas cosas e personas e pleitos que pertenesçian e pertenesçen ala nuestra corte.

A esto respondemos que tenemos por bien que se guarde segunt quel Rey don Alfonso nuestro padre, que Dios perdone, lo ordenó en las Cortes que fizo en Alcala de Henares, e mandamos que non den nuestras cartas para emplazar para la nuestra corte, saluo por aquellos casos que se deuen librar por la nuestra corte"[73].

Como se ve, la disposición excepciona del principio general actor *sequitur forum rei* los llamados casos de Corte (Part. 3.3.5). En ocasiones, era la gravedad de determinados delitos la que determinaba su condición de casos de Corte. Otras veces era la condición de la persona la que provocaba que no se aplicara el fuero del domicilio (por ejemplo, demandas -civiles o criminales- contra miembros del Consejo, Oidores, Chanciller o Mayordomo mayor, Contadores reales; pleitos de pobres y personas miserables, menor de veinticinco años huérfano de padre, viudas que viven honesta y recogidamente); en estos casos el tener "caso de corte" es tratado como privilegio, que implica tener que sacar al demandado de su fuero[74]. Por último, algunos pleitos eran considerados como casos de corte por razón de la materia (v.gr. causas sobre bienes de mayorazgo o vinculados, NR. 5.7.9 y 10 y NR. 3.1.4).

Los intentos de vulneración de la regla actor sequitur por parte de estamentos privilegiados no constituyen una novedad del reinado de Enrique II, debiendo recordarse aquí cómo, en Derecho Romano, la reiteración del principio en el CTh. 2.1.4, en un momento en que ya aparecía recogido en diversas constituciones imperiales, en un litigio entre senadores y provinciales también ha sido interpretada como indicio de que los primeros pretenderían vulnerarla para hacer valer su fuero privilegiado incluso cuando actuaban como demandantes.

Una disposición parecida será la promulgada por los Reyes Católicos en las Ordenanzas para la Corte y Chancillería de Valladolid, dada en Córdoba en 1485, donde se contempla por primera vez en España la formulación exacta de la máxima, según la conocemos:

"*Otrosí, porque somos informados que trae grande enpacho a la expedición de los negoçios de nuestra audiencia en conosçer los nuestros oidores de las causas çeviles que en primera instancia ante ellos se mueven entre unas personas e otras vezinos de la çibdad o villa o lugar donde está la nuestra corte e chançillería; por ende mandamos e defendemos, que los nuestros oidores non conoscan de pleitos algunos çeviles en primera instancia en que ha de ser convenido el vezino de la çibdad o villa o lugar donde estoviere la nuestra corte e chançillería, mas que el actor siga el fuero del reo ante su juez ordinario o después por apelaçion pueda venir ante los nuestros oidores, salvo si la causa fuere contra*

73. COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla* publicadas por la Real Academia de Historia, t. II, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1863, pp. 260-261, petición séptima.

74. Esta idea aparece muy claramente reflejada por HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 140, 1.7.9 "En las Audiencias Reales en primera instancia se conoce en las causas que son casos de Corte, *aunque para ello se saquen los litigantes de su fuero y domicilio*, con inhibición que pueden hacer de su conocimiento a los demás jueces, según unas leyes de la Nueva Recopilación" (NR. 2.5.2). *Vid.* ESCRICHE, *op. cit.*, t. I, s.v. "caso de Corte", pp. 227 y ss.

corregidor o alcalde ordinario u otro oficial del tal lugar e sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio"[75].

La norma se repite, con casi idéntico tenor, en el capítulo 7 de las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, dadas por los mismos monarcas, con dos matizaciones: 1) la prohibición de citar se extiende a cinco millas alrededor de la ciudad donde esté sita la corte y chancillería y 2) se menciona en primer lugar, entre las excepciones a la disposición el supuesto en que la causa fuere caso de corte. Posteriormente la disposición será recogida en la NR 2.5.21y Nov. Rec. 11.4.9[76].

El motivo que se vislumbra detrás de esta disposición es claro: la acumulación de pleitos en el lugar de la Corte.

De este modo, actor *sequitur forum rei* va elevándose a la condición de principio general en el ordenamiento histórico español, y así va siendo proclamado por nuestra doctrina[77].

El principio no desaparece al llegar a la etapa codificadora[78], al contrario, estuvo siempre presente en las sucesivas leyes de enjuiciamiento y de organización y planta judicial hasta llegar al momento presente[79].

75. Tomado de PÉREZ DE LA CANAL, M.A., "La justicia en la corte de Castilla durante los siglos XIII al XV", *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, p. 445.

76. Donde se incorpora con la siguiente redacción: "Defendemos, que ninguno de los vecinos de las nuestras ciudades, villas y lugares puedan ser emplazados para ante los nuestros Alcaldes de Corte y Chancillería fuera de las cinco leguas en las causas civiles, sin que primeramente sean demandados ante los Alcaldes de su fuero, y oídos y vencidos por Derecho; y que no valan nuestras cartas que en contrario fueren dadas, salvo en aquellos casos que se deben librar en nuestra Corte y Chancillería, que son estos según estilo antiguo: muerte segura; mujer forzada; tregua quebrantada; casa quemada; camino quebrantado; traición aleve; riepto; pleyto de viudas y huérfanos, y personas miserables; o contra Corregidor o Alcalde ordinario, u otro Oficial del tal lugar, y sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio".

77. Cfr. HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 94, 1.5.36: "El juez Eclesiástico y secular adquiere jurisdicción por surtirle su fuero y domicilio por la parte, por ser natural del, siendo allí hallado, o por beneficio o oficio que allí tenga, o por se aver avezindado o vivido diez años allí..." (el jurista va reproduciendo, a continuación, el resto de las hipótesis prevenidas en Part. 3.2.32); Pérez López, X., Teatro...cit., t. XIV, s.v. "fuero", p. 310: "...nadie puede intentar una acción sino ante Juez competente, y ninguno es Juez competente en una causa, sino aquel que tiene jurisdicción y mando sobre el reo. Así pues, la primera regla general que debemos tener presente en quanto a Fuero, es que el actor debe seguir el del reo", FEBRERO, J. *Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Parte II, t. III, Imprenta de Pedro Marín, Madrid, 1781, p. 37: "*el actor debe seguir regularmente el fuero del reo*, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente: y la razón es, porque no debe ser condenado, ni absuelto sino por aquel á quine está sujeto, y de quien es súbdito"; ESCRICHE, t. II, s.v. "fuero", p. 1107: "Es un principio general, que el actor debe seguir el fuero del reo, *actor forum rei sequitur*; es decir, que la acción civil o criminal que uno tenga contra alguna persona, se debe deducir precisamente en el tribunal ó ante el juez á cuya jurisdicción está sujeta dicha persona ó la causa que ha de ser objeto del litigio (...) Puede ser, pues, material o personal la competencia de fuero: será material cuando tiene lugar por razón de la causa o de la materia, esto es, cuando el juez conoce de un asunto o negocio que pertenece a sus atribuciones, cualesquiera que sean las personas que litigan; y será personal, cuando tiene lugar por razón de la persona, esto es, cuando el juez conoce de negocios de su atribución entre personas que le están sujetas":

78. En igual sentido, ROBLES REYES, *La huella...cit.*, p. 275.

79. Así, el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 proclamaba como fuero competente, fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, al juez del lugar en que estuviera la cosa litigiosa, si se trataba de acciones reales sobre inmuebles;

En la actualidad, los artículos 50 y 51 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establecen como fuero general tanto de las personas físicas como jurídicas, el del domicilio del demandado, salvo que la ley disponga otra cosa; el artículo 14.1, regla primera, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que, con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el actor originario impugnado; el artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que serán Jueces y Tribunales competentes para conocer de la causa o juicio el de la residencia del reo presunto (aunque se aplicarán con preferencia a este el del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito o donde el presunto reo haya sido aprehendido)[80].

Fundamentos del principio

Queda fuera del ámbito de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de todas y cada una de las razones que pueden justificar el principio actor *sequitur forum rei*[81]; en las siguientes líneas se trata, simplemente, de constatar algunas razones que fundamentan este principio y que se deducen de las fuentes romanas y del Derecho histórico español analizadas; pudiendo comprobarse como se vienen repitiendo de manera cíclica a lo largo de los siglos.

En primer lugar, la protección al demandado. Ya en las fuentes literarias se percibe la tendencia a considerar que el demandado tiene que ser juzgado en "su fuero", del que no se le debe sacar; así se apreciaba ya en algunas de las fuentes literarias antes analizadas, en las que aparecían expresiones como "verse traicionado en el propio foro" -*ubi ego me video venire in meo foro*-; "litigar en un fuero que no es el propio" -*in alieno foro litigare*- o tener que prometer la comparecencia *extra suum forum*.

Se advierte así una especial preocupación por proteger al demandado[82], preocupación

al del lugar en que se hallasen los bienes muebles o semovientes o el del domicilio del demandado, a elección del demandante, cuando se tratase de acciones reales sobre este tipo de bienes, y tratándose de acciones personales el del lugar en el que debiera cumplirse la obligación y a falta de este, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque fuera accidentalmente, pudiera ser emplazado. Para el ejercicio de acciones mixtas sería competente el del lugar en que estuviere la cosa o el domicilio del demandado. La regulación es sustancialmente idéntica a la establecida en el artículo 308 de la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, y en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; sin perjuicio de la existencia de otros fueros especiales por razón de la materia (artículos 109 y ss. de la Ley de 1870; artículo 63 LEC de 1881).

80. El fuero de la víctima se recoge en el artículo 15 bis LECrim con relación a los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer.

81. Para un estudio exhaustivo sobre la fundamentación del *actor sequitur forum rei* y una crítica del mismo *vid*. el detallado estudio de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas "I-BIS 1215/2012". Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 11, nº 1, (2019), especialmente pp. 115 y ss., donde distingue entre un fundamento jurídico público y un fundamento jurídico privado, ampliamente analizados.

82. En igual sentido, GARBARINO, *op. cit*., p. 6: "In punto competenza, tra gli interesi divergenti di parti che non risiedono

que, con el tiempo, cristalizará en la regula iuris[83] formulada por Gayo y que nos transmite D. 50.17.125, según la cual los reos son considerados más favorablemente que los actores.

D. 50.17.125 (Gaius l. V ad ed. prov.) F*avorabiliores rei potius quam actores habentur*.

Este tratamiento más favorable a los demandados se traduce en que se considera más justo que sea el actor en cuanto "agresor" quien asuma los gastos de un desplazamiento para citar al demandado ante el tribunal correspondiente a su fuero[84].

Se ha visto como la interpretatio a la Nov. de Marciano I[85] reflejaba muy expresivamente la idea de que no se puede sacar o arrastrar al demandado de su propio fuero, al obligar a cualquiera que desee interponer contra su adversario una demanda de recuperación o una acusación criminal, a llevar la acción ante la provincia en la que vive el demandado, pues no habrá de suponer que su adversario haya de ser arrastrado ante un juez que vive en otro lugar o muy alejado - *nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum*- y que en todas las leyes está previsto que el actor siga el foro del demandado - *quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur*-.

La conexión entre el actor *sequitur forum rei* y el trato más favorable que el Derecho debe otorgar a los demandados se repite a lo largo de la historia. Así sucede, por ejemplo, en el famoso Informe Jenard sobre el convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[86], cuando afirma que el adagio actor *sequitur forum rei*, expresa el favor del derecho con respecto al demandado. Y en reiterada jurisprudencia comunitaria se declara que el fundamento del principio se encuentra en que permite al demandado defenderse más fácilmente[87].

---

nella stessa provincia la posizione processuale che, almeno in primo grado, viene normalmente preferita è quella del convenuto, il quale può così evitare le spese e i maggiori rischi di un proceso lontano dal luogo di residenza (gli è consentito di "giocare in casa")".

83. Tal y como afirma Paulo en D. 50.1.17 (l. XVI ad Plaut.) *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*. La definición de Paulo es recogida en las Partidas de Alfonso X, concretamente en Part. 7.33.13: "Regla es ley dictada brevemente con palabras generales que muestran aina la cosa sobre que fabla, et ha fuerza de ley, fueras ende en aquellas cosas sobre que fablase alguna ley señalada deste nuestro libro que fuese contraria della; ca estonce debe ser guardado lo que la ley manda, et non lo que la regla dice".

84. Cfr. ANCELLE, *op. cit*., p. 134. En palabras de ROBLES REYES, *La huella*...cit., p. 296: "no se ha encontrado solución más justa, en la búsqueda del equilibrio entre un demandante que elige el momento y la oportunidad de demandar, y un demandado que hace alarde de su presunción de inocencia y la hace valer ante los tribunales de su estado".

85. *Si quis adversarium suum aut repetitione aut criminis obiectione pulsaverit, in provincia, in qua consistit ille qui pulsatur, suas exerat actiones nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum: illi vero qui pulsatus fuerit, si iudicem suspectum habuerit, liceat appellare. Simili etiam et militantes ordine teneantur, ut et ipsi apud competentes iudices, quas conpetere sibi credunt, exerant actiones, quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur.*

86. Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE num. C 189 de 28 de julio de 1990), p. 138.

87. A título de ejemplo, STJCE de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/9 (EU:C:1992:268) apartado 14; STJCE 13 de julio de 1993, Mulox, C-125/92 (EU:C:1993:306), apartado 9; STJUE de 13 de julio de 2000, Group Josi, C412/98 (EU:C:2000:399),

En segundo lugar, para justificar este foro de competencia se apela a razones de orden práctico. Roussel[88] apunta que el recurso al *forum domicilii* se adapta bien al espíritu práctico de los romanos: dado que durante mucho tiempo el actor tenía que citar personalmente al demandado, sería en su domicilio en el lugar donde más fácilmente podría encontrarlo.

Asimismo, y también desde este punto de vista práctico, se observa que el recurso al foro del demandado facilita las notificaciones, la práctica de la prueba y la ejecución de la sentencia[89].

También se ha esgrimido una razón de derecho público, derivado del principio de soberanía[90]: aquél contra el que se juzga debe ser súbdito del juzgador, según señaló Baldo de Ubaldis, seguido en nuestro país por Gregorio López[91] y muchos juristas posteriores; pues no puede ser condenado o absuelto por otro que no sea su magistrado[92].

El argumento deriva de CJ. 7.48.4, que recoge una constitución del año 379 en la que Graciano, Valentiniano y Teodosio disponen que no obligará a ninguno de los litigantes la sentencia dictada por el que no es juez suyo:

CJ. 7.48.4. Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. *Et in privatorum causis huiusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo iudice dicta constringat*. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. AD POTITUM VIC. <A 379 D. X K. OCT. ROMAE AUSONIO ET OLYBRIO CONSS.>

Precisamente, por ello no es de extrañar que en algún cuerpo legislativo, como el Fuero Real, se considere una especie de agravio y se sancione con multa el invadir la competencia de un órgano jurisdiccional (FR. 1.1.7).

Finalmente, hay que señalar que el principio actor sequitur presenta a veces inconvenientes, especialmente en la litigación internacional[93], y que, en determinados ámbitos, el foro del demandado puede presentar un carácter residual. Por ello, desde sus orígenes en el Derecho Romano se comprueba cómo, en los diferentes ordenamientos, aparece

apartado 35; STJUE de 19 de febrero de 2002, Besix, C256/00 (EU:C:2002:99) apartado 52; STJUE de 18 mayo 2017, Caso Hummel Holding A/S contra Nike Inc. y Nike Retail BV., C-617/15, (EU:C:2017:390), apdo. 35. En igual sentido vid. las Conclusiones del Abogado general sr. Bot en el asunto C-112/13 (EU:C:2014:207) apartado 37.

88. ROUSSEL, F., *Du domicile en Droit Romain*, Challamel Ainé ed., Paris, 1875, p. 41. En igual sentido, ANCELLE, A. *Du domicile*, Imprimerie de Donnaud, Paris, 1875, p. 69.

89. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 116.

90. Como explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 115, el argumento destaca que el estado con más título para conocer de un asunto es el correspondiente al domicilio del demandado, pues si este se beneficia de los servicios y prestaciones que dicho Estado ofrece, debe entonces quedar sujeto al "poder jurisdiccional" del mismo.

91. GREGORIO LÓPEZ, glosa 2/ *Que ha poder* a Part. 3.2.32. Afirma que esta ley concuerda con CJ. 3.13.2.

92. BALDI VBALDI perusini iurisconsulti. *In VII, VIII, IX, X& XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1607, ad l. et in privatorum, (CJ. 7.48.4) p. 61 ... *modo quaero, quare actor debet sequi forum rei, ie est iudicem deputatum reo...respondent quidam, quia favorabiliores sunt rei q actores, sed ista ro est falsa in his, auqe sunt fundamenta ipsius iudicii& ideo circa iurisdictionen semper in dubio magis fauetur actori & non reo. ut dd. de eo quod cer loc l non utique. dic ergo ro est quia ille quem iudicatur debet esse subditus iudicantis, nam ab aliio q. a suo maistrato, non potest condemnari nec absovi, quia extraneus est* (...).

93. Con relación a los problemas que plantea el recurso al foro del demandado en el ámbito de la litigación internacional, *vid*. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, especialmente pp. 117 y ss.

coexistiendo con otros fueros competenciales (*forum contractus, forum rei sitae*, etc.), lo cual se viene manteniendo como una constante histórica.

Por otro lado, resulta igualmente fuera de duda la pervivencia del principio actor sequitur forum rei, que sigue aplicándose, como fuero general de competencia[94]; como criterio atributivo de competencia judicial internacional a los tribunales de un país; que ha sido elevado, como dice Reinoso[95], a la categoría de principio general del derecho por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, y que, como se ha señalado[96] "tiene sus raíces en el patrimonio jurídico común de los Estados".

94. Y así, ROBLES REYES, *La competencia...cit.*, p. 10 subraya que la relevancia de este criterio competencial se manifiesta en que pervive como subsidiario hasta nuestros días, cuando no hay otro específico.

95. REINOSO, "Foro de conveniencia...", cit., p. 323.

96. Conclusiones del Abogado general Sr. E. Tanchev, presentadas el 12 de enero de 2017 en el asunto C-617/15) apartado 81 (EU:C:2017:13).

Derechos Reales de garantía desde Roma a nuestra legislación

Daniel G. Bonjour [1]

María Celeste Irrera [2]

1. Bonjour, Daniel G. Abogado-Escribano-Procurador. Doctorando Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy (Tesista). Profesor de Derecho Romano Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro DR. Plácido Marín. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social/Teoría del Derecho/Economía Política/Sujeto y Sociedad (Sociología), Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Historia del Derecho, Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín. Especializando en Derecho Social UNLP. Profesor en Docencia Superior, Universidad Tecnológica Nacional. Miembro de la AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano); Miembro de la ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Asesor Letrado de la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

2. Estudiante de la comisión 235 Facultad de Derecho Universidad de Bs. As.

Derechos Reales de garantía desde Roma a nuestra legislación Introducción

El objetivo del presente trabajo es mostrar la recepción del Derecho Romano en nuestra legislación actual, enfocándome particularmente en los Derechos Reales de garantía. Los mismos tuvieron su origen en Roma y fueron mutando diversas características hasta llegar a nuestro derecho vigente.

Para ello consulté diversos manuales, un tratado y algunos artículos de internet, para resumir brevemente cada uno de los derechos reales de garantía, desde el Derecho Romano hasta nuestra ley vigente.

Por último, manifesté mi conclusión, basada en las diferentes lecturas que realicé para realizar este trabajo.

Los Derechos Reales de garantía en Roma

El Doctor Costa los define como "aquellos constituidos en favor del acreedor con el fin de asegurarle el cumplimiento por parte del deudor de la prestación debida. Tienen su origen en el derecho honorario. Es el fin de la evolución de la idea de que el deudor debe cumplir hasta con su cuerpo la deuda que contrae, pasando al principio de que la garantía es su patrimonio y no su cuerpo"[3].

Al nacer en Roma, la idea de que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores, también se advirtió que la insolvencia de aquél podía tornar ilusorios los derechos de éstos.

Ante esta situación, se admitió que una deuda pudiera garantizarse ya por medio de un tercero que, en carácter de fiador, asumía el compromiso de cumplir la obligación en caso de que el deudor principal no pagara (garantía personal). Ya por afectación de una cosa del deudor al cumplimiento de la deuda (garantía real); a partir de allí, campeaba la idea según Pomponio de que "*Plus cautionis in re est, quam in persona*" –D 50.17.25-, y, por lo tanto, más caución hay en la cosa que en una persona. Se designaba a esta segunda forma de garantía con la expresión figurada de *obligatio rai* o *res obligata*.

Como accesorio de una obligación y como garantía real nació en roma la hipoteca (hipotecan), que se desarrolló fundamentalmente al amparo del derecho pretorio, habiendo conocido la legislación romana en la evolución de las garantías reales dos formas anteriores a esta institución: la fiducia y el pignus.

La forma más antigua de garantía real *iure civil* fue la *fiducia cum creditore*, que consistía en la entrega de la propiedad al acreedor de una cosa que pertenecía al deudor, mediante el empleo de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, concertándose al mismo tiempo un pacto *(pactum fiduciae)* por el cual el acreedor o fiduciario se obligaba bajo su palabra *(fides)* a devolver la cosa al deudor fiduciante cuando fuera satisfecha la deuda. Disponía el obligado de una acción personal, la *actio fiduciae*, para reclamar del acreedor

3. Ver Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano público y privado.* Buenos Aires : Abeledo Perrot.. p. 257 (versión digital).

la restitución del bien dado en garantía.[4]

La enajenación cum fiducia constituyó una sólida y eficaz garantía para el acreedor, ya que tenía la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa. Este se convertía en verdadero propietario del bien, pudiendo ejercer la "acción de reivindicación" aun contra el deudor, e incluso venderla para el caso de incumplimiento a los efectos de percibir su crédito.

Pero, para el deudor no dejaba de presentar evidentes desventajas. Cuando el acreedor hubiera enajenado la cosa, el deudor que satisfacía la deuda no estaba seguro de recuperarla, por carecer de una *actio in rem* para perseguir a terceros adquirentes, pues solo contaba con la acción personal, la actio fiduciae, contra el acreedor. Se veía privado, además, de la propiedad del bien y de la posibilidad de obtener sus frutos, salvo que el acreedor accediera a dejársela en su poder en carácter de prestamista o arrendatario. Por último, al perder la propiedad de la cosa, carecía de posibilidad de servirse de ella para asegurar otras obligaciones que pudiera contraer.[5]

Las desventajas señaladas fueron haciendo perder aplicación a la fiducia. El propio *ius civile* admitió un procedimiento más simple y menos desventajoso para el deudor, el contrato de prenda o pignus, por el cual el obligado entregaba al acreedor, a título de prenda, la posesión de la cosa, obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito. De esta forma, la prenda consistió en la transferencia material (*datio pignoris*) de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor, con el derecho a éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho.

Hacia fines del periodo republicano, aquella relación de hecho fue tutelada por el pretor, protegiendo no solo la posesión del acreedor sobre la cosa, sino también la situación del deudor, a quien se le otorgaba una acción para lograr la restitución de la cosa después de extinguida la obligación[6].

El pignus, si bien mejoró la situación del deudor, aún presentaba ciertas desventajas para éste. Al tener que ceder la posesión del bien, el obligado se veía privado, no solo de la posibilidad de obtener sus frutos, sino también de valerse de él para constituir otras garantías. Estos inconvenientes perjudicaban especialmente al deudor en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. Para dar seguridad al propietario, el colono, que no tenía ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Estos motivos dieron origen a que se admitiera más tarde la constitución de la prenda por simple convención, sin transmisión de la cosa, con lo cual se configuró el *pignus conventum o conventio pignoris*, más adelante llamado *hypotheca*[7].

4. Ver Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267 (versión digital).

5. Ver Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267 (versión digital) y Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano* público y privado. Buenos Aires : Abeledo Perrot. p. 257 (versión digital).

6. Ver Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267 (versión digital)

7. Ver Argüello, L. R. (2004) *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267 (versión digital) y Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México D.F. : Porrúa. p. 302 (formato digital) y Digesto, (D 13.7 *Ulpianus, Libro XL ad Sabinum. - Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum esto.*); (recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/36.pdf).

Prenda e hipoteca se configuraron en el Derecho Romano como verdaderos Derechos Reales de garantía que el acreedor podía hacer valer erga omnes. Constituyeron un mismo instituto jurídico, los efectos jurídicos de ambos y las acciones que los protegían eran los mismos. Sin embargo, poseían caracteres propios, no en relación con el bien que constituía la garantía, sino en orden a la posesión de la cosa objeto de ella. En el pignus, la posesión del bien era transmitida al acreedor pignoraticio en el acto mismo de celebrarse la convención, en cambio, en la hipoteca, la cosa quedaba en poder del obligado. Allí apelamos a una definición que nos acerca Gayo donde dice que "*pignus appellatum a pugno, quia res, quia pignoris dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quídam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*"- D 50.16.238-. Ulpiano mencionaba esta característica diferencias diciendo: "propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión a este". Con la evolución de las garantías realas que hemos mencionado, el derecho real de hipoteca alcanza el más alto nivel entre las garantías reales. Los intereses del acreedor y del deudor estaban conciliados. El acreedor no adquiere la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho que le permite, si no se le ha pagado al vencimiento de la obligación, hacerse poner en posesión y estar en una situación semejante a la que hubiera tenido con la prenda. El deudor, mientras no se venza el vencimiento de la obligación, conserva la propiedad y la posesión de la cosa, puede utilizarla, obtener sus frutos y garantizar otras deudas.

La hipoteca consistía en un derecho real accesorio, aseguraba una deuda de cualquier naturaleza, civil o natural, pura o simple, a término o condicional y hasta futura. Era un derecho indivisible, la indivisibilidad se fundaba en la presunta voluntad de las partes, lo que significaba que la institución subsistía toda entera sobre la cosa grabada, aunque una parte de la deuda hubiera sido satisfecha por el deudor.

Otro rasgo típico de la hipoteca era su transmisibilidad. Nada obstaba a que el acreedor hipotecario transfiriera su derecho tanto por actos inter vivos, como por disposición de última voluntad[8].

Como Arguello manifiesta en su libro, el objeto de la hipoteca podía ser toda res in comercio, es decir, toda cosa susceptible de enajenación. No podría ser de otra manera, ya que la falta de cumplimiento de la obligación conducía a la venta del bien hipotecado para posibilitar al acreedor el cobro de su crédito; así por ejemplo, nos viene informado de Papiniano que "*Convenitio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio*" –D 20.1.1-.

En sus orígenes solo pudo constituirse hipoteca sobre bienes corporales, muebles e inmuebles, pero se llegó a admitir que pudiera tener por objeto cosas incorporales como el usufructo, las servidumbres y la superficie, entendiendo que lo que se gravaba era el derecho real, no el objeto sobre el que recaía. Todas las cosas susceptibles de ser vendidas podían ser hipotecadas, sean muebles o inmuebles. Incluso estuvo permitido prendar un crédito (*pignus nominis*) y el mismo derecho de hipoteca (*pignus pignori datum*).

Así Gayo nos dice que "Constituyese la hipoteca por pacto convenido, cuando alguno pacte que sus bienes estén obligados a título de hipoteca por causa de alguna obligación;

8. Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México D.F. : Porrúa. p. 302 (formato digital) y Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267 (versión digital).

y no hace al caso con qué palabras se haga, así como sucede también en las obligaciones que se contraen por el consentimiento…" -D 20.1.4- Asimismo, el derecho real de hipoteca podía recaer sobre una universalidad de cosas, como ser, un rebaño y la totalidad de un patrimonio, en cuyo supuesto, la garantía se hacía extensiva a todos los bienes que de cualquier manera se incorporasen al mismo.

El acreedor no pagado al vencimiento de la obligación podía ejercitar la acción hipotecaria, no solo contra el deudor que tenga en su mano la cosa hipotecada, sino también contra cualquier otro detentador. Podía hacer valer su derecho real opuesto a todos y perseguir la cosa en cualquier parte en que se encuentre. El demandado de la acción hipotecaria debía entregar la cosa al acreedor o pagar la deuda[9].

La hipoteca podía nacer por voluntad privada, por resolución de autoridad judicial y por imperio de la ley. La voluntad de los particulares podía materializarse en un simple pacto, sin formalidad alguna.

En el Derecho Romano se admitía la pluralidad de hipotecas. Sobre una misma cosa se podían constituir varias hipotecas, a diferencia de la prenda, ya que el deudor hipotecario mantenía la posesión del bien hipotecado.

Las hipotecas podían coexistir y esto podía crear conflictos entre los distintos acreedores.

Para evitar inconvenientes, hubiera sido preciso dar publicidad a la constitución de la hipoteca. Los terceros hubiesen estado advertidos de la existencia de una hipoteca sobre un bien y no habrían hecho trato con el deudor sino con conocimiento de causa. Pero la hipoteca ha quedado siempre oculta en el Derecho Romano[10].

La hipoteca, por su carácter accesorio respecto a la deuda que garantizaba, hacía que cesara con la total extinción de la obligación. Al igual que los demás derechos reales de garantía, la hipoteca se extinguía por destrucción de la cosa, por exclusión del comercio y por confusión, cuando en una misma persona se daba la condición de acreedor hipotecario y propietario de la cosa. La renuncia expresa o tácita del acreedor hipotecario también extinguía la obligación hipotecaria.

También la hipoteca se extinguía por prescripción. Si el acreedor hipotecario no ejercía su derecho, este se extinguía en un plazo de cuarenta años contados a partir del primer momento en que pudo hacerlo. Cuando la cosa hipotecada había pasado a manos de un tercero que poseía con justo título y buena fe durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, tal prescripción, de efectos adquisitivos, podía oponerla respecto del acreedor hipotecario y del antiguo propietario[11].

Es importante aclarar que para el Dr. José Carlos Costa, la anticresis también es un derecho real de garantía en el Derecho Romano. Este instituto es definido en su libro como "…el pacto por el cual el deudor faculta al acreedor prendario a que utilice el bien dado en garantía, como así también que los frutos obtenidos los aplique al pago de los intereses y, una vez satisfechos éstos, al capital".

9. Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea. pp.265-267.
(versión digital) y Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México : Porrúa. p.302 (formato digital).

10. Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México : Porrúa. p.302 (formato digital).

11. Ver Argüello, L.R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea.pp.265-267 (versión digital) y Morineau Iduarte, M.; Iglesias González, R. (1998). *Derecho Romano*. México D. F. : Oxford University Press, p.136 (versión online).

Los Derechos reales de garantía en el derecho español e hispanoamericano

Como señala Marina Mariani de Vidal, la legislación que regulaba los Derechos Reales de Garantía en nuestro país, hasta la sanción del Código Civil, fueron las Leyes de Partidas: Partida 5ta., especialmente Título 13: "De los peños". El término peño se utilizaba de manera genérica, era comprensivo de las garantías reales, ya sea que éste recayera tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles[12].

Recordemos que nuestro territorio, a partir de su descubrimiento y durante años, estuvo regido por disposiciones de Derecho Castellano, entre ellas, las Partidas, obra de Alfonso el Sabio. El verdadero nombre de la obra era Libro de las Leyes y se identificaba con el Derecho Romano-Canónico[13].

En la Partida 5ta., Título 13, se utilizaba el término "peño" de forma genérica se contemplaba el peño voluntario, derivado de un contrato o testamento; el "peño tácito o legal" (por ejemplo, una hipoteca sobre los bienes del marido para responder por los bienes dotales); y los "peños judiciales", que eran medidas de seguridad y consistían en el apoderamiento de ciertas cosas que solo producían efectos contra terceros desde ese momento. Eran mandados a constituir por los jueces en caso de rebeldía o por sentencia[14].

Según Marina Mariani de Vidal, los peños tácitos o legales eran verdaderas hipotecas generales, que permanecían ocultas, trabando el tráfico jurídico de los bienes y el crédito, ya que nadie podía estar seguro de su privilegio, que podía aparecer vencido por una hipoteca clandestina y de objeto indeterminado, dado que afectaba todos los bienes del obligado.

A pesar de esta situación, el legislador español siempre se preocupó por dar a publicidad las hipotecas, salvo las generales, estableciendo normativas destinadas a tal fin.

Ejemplos de este tipo de normativas podemos encontrar en el Título 20, Libro III del Fuero Real que establece: "la prenda debe estar manifiestamente y no escondida", en el Título 18 del Ordenamiento de Alcalá o en el Título 12, libro V de las Ordenanzas de Castilla, entre otras.

La Real Cedula de 1802 intentó organizar las Registros de manera definitiva y, aunque no se llegaron a organizarse registros inmobiliarios, el de hipoteca, que funcionó desde 1796, se organizó definitivamente ese año[15].

Los Derechos Reales de garantía en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Vélez al redactar las garantías crediticias en el Código Civil Argentino se inspiró en las instituciones concebidas en Roma, como puede verse claramente en las notas a los artículos que regulan las mismas.

12. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. pp.164-165.
13. Ver Levaggi, A. (2005). *Manual de historia de derecho argentino*. Buenos Aires : Lexis Nexis. pp.89-90.
14. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. pp.164-165.
15. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. pp.164-165.

En el Código Civil se regulan la prenda y la hipoteca, con algunas variaciones con respecto al Derecho Romano. A estas instituciones se le suma la anticresis, que si bien la mayoría de los autores consideran que para los romanos no constituyó una garantía real, José Carlos Costa manifiesta en su Manual de Derecho Romano que, si bien los juristas clásicos discrepan respecto de si se la debe considerar dentro de los derechos reales de garantía o dentro de los pactos contractual, él entiende que por el modo contractual comercial romano bien se puede considerar a la anticresis dentro de los derechos reales de garantía[16].

Hipoteca

Vélez define la hipoteca en el artículo 3108 "... es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor."

En la nota al mencionado artículo, puede verse claramente la referencia que hace Dalmasio Vélez Sarsfield a Las Partidas, mencionando que esta legislación toma la institución del Derecho Romano, pero sin tomar del mismo el término hipoteca, comprendiéndola en la palabra peño con la que significaron tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad del crédito.

En los siguientes artículos del Código Civil, Vélez describe los caracteres de este instituto.

Marina Mariani de Vidal en su libro clasifica los caracteres de la hipoteca en esenciales y naturales. Señala que los primeros son aquellos sin los cuales la hipoteca no sería tal, y en su defecto, la constitución hipotecaria estaría afectada de nulidad. Los segundos, manifiesta que son aquellos de cuya ausencia no deriva la inexistencia de la institución; los que las partes pueden dejar de lado de común acuerdo.

Entre los caracteres esenciales de la hipoteca podemos mencionar que es derecho real, según surge de los artículos 3.108 y por estar enumerado como tal en el art. 2.503 inc. 5 del Código Civil, y accesorio de un derecho personal. No hay hipoteca si no hay un crédito al cual garantizar.

También podemos mencionar que se trata de un derecho convencional, determinado expresamente por el art. 3.115, el cual establece que "no hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta por este título".

Otro carácter esencial de este derecho real de garantía es la especialidad, que sobre este recae en un doble aspecto: en cuanto al objeto de la hipoteca y en cuanto al crédito. Así surge del artículo 3.109 del Código Civil: "No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmueble, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada".

El carácter natural de la hipoteca, como mencionamos anteriormente, es uno: la indivisibilidad. La misma surge del art. 3.112 que establece "cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella"[17].

Esto se da tanto desde el punto de vista del acreedor como desde el punto de vista

16. Ver Código Civil Argentino y Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Abeledo Perrot. p.257 (versión digital).

17. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. pp.165-166 y Código Civil argentino.

del deudor.

El mismo Vélez, en la nota a este artículo, señala que este carácter puede ser modificado por las partes al no ser de su esencia[18].

En cuanto al objeto de la hipoteca, como ya mencionamos, debe recaer sobre bienes inmuebles, de acuerdo con el art. 3.108.

Según surge del art. 3.118 del Código Civil, para pueden hipotecar sus bienes quienes no puedan válidamente obligarse. También es necesario, para constituir una hipoteca, ser propietario del inmueble y tener capacidad para enajenar bienes inmuebles[19].

Con respecto a la extinción de la hipoteca, siendo la hipoteca un derecho accesorio, todas las causales que originan la extinción de la deuda que garantiza, acarreará su propia extinción.

También podrá extinguirse por expropiación o venta judicial del inmueble; por destrucción de este; por resolución del derecho de propiedad, o por confusión, si la propiedad del bien pasa al acreedor o de renuncia por parte por parte de este[20].

Por último, la hipoteca, como todos los derechos reales, debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, a fin de que pueda ser opuesta a terceros. La publicidad tutela tanto los intereses de las partes que constituyen este derecho real de garantía como los intereses de terceros.

La hipoteca fue el único derecho real respecto del cual, no pudiendo jugar la tradición, Vélez aceptó que su publicidad debía cumplirse a través de su inscripción registral.

La reforma de 1968 hizo necesaria la inscripción de los actos de constitución, modificación, transferencia y extinción de todos los derechos reales, a los efectos de su oponibilidad frente terceros.

Prenda

En el Código Civil, en el Título XV, del libro III, encontramos disposiciones que se refieren tanto al derecho real de prenda como al contrato de prenda, es decir, a la causa fuente de aquel. Nos ocuparemos en el presente trabajo solo del derecho real de garantía.

Marina Mariani de Vidal define la prenda como el derecho real de garantía que recae sobre una cosa mueble o un crédito que entrega el constituyente al acreedor o a un tercero designado por ambos de común acuerdo, en seguridad de una deuda.

Al igual que la hipoteca, sus caracteres son accesoriedad, convencionalidad, especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, cuyo importe cierto y determinado en dinero, debe constar en el instrumento constitutivo del derecho. La publicidad de la prenda se da a través de la tradición[21].

La posesión de la cosa es de fundamental importancia, ya que, según reza el art. 3.206 del Código en cuestión: “los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda solo subsisten mientras está en posesión de la cosa prendada o un tercero convenido entre las partes”.

Del mencionado artículo surge que la cosa puede estar en posesión de un tercero,

18. Ver nota art. 3112 Código Civil.

19. Ver art. 3118 y 3119 Código Civil.

20. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. tomo 3, p. 241.

21. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. tomo 3, p. 241.

siempre que las partes así lo convengan, y, de acuerdo con el art. 3.207: "es preciso que este haya recibido de ambas partes el cargo de guardarla en el interés del acreedor".

En cuanto al objeto de la prenda, el art. 3.211 establece que la misma puede recaer sobre cualquier cosa mueble o crédito que se encuentre en el comercio.

Marina Mariani de Vidal señala en su libro que, al igual que la hipoteca, el derecho que da la prenda al acreedor, se extiende a los accesorios de la cosa y sus aumentos; correspondiendo su propiedad al constituyente.

También es necesario ser propietario de la cosa o titular del crédito y existir capacidad para enajenar en el constituyente y de contratar en el que recibe la prenda.

La prenda tácita es la que surge cuando ya hay una obligación garantizada con una prenda y se hace una segunda obligación entre las mismas partes, que vence antes de que se pague la primera obligación.

En cuanto a las formas de constituir prenda, la misma se puede hacer tanto en forma escrita cómo verbal entre las partes, pero, para que se pueda oponer frente a terceros se debe hacer bajo instrumento público o privado con fecha cierta.

En el viejo Código de Comercio de la Nación se regulaba la prenda comercial, que se diferenciaba de la civil en cuanto la obligación que garantizaba era comercial y, en caso de incumplimiento, el acreedor podía vender las cosas prendadas en remate y no en subasta judicial.

Al igual que en la hipoteca, y dado su carácter de derecho accesorio, la prenda se extingue cuando se extingue el crédito garantizado o si la cosa se extingue o es puesta fuera del comercio, o por confusión, si la propiedad de esta pasa al acreedor o de renuncia por parte por parte de este[22].

Anticresis

Como menciona Marina Mariani de Vidal en su libro, al igual que la prenda, suele designarse con el mismo nombre al contrato que da origen y sirve de fuente al derecho real de anticresis y al propio derecho real.

Según señala el art. 3.239 del Código Civil, "la anticresis es el derecho real concebido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndolo en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses".

Es un derecho convencional, ya que solo puede nacer de un contrato. Al igual que la prenda y la hipoteca es un derecho accesorio e indivisible. Puede también señalarse la especialidad, al igual que la hipoteca, en cuanto al objeto y en cuanto al crédito.

En cuanto a la capacidad requerida para constituir la anticresis, es necesario ser propietario del inmueble o tener derecho a los frutos y tener capacidad para disponer del bien en cuestión[23].

El art. 3.261 regula la anticresis tácita, estableciendo que "... Si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrae una deuda con el mismo acreedor,

22. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. tomo 3, p. 311, 312, 313, 314 y 317.

23. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. tomo 3, p. 311, 312, 313, 314 y 317.

se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda."

El mismo artículo remite a lo dispuesto respecto a la cosa dada en prenda, ya que se aplican los mismos principios que se aplican a la misma.

La anticresis se extingue cuando se extingue el crédito garantizado o si la cosa es puesta fuera del comercio, o por confusión, si la propiedad de esta pasa al acreedor o de renuncia por parte por parte de este[24].

Los derechos reales de garantía en el código Civil y Comercial de la República Argentina

En el nuevo Código Civil y Comercial de la nación, sancionado en el año 2015, se ha dispuesto una parte general, en el Título XII, capítulo l, que comprende las normas que les son comunes a todos los derechos reales de garantía.

Estas disposiciones comunes regulan sus caracteres y todos los aspectos que son uniformes para la hipoteca, la prenda y la anticresis. Esas normas comunes se refieren a la convencionalidad (art. 2.185), la accesoriedad (art. 2.186), la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito (arts. 2.188/2.190), la indivisibilidad (art. 2.191), la oponibilidad e inoponibilidad (art. 2.196), los créditos garantizables (art. 2.187), la extensión del objeto

(art. 2.192), la subrogación real (art. 2.194), las facultades y responsabilidades del constituyente (arts. 2.195, 2.199, y 2.200), la ejecución (art. 2.203) y la cancelación del gravamen (art. 2.204).

Los requisitos atinentes de especialidad a la publicidad y oponibilidad también están previstos en las disposiciones generales comunes a todos los derechos reales (art. 1.893)[25].

Hipoteca

El art. 2.205 del Código Civil y Comercial de la Nación la define como: "...el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado".

La nueva se refiere a inmuebles y no a bienes inmuebles, aclara que éstos continuarán en poder del constituyente, comprendiendo así la posibilidad de que la hipoteca pueda constituirla un tercero.

El art. 2.206 establece que: "Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie".

En este punto merece destacarse la legitimación del condómino para constituir hipoteca sobre su parte indivisa, generando de este modo certeza al acreedor, lo cual redunda en una mayor posibilidad de ser admitidas por éstos.

El principio de la convalidación consagrado en el Código, si bien incorporado en la

24. Ver Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires : Zavalía. tomo 3, p. 311, 312, 313, 314 y 317.

25. Ver Caramelo, G.; Picasso, S. (2013). Reforma del código civil iv : derechos reales. En: *Derecho privado*. 2(5)125-126 (formato digital).

parte general de los derechos reales, en el art. 1.885, no contiene una prohibición expresa como la que surgía del art. 3.126 del Código de Vélez, adoptándose un sistema similar al que contienen las legislaciones más modernas, como el Código Alemán, según el cual el principio de la convalidación aparece consagrado en forma general dentro de los actos jurídicos sin hacer excepción de la hipoteca[26].

El nuevo Código admite la hipoteca abierta, la cual puede definirse como aquel derecho real que recae sobre un inmueble determinado, ya sea del deudor o de un tercero llamado constituyente, por el cual se garantiza el pago de créditos eventuales o futuros, que irán surgiendo en base a la relación negocial según se pacte en el contrato fuente, al tiempo del acto constitutivo o posteriormente. Por ser indeterminada la suma por la cual se generarán obligaciones, la ley impone que se prevea un monto máximo para la garantía real —por el cual responde el inmueble— y prevé que la vigencia no puede superar los diez años[27].

Para que sea eficaz la constitución de la hipoteca, es necesario que una vez constituido el derecho de acuerdo con las formalidades del acto (artículo 1.017 Código Civil y Comercial), es decir, plasmarse en escritura pública, el mismo sea inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. Recuérdese que, al no ejercerse este derecho real por la posesión, es indispensable para que sea oponible a terceros interesados, se realice la publicidad registral.

En cuanto a la hipoteca abierta y su publicidad, por el momento, no se ha dictado ninguna disposición técnico registral que contemple los requisitos que deberán cumplimentarse. Sin embargo, es recomendable que en el asiento registral del folio real se consigne el monto y el tiempo máximos al cual las partes sujeten la vigencia del gravamen. Esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.189 que estipula el plazo máximo de 10 años, el cual debe entenderse como plazo excepcional y sólo para el caso de garantía de créditos indeterminados, mejor será publicitar el plazo convenido en el contrato y no el legal pues pueden diferir. Por la sensibilidad del tema, cuanta mayor precisión se brinde se estima será más conveniente[28].

El artículo 3.197 del Código Civil establecía que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguían pasados veinte años desde que fuera registrada, plazo que se mantuvo con la

sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo 2.210, el que fuera reemplazado por el artículo 24 de la Ley 27.271 estableciendo como nuevo plazo de duración del asiento de inscripción de hipoteca el de treinta y cinco años[29].

26. Ver Penna, M. A. (2005). *Los derechos reales de garantía en el Código Civil y Comercial.* Fecha: 2015-04-22 Publicado: SJA 2015/04/22-13; JA 2015-II.

27. Ver artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación y Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / Nº 46 - 2016. ISSN 0075-7411.

28. Alberdi Imas, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el código civil y comercial de la nación. En: *Revista anales de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, UNLP.* 13(46):152-167.

29. http://www.colescba.org.ar/portal/images/novedades/asesoriaregistral/trabajos/AS_REG_caducidad_de_asientos.pdf

Prenda

En términos generales el nuevo Código Civil y Comercial mantiene las disposiciones del Código de Vélez.

El art. 2.219 define este instituto de la siguiente manera: "La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo".

Como principal modificación con respecto al Código de Vélez, podemos mencionar que ya no habrá distinciones entre la prenda civil y la comercial, dado que estarán bajo el mismo régimen cuando se trate de cosas no registrables; sin perjuicio que cuando sea con registro se remite a la ley especial. Esta última está prevista en el art. 2.220 del Código Civil y Comercial vigente.

Desaparece la prenda tácita y desarrolla la prenda de créditos que es aquella que tiene por objeto un crédito instrumentado que puede ser cedido[30].

La prenda con desplazamiento exige para su configuración que el constituyente entregue la cosa al acreedor, o a un tercero, quien debe ejercer la posesión de esta, reconociendo la propiedad en cabeza del constituyente. Si la cosa se da a un tercero designado por las partes, este es reputado como tenedor en nombre del acreedor.

En la prenda con registro, regida por ley especial, el constituyente no se desprende de la cosa, no hay desplazamiento, pero las partes pueden acordar que la cosa quede depositada en poder de un tercero quien ejerce la tenencia en nombre del constituyente.

Mientras que la prenda con registro se hace cognoscible a los terceros, básicamente a través de las constancias de del registro público respectivo (por ejemplo, de automotores y créditos prendarios, de buques, etc.), la prenda con desplazamiento carece de publicidad registral y se vale para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe de la publicidad posesoria y de la fecha cierta del instrumento portante de su contrato constitutivo[31].

Anticresis

En cuanto a la anticresis, se permite que el objeto de este derecho no sea únicamente el inmueble, sino también las cosas muebles registrables, conforme surge de los arts. 2.212 a 2.218, cuya posesión se entrega al acreedor quien puede cobrar los frutos e imputarlos a la deuda que se encuentra garantizada con este derecho real. Se ha ampliado su objeto, incluyendo todas las cosas registrables, que produzcan frutos, lo que constituye una novedad y un desafío para este instituto.

Pueden constituirla los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo, fijándose un plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para cosas muebles registrables[32]. Esta disposición del art. 2.214 Código Civil y Comercial no

30. Ver Penna, M. A. (2005). Los derechos reales de garantía en el código civil y comercial. Fecha: 2015-04-22 Publicado: SJA 2015/04/22-13; JA 2015-II y artículo 2232 del Código Civil y Comercial de la Nación.

31. Lorenzetti, R. L., dir.; De Lorenzo, M. F.; coord.; Lorenzetti, P., coord. (2015). *Código civil y comercial de la nación : comentado.* tomo X. Buenos Aires : Rubinzal–Culzoni.

32. Ver Alterini, J. H. (2012). *Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto de código.* publicado en:

tiene correlato en el Código de Vélez, que no establecía ningún plazo.

La anticresis, como derecho real de garantía, es oponible a terceros a partir de la inscripción del gravamen en el registro que corresponda, según el objeto gravado. En el caso de inmuebles, desde luego en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva, según reza el art. 2218 Código Civil y Comercial de la Nación[33].

Conclusiones

Como podemos apreciar a lo largo del trabajo, las normas vigentes que regulan los derechos reales de garantía son similares a las que regían en la antigua Roma. Por supuesto, esto no es de extrañar teniendo en cuanta las fuentes tanto del Código Civil que redactó Vélez Sarsfield como del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en 2015.

Esto puede verse a partir de las notas que el propio Dalmasio Vélez Sarsfield colocó al pie de cada artículo, mencionando fuentes como Las Partidas del Derecho Castellano o el Código Francés, normas que fueron creadas, a su vez, teniendo como parte de sus fuentes al Derecho Romano.

Es una pena que el Código Civil actual no posea las notas al pie de la página que tenía el Código de Vélez y haya que recurrir a los proyectos y.... para conocer las fuentes de muchos de sus artículos.

Es por todo esto que podemos asegurar que nuestra legislación, especialmente las normas de Derecho Civil argentino están íntimamente relacionadas con las normas que regulaban la antigua Roma. Esto es así ya que en el Derecho Romano encuentran su origen.

Con respecto a los derechos reales de garantía, entre los grandes cambios que encontramos entre nuestra legislación y los mismos institutos en el Derecho Romano, podemos mencionar los requisitos de forma que hoy se necesita para constituir una hipoteca, el objeto actual tanto de la hipoteca como de la prenda, institutos que básicamente se diferenciaban por el desplazamiento o no del bien y hoy, a mi manera de entender, su gran diferencia es sobre el bien sobre el que recaen.

Comparando las instituciones, he tenido en cuenta estos derechos reales de garantía en su máximo nivel de evolución en el Derecho Romano. Las diferencias entre nuestros institutos y las primeras garantías reales en roma son mucho más cuantiosas. La civilización romana fue evolucionando, al igual que el derecho que ellos tenían.

Sería imposible que, por el paso del tiempo y los numerosos cambios sociales que se fueron produciendo desde aquella época, las instituciones que nos regulen serían exactamente las mismas, pero, nadie puede negar la gran influencia que tuvo el Derecho Romano en los legisladores que redactaron las normas hoy vigentes en nuestro país.

Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, 1, LA LEY2012-E, 898 Cita online: AR /DOC/4622/2012.

33. Ver Árraga Penido, M. O. (2019). *Derechos reales de garantía hipoteca : anticresis : prenda*. Buenos Aires : Astrea. pp. 231-260. (Versión digital).

Bibliografía

Alberdi Imas, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el código civil y comercial de la nación. En: *Revista anales de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, UNLP*. 13(46):152-167.

Alterini, J. H. (2012). *Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto de código*. publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, 1, LA LEY2012-E, 898 Cita online: AR/DOC/4622/2012.

Argüello, L. R. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea.

Árraga Penido, M. O. (2019). *Derechos reales de garantía hipoteca : anticresis : prenda*. Buenos Aires : Astrea.

Caramelo, G.; Picasso, S. (2013). Reforma del código civil iv : derechos reales. En: *Derecho privado*. 2(5)125-126.

Argentina. *Código Civil*.

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*.

Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Levaggi , A. (2005). *Manual de historia de derecho argentino*. Buenos Aires : Lexis Nexis

Lorenzetti, R. L., dir.; De Lorenzo, M. F.; coord.; Lorenzetti, P., coord. (2015). *Código civil y comercial de la nación : comentado*. tomo X. Buenos Aires : Rubinzal–Culzoni.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Tomo 3. Buenos Aires : Zavalía. pp. 164-165.

Morineau Iduarte, M.; Iglesias González, R. (1998). *Derecho Romano*. México D. F. : Oxford University Press, (versión online).

Penna, M. A. (2005). Los derechos reales de garantía en el código civil y comercial. Fecha: 2015-04-22 Publicado: SJA 2015/04/22-13; JA 2015-II

Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México : Porrúa.

Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. (2016). 13(46)

Tutela y Curatela, desde el Derecho Romano a su recepción en el Código Civil y Comercial Argentino

Daniel G. Bonjour[1]

1. Bonjour, Daniel G. Abogado-Escribano-Procurador. Doctorando Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy (Tesista). Profesor de Derecho Romano Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro DR. Plácido Marín. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social/Teoría del Derecho/Economía Política/Sujeto y Sociedad (Sociología), Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Historia del Derecho, Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín. Especializando en Derecho Social UNLP. Profesor en Docencia Superior, Universidad Tecnológica Nacional. Miembro de la AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano); Miembro de la ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Asesor Letrado de la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Introducción

La presente comunicación tiene por objeto observar los institutos de referencia en cuanto a sus características en el Derecho Romano, su pasaje por el Código Civil velezano que rigiera por aproximadamente ciento cincuenta años en nuestro país, hasta su recepción en el actual Código de fondo vigente en nuestro medio desde el 1 de agosto de 2015, y algunas de sus modificaciones.

El título que hemos escogido para la presente comunicación "Tutela y Curatela desde el Derecho Romano a su recepción en el Código Civil y Comercial", ya dice un poco del método que también hemos elegido para su desarrollo; como no podía ser de otra manera y para observar las cercanías y similitudes, así como también las diferencias, debemos partir por un recorrido histórico comparativo a la vez que analítico, para llegar a observar aquellas cuestiones.

Noticia desde el Derecho Romano

Es sabido que por el jurista Serbio según nos informa Paulo en D 26.1, se define a la tutela como la "*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem –(vel sexum)-, sua sponte se defenderé nequit, iure civil data ac permissa*"[2], es decir, fuerza y potestad sobre una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil respecto de aquel que en razón de su edad no puede ejercer los derechos por sí mismo o bien no puede defenderse; y que ello está dirigido a proteger entonces, en principio, a los menores impúberes, es decir, aquellos que no han alcanzado la edad de 14 años o su maduración biológica, a partir de la cual y con el transcurso del tiempo aparecerá la curatela de los menores de 25, ahora con el fin de protegerlos respecto de su inexperiencia para la realización de determinados negocios jurídicos, y con ello, ya adelantamos una de las curatelas de que se dispone en el Derecho Romano, sumándole ahora sí, las que están definitivamente orientadas a la protección de aquellas personas que padecen alguna inhabilidad mental, léase los furiosi o mente capti; es justamente aquí donde nos encontramos con la máxima que surge del D 29.2.47, en donde se refleja que la voluntad del furiosi es nula en estos términos:

"*Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, prius quam ille adiret, furiosus est factus; negavit, recte servum aditurum, quonian non nisi voluntate domini acquire hereditas potest, furiosi autem nulla voluntas est*"[3];

Es decir, ello surge de un caso en el cual uno determinó que un esclavo suyo aceptase la herencia, pero que antes de ello, se volvió loco y resulto entonces que no la podía aceptar, pues es nula la voluntad del loco.

Ahora bien, en razón de brevedad, no vamos a adentrarnos en el desarrollo de las características de la tutela en cuanto a los distintos tipos de ser designado y sus formas de llevarlo a cabo –esto es, testamentaria, legitima y dativa o magistratual[4] en el caso

2. Digesto 26.1. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf. Pág. 1.

3. Digesto 29.2.47 https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/18.pdf. Pág. 24.

4. Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo 1. Pág. 377 *"El poder de un magistrado para nombrar tutot*

de las tutelas y, legitima y dativa en caso de las curatelas, recordando aquí que en Institutas 1.23.1[5] se dice que "se dan curadores por los mismos magistrados que los tutores. Pero no se dan por testamento, pero una vez dados se confirman por decreto del pretor o del presidente-, ni de las distintas acciones que le corresponden al pupilo en caso de sospechas de fraude de parte de su tutor, etc., pero sí hacer mención que en el mismo D 26. 1.1.3 ya se establecía que el mudo no puede ser designado tutor[6], a la vez que en D 26.1.1.3 se dice que el tutor no solo debe oír sino también hablar, por lo tanto, allí nos encontramos con restricciones para con estas personas a las que no podemos encuadrarlas dentro de los dementes o débiles mentales, sino que se trata de aquellas que sufrían algún tipo de "discapacidad" –en términos actuales"-; respecto de ellos, también en D 26.1.6[7] nos informa Ulpiano en Comentarios a Sabino que, puede darse tutor respecto de los mudos/as, pero en principio se cuestiona si les puede otorgar autoridad, y asimismo, en D 26.1.6.3 refiere que también al sordo impúber se le puede dar tutor; por otro lado, también sumamos a ello que en Institutas 1.23.4 se dice que a los insensatos, sordos y mudos de enfermedad perpetua, se las da curadores.

Recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Es decir, hasta aquí, contamos con algunas de las cuestiones –entre otras-, que muy bien pensaron los romanos en camino de resolver los problemas a los que se veían sometidas estas personas; en honor a la brevedad y omitiendo de propósito otras fuentes en las que se pueden hallar quizás alguna que otra modificación, por ejemplo derivadas del derecho hispano que llegó a nuestras costas, observaremos brevemente el tratamiento que el codificador originario le diera al tema en el Código Civil que redacto allá por 1869 y que supo entrar en vigencia a partir del 1 de enero de 1871, me refiero al Código Civil de Vélez Sarsfield.

El Código Civil definió la tutela en el art. 377 como "el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y los bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil". De ello se infiere que la tutela perseguía como objetivos, que el tutor asuma el deber de guarda del menor y suplir la falta de sus padres, debiendo dar educación y alimentos y, respondiendo en el supuesto de daño causado por el menor; como contrapartida el menor debía al tutor el mismo respeto y obediencia que profesaría a sus padres. Respecto aquí sí, de las formas de ser designado tutor encontrábamos que el art. 382 refería a que "La tutela se da, o por

(ius tutoris dandi que da lugar a una datio tutoris magistratual) fue más tardío. Una lex Atilia casi seguramente del año 210 a. C., creo la figura de un tutor para el caso de que un impúber careciera absolutamente de tutor testamentario o legítimo...".

5. Instituciones de Justiniano. Edición Bilingüe. Editorial Heliasta. ISBN 950-885-066-3. Pág. 58. *<<I. Dantum autem curatores ab eisdem magistratibus quibus et tutores. Sed curator testamento non datur.: sed datus, confirmatur decreto praetoris vel praesidis>>.*

6. Digesto 26.1.1.3 https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf. *<<Surdum non posse dare tutorem plerique et Pomponius libro sexagésimo nono ad edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet>>.*

7. Digesto 26.1.6 https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/601/11.pdf. *<<Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse, verum est, sed an auctoritas iis accommodari possit, dubitatur; et si potest tacenti, et muto potest. Est autem verius, ut Iulianus libro vicésimo primo Digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accommodari>>.*

los padres, o por la ley o por el juez", observando entonces que subsistía aquella modalidad observada por el Derecho Romano en cuanto a testamentaria, legitima y dativa, con cambios de matices vinculados a distintos tiempos y sociedades, obviamente, definiendo en los arts. 383, 389 y 392 respectivamente a las formas de ser designados, y estableciendo en el último de los casos ciertas restricciones en cabeza de los jueces respecto de la imposibilidad de designar tutores a sus parientes, allegados, deudores o acreedores o asimismo en otros jueces, todo ello cuando de lo dicho resulta que pudieren aparecer ciertas incompatibilidades. A su turno, en el art. 397 se establecían determinadas "tutelas especiales", en una enumeración bastante extensa y que en razón de la brevedad solo haremos mención de algunas 1) Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; 2) Cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; 3) Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres; etc.

En punto a la "capacidad para ser tutor", en principio, toda persona física capaz puede serlo, amén de lo dispuesto respecto de los establecimientos de beneficencia de carácter público o privado; empero, existen incapacidades específicas determinadas por la ley, contempladas en el art. 398 C. C., siendo, los menores de edad, mudos, privados de razón, quienes no estén domiciliados en la República, los fallidos en tanto no han satisfecho a sus acreedores, los privados del ejercicio de patria potestad, quienes deben ejercer cargo o función fuera del país por largo tiempo o indefinido, quienes no tengan oficio, profesión o modo de vida conocidos, o de notoria mala conducta, y condenados a penas infamantes.

Asimismo, se establecían la obligación de hacer "inventario" previo al ingreso en el ejercicio de la tutela y naturalmente la obligación de "rendir cuentas" hacia la finalización de la misma, aunque se observaba también que el Ministerio Público –representante de todos los incapaces-, pudiera exigirla en cualquier momento.

En punto a la "curatela", "es la representación legal del mayor de edad incapaz de administrar sus bienes", conforme lo prescripto en el art. 468 del C. C.; así entonces, se hallan comprendidos "el demente" (aun teniendo intervalos de lucidez), arts. 141, 469 C. C., los "sordomudos que no saben darse a entender por escrito", arts. 143 y 469 C. C., y el "condenado a penas privativas de la libertad que supere tres años", art. 12 del Código Penal Argentino.

Tratándose de "inhabilitados judicialmente" que contemplaba el art. 152 bis del C. C., el instituto cumplía una función de asistencia, más particularmente respecto de los denominados "pródigos", es decir aquellos que pudieran poner en peligro su patrimonio por tendencia a la dilapidación –además de contemplar también los casos de los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos y "los disminuidos en sus facultades mentales sin llegar al supuesto de demencia que establecía el art. 141 del C. C.-.

El nuevo Código Civil y Comercial y la Ley de Salud Mental

Ahora bien, a partir del Código Civil y Comercial que ha entrado en vigencia desde 1 de agosto de 2015, se receptan otras visiones; primero creemos necesario decir que se observa como una característica que se trata de un código que según se ha expresado

tiende a la "Constitucionalización de los derechos civiles",[8] e incluso y en ese orden de ideas a partir de su art. 1 amplia las fuentes de las que podrá valerse el juez al momento de dictar su sentencia; segundo, con posterioridad a la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional se han incorporado Tratados de DD. HH en el art. 75 inc., 22 que según ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen igual jerarquía que la Constitución y superior a las leyes; tercero, en ese marco, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 75 inc. 23 de dicha Constitución, "Corresponde al Congreso... "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"...

Por lo tanto, en ese orden de ideas es que, en el año 2000 por ley 25.280 se recepta la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,[9] y en el año 2010 se ha sancionado la "Ley de Salud Mental" que lleva por número ley 26.657, es decir, atendiendo aquello dispuesto en el art. 75 inc. 23, el Estado vino a adecuar su legislación a los instrumentos internacionales oportunamente suscriptos.

Conclusión

Aquella máxima a la que referimos al inicio se ha morigerado, en atención a que la actual legislación ha seguido el camino de adecuarse a los instrumentos jurídicos internacionales, y que del Código Civil y Comercial resulta que, respecto de las personas con alguna discapacidad, el art. 41 dispone:

Particularmente respecto de la Internación:

La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección.

En particular

a) Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente.

d) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y

8. Alegre Marcelo. A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la Constitucionalización del derecho privado. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf

9. Ley 25280 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=63893

periodicidad de la revisión,[10] entre otras cuestiones tratadas.

Todo ello, y mucho más, configura una mayor protección de las personas, reconociéndose a las personas con padecimiento mental el derecho a recibir una atención sanitaria, social, integral y humanizada, con acceso gratuito a prestaciones e insumos necesarios tendientes a recuperar la salud y/o preservarla, como asimismo, el derecho de conocer y preservar su identidad, poder tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento dentro de sus posibilidades, de no ser sometido a investigaciones clínicas sin su consentimiento, no ser considerado el padecimiento mental un estado inmodificable, etc.[11]

Tanto la ley de salud mental, como su decreto reglamentario, en consonancia con el Código Civil y Comercial, se hallan en un camino de propender a la mayor protección de los derechos de la persona humana y a garantizar el cumplimiento efectivo de esos derechos.

10. Código Civil y Comercial (Ley 26994). http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6

11. Ley Nacional de Salud Mental (Ley 26657) y Decreto Reglamentario (Dec. 603/2013). http://iah.salud.gob.ar/doc/Documento224.pdf

Venire contra factum proprium en el Derecho Administrativo del siglo XXI

Alejandra Boto Álvarez[1]

1. Universidad de Oviedo.

El objetivo de esta contribución es presentar la pervivencia de la conocida como doctrina de los actos propios en el Derecho Público Contemporáneo, y en concreto en el Derecho Administrativo, en particular desde una perspectiva europea comparada, pero sin renunciar a una aspiración global.

Se dan por conocidos los orígenes controvertidos y el alcance del aforismo, pues ciertamente resultaría más que osado por mi parte pretender siquiera una síntesis, dado el foro especializado en que el trabajo se enmarca. Sería un esfuerzo además trufado de sentimiento, pues no podría sino evocar mis tiempos -ya lejanos- en las aulas de los profesores Carmen López-Rendo y Justo García Sánchez, uno de los precursores en el tratamiento del Derecho público romano. Otros ponentes en este encuentro se han ocupado anteriormente del mismo brocardo, en sus vertientes más ortodoxas y clásicas, con contribuciones que engarzan con el Derecho Privado (servidumbres) y Procesal (pretensiones). A ellos me remito pues en este punto.

Enfocando la cuestión ya desde el contexto actual, el diccionario panhispánico del español jurídico (editado por la Real Academia Española de la Lengua, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española en 2020) considera que la vinculación de los actos propios, que califica como un principio general del derecho, supone la aceptación de las consecuencias vinculantes que se desprenden de ellos[2]. Se señala la conexión directa del autor a los resultados de sus actos, con prohibición de adoptar después un comportamiento incompatible con ellos. Se añade después que, además de en su forma latina (cuya formulación principal es conforme a esa misma obra, *venire contra proprium factum nulli conceditur*), es conocido en el derecho anglosajón como principio de estoppel o en el alemán como Verwikung.

Con ello parece darse a entender que existe una equivalencia entre esas tres figuras, lo que sin embargo ha sido combatido con vehemencia desde la academia. Se ha dicho así, por ejemplo, que la doctrina de los actos propios hace a la seguridad jurídica, al igual que el llamado retraso desleal; la diferencia entre ambas nociones estaría en que, mientras que en los actos propios el velo de confianza se rompe mediante un nuevo hacer positivo contradictorio con la conducta inicial, en el retraso desleal ese velo de confianza es quebrado por un accionar tardío del sujeto activo[3]. También se ha señalado que existen puntos en común con la alegación de la propia torpeza, pues conducen al eventual resultado de conservación de un negocio irregular, pero en el caso del nemo auditur propiam turpitudinem allegans, ello es debido a la culpabilidad del sujeto torpe mientras que en el caso del venire contra la razón no deriva de la actitud que tuvo al negociar, sino de la que tiene después. De nuevo en la casilla de partida, la referencia temporal se relaciona con el ejercicio tardío de derechos y el retraso desleal[4].

2. https://dpej.rae.es/lema/venire-contra-proprium-factum-nulli-conceditur (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2021).

3. La reflexión, en L. P. LEIVA FERNÁNDEZ, «Verwirkung: la teoría del retraso desleal», *Anales de la legislación argentina*, núm. 2, 2021, donde se propone una teoría que distingue entre deber de coherencia, teoría de los actos propios y principio de confianza. En ese mismo trabajo también se afirma que existe una diferencia entre el *estoppel* y la teoría de los actos propios: el primero surgió en la Edad Media, se lo caracteriza como una presunción y no puede ser aplicado de oficio por un juez.

4. En España sigue siendo referencia inexcusable el esfuerzo conceptualizador de E. ARANA GARCÍA, *La alegación de la*

En esta materia es imposible trazar líneas de frontera nítidas. Así, en Francia, por ejemplo, se entiende que todo conecta con la protección de la confianza[5]. Además, las variantes latinas con las que se vincula el origen de la doctrina de los actos propios son múltiples y sólo por citar algunas cabe mencionar también el *nemo in potest mutare consilium alterius iniuriam*, o el *verti uti cesso iure non posse,* que tienen cierto arraigo en la jurisprudencia alemana[6]. Por similitud rítmica y léxica también cabría relacionar la doctrina de los actos propios con el aforismo *protestatio facto contraria non valet*, que en Italia se ha vinculado con la lealtad procesal y el exceso de poder[7].

En la práctica, puede decirse que la apreciación del *venire contra* requiere la verificación de varios requisitos[8]. Desde el punto de vista objetivo, debe existir una primera conducta jurídicamente vinculante y eficaz (el acto propio previo). Ese acto debe ser voluntario, o espontáneo, y válido[9]. Es esencial que ese acto suscite además confianza en la otra parte[10]. En segundo lugar, debe existir una pretensión ulterior contradictoria con ese acto previo, que es lo que daría lugar a la imposibilidad de volver sobre él porque se generan perjuicios para el otro sujeto de la relación jurídica. Así las cosas, la segunda conducta pudiera ser lícita en abstracto, pero deviene inadmisible porque el voluble sobresalta y lesiona derechos o intereses ajenos[11]. La sanción jurídica consustancial a la aplicación de la doctrina de los actos propios es la inadmisibilidad de la pretensión posterior a la conducta vinculante, apreciándose a través de una excepción o de oficio.

La aparente simplicidad de esta construcción en el ámbito civil tiene, sin embargo, una serie de importantes limitaciones, conectadas con el carácter subsidiario o residual de la doctrina de los actos propios. Así, se dice que su valoración y aplicación queda en manos del juez, y que no puede cobijar la reacción frente a cualquier comportamiento contradictorio; no opera, por ejemplo, cuando la Ley regula una solución expresa para la

propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo, Granada, Comares, 2003.

5. D. BAILLEUL, « La règle *Nul ne peut invoquer sa propre turpitude* en droit administratif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 2010, pp. 1235-1272.

6. J. PUIG BUTRAU, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, p. 97 y P. CERAMI, «D. 1.7.25 Pr. (Ulp. 5 opon.) e il brocardo *venire contra factum proprium*», en F. REINOSO BARBERO, (coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 855-868.

7. R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, Liguori, 2000.

8. Por todos debe verse L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

9. Se ha dicho también entre los civilistas que, como hecho jurídico, ha de tratarse de una conducta relevante, inequívoca y objetiva: C. I. JARAMILLO JARAMILLO, *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, pp. 328-336.

10. A. I. PIAGGI, «Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: la buena fe y los actos propios», en M. M. CÓRDOBA (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 107-129.

11. M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, «La doctrina de los actos propios» y M. L. NEME VILLARREAL, «Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe», ambos trabajos en la obra colectiva de homenaje a F. HINESTROSA: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, respectivamente en tomo I (pp. 353-400) y tomo III (pp. 11-55).

conducta que objetivamente es contradictoria[12].

En la medida en que el principio de la buena fe no es sólo aplicable a la relación jurídica que media entre las partes, sino también al proceso en que se ventila la controversia, existe una clara derivación procesal de la doctrina de los actos propios que conecta con el abuso de derecho[13]. Pero el abuso de derecho no sólo es procesal, y también puede analizarse en clave iuspublicista: como abuso de autoridad, institucional o incluso de libertad[14]. Que la doctrina de los actos propios que traduce el aforismo venire contra también juega en el Derecho Administrativo es algo incontestable, a la vista tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia. Cosa muy distinta es, sobre lo que se volverá más adelante, cómo debe operar la regla en un ámbito en que hay un sujeto que defiende intereses públicos, siendo de suponer que sus cambios de posición sólo buscarán una mejor defensa de aquéllos[15]; o el sustrato sobre el que debe entenderse aplicable, teniendo en cuenta que el mismo concepto de "acto" es uno de los menos unívocos de la disciplina[16].

En la academia, el juego del venire contra en sede administrativa ha sido analizado por trabajos de cabecera como los de Borda[17], Mairal[18] o López Mesa[19] en Latinoamérica; y Sáinz Moreno[20], Soriano García[21] o Sánchez Morón[22] en España. También existen

12. J. M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en Derecho privado)*, Buenos Aires, De Palma, 1985, p. 28.

13. O. M. DÍAZ SOLIMINE, «La buena fe procesal y la conducta de las partes», *La Ley (Argentina)*, 2013-B, 851. También, desde Europa: G. TROPEA, «Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche», *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, pp. 685 y ss.

14. En clave de Derecho Constitucional puede verse: A. R. DALLA VIA, «La buena fe y los abusos en el Derecho público», en la obra ya citada: *Tratado de la buena fe en el Derecho*, pp. 915-923.

15. La cuestión no es tan simple, porque la intensa presencia de la Administración en todas las facetas del tráfico moderno y la supremacía jurídica de sus actos también hace que la confianza que en ellos depositan los particulares pueda ostentar una importancia incluso superior a los observables en hipótesis análogas del Derecho privado. Sobre esta cuestión y sosteniendo que de la mera tolerancia no puede suponer aceptación porque el interés público involucrado trasciende el interés particular puede verse F. A. LÓPEZ, «La regla del "venire contra factum proprium non valet" ¿vincula a la Administración pública?», *La Ley*, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009.

16. En España es habitual contraponer de partida y dicotómicamente el acto administrativo al reglamento, como disposición administrativa de carácter general. En Argentina, suele preferirse como designación genérica que engloba ambos tipos de disposiciones, particulares y normativas, siendo importante la distinción entre "acto" y "hecho" (por todos, F. G. COMADIRA, «Actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 135, 2021). En España se ha propuesto hablar en ese sentido de "conducta" de la Administración (J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 229 y ss.).

17. A. BORDA, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

18. H. A. MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la Administración pública*, Buenos Aires, De Palma, 1988.

19. M. J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios*, 3ª ed., Buenos Aires, B de F, 2013.

20. F. SAINZ MORENO, «La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados», *Revista de Administración pública*, núm. 89, 1979, pp. 293-314.

21. J. E. SORIANO GARCÍA, «*Non venire contra factum proprium*. Un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del Derecho)», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 427-491.

22. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Venire contra factum propium non valet», D*ocumentación Administrativa*, núm. 263-264, 2002,

nuevos trabajos a nivel internacional sobre las conexiones de la locución venire contra con el precedente administrativo[23], la autovinculación[24], la protección de la confianza[25], la buena administración[26] o el estoppel anglosajón[27].

Respecto a la jurisprudencia, la doctrina de los actos propios ha estado muy presente en tiempos recientes en diversos casos de cariz manifiestamente administrativista, sobre nacionalidad, pensiones, expropiación o empleo público discutidos ante instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de la Nación Argentina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Consejos de Estado francés e italiano, o los Tribunales Supremo y Constitucional españoles, por ejemplo[28].

Y sin embargo hay muchos matices que deben hacerse al aplicar el aforismo a un sujeto estatutario (la administración pública) cuyas relaciones no están presididas por la autonomía de la voluntad sino por un estricto principio de legalidad, atendiendo además a la gestión de intereses públicos. Ciertamente, no es fácil dar el salto a un ámbito que se caracteriza por la vinculación positiva al ordenamiento, máxime cuando esa vinculación admite además gradaciones distintas, por ejemplo, ante la discrecionalidad técnica o la actividad material. Por otro lado, la misma teoría del órgano, y las alteraciones en el ejercicio de la competencia, abonan el advenimiento de distintos tipos de representaciones y apariencias, al tiempo que el funcionamiento tradicionalmente burocrático puede ser con facilidad fuente de distintos tipos de errores, a veces en cascada. Cierto es, también se ha dicho, que todo el Derecho Administrativo moderno está en gran medida orientado ya hacia la coherencia, la lealtad, la ejemplaridad, la probidad y la previsibilidad, y estos valores son cada vez más nucleares, ante el avance de fenómenos como el soft law y la inteligencia artificial. Desde la perspectiva más tradicional, de lucha contra las inmunidades del poder, en esa clave cabría llegar a leer por ejemplo la teoría de la inderogabilidad singular de los reglamentos, la estabilidad del acto administrativo, la necesidad de atenerse al agotamiento de la vía administrativa o la motivación de los cambios de criterio con respecto al precedente. No es casualidad tampoco que el mismo profesor García de Enterría se ocupara tempranamente de explorar la relación de la doc-

pp. 223-246.

23. Por todos, puede verse F. GARCÍA PULLÉS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 160, en Latinoamérica; y S. DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, en España.

24. En una perspectiva italo-germana: P. M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica Amministrazione,* Milán, Giuffrè, 1990. Desde Latinoamérica, ensaya una teoría de las autovinculaciones de la Administración pública: C. M. GRECCO, *Fragmentos y testimonios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 175.

25. R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Londres, Hart Publishing, 2000.

26. M. A. MALDONADO MELÉNDEZ, «La doctrina de los actos propios: un ejercicio del principio a la buena administración», *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2021, en prensa.

27. B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, Paris, 2007.

28. Al respecto puede verse mi trabajo «Justificación y efectos de la doctrina de los actos propios en la jurisdicción contencioso administrativa: una visión de derecho comparado», en la obra conmemorativa por los veinte años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo en Perú, coordinada por T. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ (en prensa).

trina de los actos propios con la autotutela y las facultades revisoras[29].

Ante las dificultades descritas, muchos han propugnado la necesidad de depurar el uso la locución latina en el ámbito público, o directamente de superarla y abandonarla, por considerar la doctrina de los actos propios innecesaria a la vista de otras figuras más adecuadas a los tiempos, marcados por la idea más moderna de buena administración, y a los principios del propio sistema de Derecho Administrativo[30].

Entre las razones de esta "muerte anunciada" hay argumentos de gran peso. Así, un comportamiento contradictorio en el marco de las relaciones bilaterales de la Administración puede solventarse casi siempre aplicando la teoría del negocio jurídico, sin que nada concreto o adicional aporte el venire contra. En todo caso, resulta innegable que la actividad negocial de la Administración está presidida, además de por el acuerdo de voluntades, por sus privilegios, que han marcado tradicionalmente el régimen de los contratos administrativos. Ciertamente, la legislación refleja muchos casos en que cabalmente cabe que la Administración se desdiga, resultando que en ocasiones el mismo cambio de criterio es vinculante para el particular, que no puede oponer el pacta sunt servanda ya sea por imperativo legal o propiamente contractual, al haberse aceptado junto con los pliegos que funcionan como lex contractus. Ejemplos bien conocidos son el ius variandi, el factum principiis, la interpretación unilateral o el secuestro de las concesiones, profusamente regulados en la legislación de contratos del sector público.

La sobrerregulación es aún mayor en lo que a la actividad administrativa unilateral se refiere y, ante una apuesta clara del derecho positivo, inútil parece recurrir a máximas tópicas, o brocardos y cultismos. En efecto, no son pocos los casos en que es la propia normativa aplicable la que anuda un cierto efecto vinculante a una conducta con la que después no cabe contradecirse, sea de la Administración, sea de la ciudadanía. Sucede, entre otros muchos casos, con la renuncia o desistimiento de la persona interesada en un procedimiento, con la identificación de un medio o lugar a efectos de la recepción de notificaciones, con el silencio administrativo, con el reconocimiento de responsabilidad ante una infracción, o con la reversión y la retasación en la expropiación forzosa.

Cuando frente al venire contra está la Administración del siglo XXI hay, en fin, un último elemento de crisis que desnaturaliza el juego tradicional de la doctrina de los actos propios. Este tiene que ver con el hecho de que cada vez es más frecuente que se

29. E. GARCÍA DE ENTERRÍA CARANDE, «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *Revista de Administración pública*, núm. 20, 1956, pp. 69-80.

30. En este punto no todas las ramas del Derecho público apuntan en la misma dirección, y así se ha sostenido que, entre otras cosas por la posición especialmente débil del contribuyente, en el Derecho Tributario sí es necesaria la aplicación de la doctrina de los actos propios. Por todos: D. MARÍN-BARNUEVO FABO, L*a doctrina de los actos propios en Derecho Tributario*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 83-121. Pero más allá, incluso, es algo similar a lo que también se ha señalado en materia de relaciones laborales, entendiendo que el fraude social es de interés público, como objeto de políticas de Estado. Esta idea en ocasiones abona una tesis de "hiposuficiencia negocial" del trabajador, que para algunos no quedaría vinculado por una inacción aunque haya sido sostenida en el tiempo; otros autores entienden en cambio que el silencio, la indiferencia y la inacción del empleado durante un largo lapso afecta también a la sociedad y por lo tanto cada quien debe responsabilizarse de sus actos (en ese sentido: L. M. Peña, « Los actos propios y el tiempo razonable frente a la denuncia de irregularidades en el registro del contrato de trabajo», *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2018). En todo caso, resulta evidente cómo se entrecruzan el ámbito público y privado, de una forma no exenta de polémica.

dilucide sobre la eventual contradicción no en sede procesal, sino en instancias administrativas especializadas, como los organismos reguladores, las autoridades independientes o los órganos de resolución de recursos especiales. Sucede, sin ir más lejos, en materias tan sensibles como la protección de datos personales, la energía, las telecomunicaciones o la contratación pública. Incluso, y esta es una característica del Derecho global y la internacionalización, abundan las prórrogas de jurisdicción en favor de instancias arbitrales, organizaciones constituidas por personas típicamente privadas, a las que se confiere autoridad para definir las reglas de conducta aplicables a los Estados y, no lo olvidemos, a las relaciones de estos con la ciudadanía. Esto lleva a nuevas reglas para la aplicación de la legalidad administrativa en el espacio y a una quiebra del mismo Derecho estatutario, pues a la Administración se le acaban aplicando normas, reglas y principios de derecho ajeno por partida doble (privado o incluso extranjero)[31].

En ese marco cobra más sentido el interés por los aforismos, como acertadas fórmulas que sintetizan principios lógicos e ideales generalmente compartidos, y una vía a explorar en la búsqueda de un lenguaje común para los juristas[32], en particular entre ramas del conocimiento[33]. Cuando esas reglas se plasman en locuciones latinas, enraizadas en la tradición nacida del Derecho Romano y en el ius commune medieval, ese valor de comunión se refuerza. Y esto, no sólo porque aquellos juristas romanos supieron crear unas bases que aún hoy permanecen, sino también porque su formulación estaba presidida por un ánimo expansivo, de límites y fronteras, muy útil ante la globalización actual.

Quizás por eso, y a pesar del sólido diagnóstico apriorístico inicial, un análisis empírico del uso práctico del venire contra en distintos ámbitos relacionados con el Derecho Administrativo demuestra que el aforismo está hoy más que vivo, tanto en sede judicial como administrativa, y en materias que cubren desde el empleo público a las subvenciones. Trasciende además la dicotomía público-privada y las mismas fronteras y tradiciones jurídicas[34].

Es, no obstante, un argumento más de abogados que de jueces[35] y, entre estos, más de votos particulares[36], juicios de valor para afear la conducta reprobable de las partes[37] y obiter dicta que verdadera ratio decidendi[38]. En su aplicación en ámbitos de Derecho

31. Sobre estos temas puede verse H. D. PIOMBO, *Extraterritorialidad del Derecho extranjero*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

32. D. SIMON, « Les adages et le droit écrit », *Revue française de Droit Administratif*, núm. 1, 2014, pp. 17-22.

33. H. HOEPFFNER Y J. KLEIN, « Les adages communs au droit public et au droit privé », *Revue française de Droit Administratif*, núm. 2, 2014, pp. 201-206.

34. Ese trabajo se ha acometido con detalle en A. BOTO ÁLVAREZ, *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. A esta monografía se remite para el estudio de fondo de los datos y casos que llevan a las conclusiones que se formulan a continuación.

35. Es algo que evidencia, sin ir más lejos, un repaso al empleo del aforismo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde es habitual que la doctrina de los actos propios se discuta a instancia de parte en las vistas orales y se invoque en las conclusiones de los Abogados Generales, pero suele perderse en el fallo final.

36. Ha ocurrido en múltiples ocasiones en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular a cargo de los jueces portugueses CABRAL BARRETO y PINTO DE ALBURQUERQUE.

37. Es habitual encontrar reproches abiertos a conductas sorprendentes o veleidosas, sobre todo por parte de la Administración, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

38. De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional español que a finales de los años noventa del siglo pasado definitiva-

Administrativo, al venire contra le falta depuración técnica y concreción, pero ni ha desaparecido ni creo que vaya a hacerlo en el futuro. El aforismo traslada rápidamente un ideal de sistematización, de coherencia lógica y consistencia que suscita adhesión automática, incluso en un ámbito tan poco natural y común con su origen como el sistema administrativo. Goza por ello de buena salud, aunque su uso es más estético y retórico que verdaderamente jurídico.

mente reconoció la aplicabilidad del *venire* contra al Derecho Administrativo lo hizo en condición de *obiter dictum*.

La indudable vigencia de los aforismos jurídicos latinos en el proceso penal

Rosa Luz Casen[1]

1. Universidad Nacional de Tucumán.

Introducción

Los aforismos jurídicos latinos tienen una indudable e indiscutida vigencia en el proceso penal nacional e internacional. Se mantienen de modo casi irreemplazable tal como si fuera un lenguaje internacional y, en los hechos, lo es.

Veremos, sin pretensiones de agotar el tema que de por sí es extenso, que hay palabras, frases, aforismos, en la doctrina, en la jurisprudencia nacional e internacional, y en los escritos de los operadores jurídicos.

En primer lugar, queremos decir que, lo que con mayor frecuencia podemos encontrar en el marco del derecho penal y su ejercicio, son los aforismos jurídicos.

En la convicción de que los que estudiamos y leemos Derecho Romano estamos familiarizados con el vocablo aforismo, creo conveniente referirme a su significado por si este trabajo llega a una persona que no sea un conocido de este tema.

Aforismo es, según el Diccionario Panhispánico del español jurídico, adagio, brocardo, máxima jurídica. (hacer cita)

Pero, por su simpleza y claridad citaremos los conceptos de La primera historia de la literatura europea en formato digital[2] que, en este sentido, nos explica:

«En la actualidad se suele llamar "aforismo" a una sentencia o razonamiento breve al que se concede validez y prestigio de acuerdo con un juicio subjetivo generalizado. Se trata, pues, de una declaración u oración de una o unas pocas líneas que pretende expresar un principio racional de manera concisa, coherente y en apariencia cerrada.

La palabra "aforismo" es un cultismo griego que ha llegado a las lenguas modernas a través del sustantivo latino "aphorismus", procedente a su vez de la palabra ἀφορίσμός, del campo léxico del verbo ἀφορίζειν, 'definir'. Etimológicamente, pues, un "aforismo" era una "definición" y su origen técnico está vinculado a la terminología médica de la Antigüedad...»

Estos aforismos son habituales en derecho ya que expresan un concepto fuerte que, por lo general, se autoabastece ya que nada o casi nada hay que agregar a su contenido para ser entendido, y de los cuales, muchos de ellos, se encuentran en latín.

En el mismo marco, es conveniente referirnos al término brocardo.

El brocardo se define como «veredicto, axioma legal o máxima jurídica»[3].

Si bien son términos distintos, el significado de ambos términos (axioma y brocardo) son en el mismo sentido, refiriendo a expresiones que se dan como certezas, que no necesitan comprobación.

Los docentes de Derecho Romano estamos acostumbrados a recurrir a estos aforismos cuando enseñamos la materia.

Pero ¿es normal encontrarlo en el ejercicio de la profesión? Sin duda que sí.

Para saberlo, como método de trabajo, hemos hecho encuestas informales a colegas abogados, a profesores de materias como Derecho Procesal Penal, Derecho Penal, a juec-

2. LA PRIMERA HISTORIA DE LA LITERATURA EUROPEA EN FORMATO DIGITAL https://www.literaturaeuropea.es/generos-subgeneros/aforismos/ (consulta hecha el 24.11.21).

3. SANCHEZ RUBIO, Aquilina. LA INTERPRETACION EN EL DERECHO: In claris non fit interpretatio.Aquilina Sánchez Rubio. Disponible en Dialnet-LaInterpretacionEnElDerecho-1104179.pdf consulta hecha el 2.12.21.-

es del fuero penal. También recurrimos a sentencias de tribunales inferiores y superiores, nacionales e internacionales. Lo mismo hicimos con relación a la doctrina nacional e internacional.

De este material de trabajo al que recurrimos, se observa que la mayoría de ellos recurren a los más importantes o más conocidos axiomas. Aquí abordaremos algunos de ellos, que se usan en la práctica jurisdiccional penal nacional e internacional. Y decimos algunos y no todos porque sería una empresa imposible de abordar por la enorme cantidad que hay.

Términos latinos vigentes

Habeas Corpus

Comenzaremos con esta expresión jurídica latina tan conocida nacional e internacionalmente. Veremos que se erige en una suerte de "concepto internacional" ya que, en muy diferentes idiomas, se nombra del mismo modo.

Este término trasciende incluso la faz jurídica y se proyecta en la sociedad. Ello así, porque, quien más quien menos "entiende" a qué nos referimos cuando recurrimos a esta expresión, sin siquiera tener conciencia -la gente que no es operadora del derecho- que está pronunciando palabras en latín.

Habeas corpus no tiene una traducción literal al castellano. Es decir, si lo usáramos traducido al castellano, ni los operadores jurídicos entenderían su significado. Y mucho menos los que no lo son.

«El habeas corpus, castellanizado como hábeas corpus se escribe, según la Ortografía, en cursiva y sin tilde por tratarse de una expresión latina y en minúsculas. Además, permanece invariable en plural («los habeas corpus»)»[4].

Se podría traducir literalmente como que tengas [tu] cuerpo [para exponer]', "tendrás tu cuerpo libre", siendo habeas la segunda persona singular del presente de subjuntivo del verbo latino *habēre* ('tener').

Origen de la expresión

Si bien el objeto de este trabajo no es indagar sobre el contenido y origen de cada expresión o aforismo, sino resaltar su vigencia, creemos conveniente referirnos, en el caso del habeas corpus, a su origen para resaltar desde cuándo este término es usado en derecho, en los distintos sistemas jurídicos.

Sostiene al respecto García Belaunde que, si bien el habeas corpus tal como se conoce en la actualidad no existió en Roma, las palabras latinas con que se lo denomina indican que su origen proviene del Derecho Romano. Este autor reconoce como antecedente al interdicto de la época del Pretor, designado en las Pandectas bajo el título de Homine

4. Fundéu Argentina. Disponible en:https://fundeu.fiile.org.ar/page/recomendaciones/id/3/title/-habeas-corpus-%2C-en-cursiva-y-sin-tilde. Consulta realizada el 3.12.21.

libero exhibendo en la época del imperio (533 d. C.), previsto en el Digesto Libro XLIII, título XXIX : «Dice el Pretor: Exhibe al hombre libre que con dolo malo retienes»[5]. Coincide en el mismo sentido Alberto B. Bianchi, quien sostiene: «Es célebre en Roma el Interdicto de Homine libero exhibendo, establecido en el título XXIX, libro XLIII del Digesto...»[6].

Incluso, se atribuye a Ulpiano, un comentario en ese sentido:

«próponese este interdicto amparar la libertad, esto es, para que los hombres libres no sean retenidos por nadie». (Lib. LXXI ad Edictum)[7].

Nadie duda que, actualmente, la institución del habeas corpus es una institución muy importante en el Derecho Penal nacional e internacional. En los países de habla hispana se sigue utilizando este término para referirse en términos generales a aquel procedimiento utilizado en el ámbito penal, que tiene por objeto denunciar un acto u omisión de autoridad pública que implique una limitación o amenaza de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, o una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, concepto que tomo de la ley argentina 23.098 de Habeas Corpus.

Su vigencia en países de habla no hispana

Pero esta expresión latina no sólo es utilizada en los países de habla hispana, cuya raíz latina es indiscutible, sino que también es utilizada actualmente en países con idiomas de raíz anglosajona.

Ejemplo de ello es Inglaterra, que usa esta terminología latina desde el año 1200 aproximadamente, o antes.

García Belaunde sostiene que la aparición del writ of habeas corpus en inglés habría sido fijado por algunos en el año 1154 durante el reinado de Enrique II, y que comenzó a utilizarse con mayor frecuencia a partir del reinado de Eduardo III (1326-77) y de Enrique VI (1422-61), adquiriendo distintas modalidades[8].

Lo cierto es que esta expresión apareció desde temprano en el derecho inglés. En el año 1640 se sanciona la ley del Habeas Corpus, aunque no sería hasta la ley del habeas corpus de 1679 (HABEAS CORPUS ACT) que se establecen los procedimientos correspondientes. Actualmente se encuentra vigente en ese sistema jurídico.

No hay duda entonces de la vigencia de esta expresión latina en el sistema anglosajón.

Otro país de idioma no latino (inglés) que también tiene vigente esta expresión latina es Estados Unidos que siguió los antecedentes del derecho inglés.

Conforme Alberto B. Bianchi, en los Estados Unidos, “el writ of habeas corpus ya

5. GARCIA BELAUNDE, Domingo. LOS ORIGENES DEL HABEAS CORPUS disponible en dialnet.unirioja.es . Consulta realizada el 3.12.21. pág. 49

6. BIANCHI, Alberto B., *El hábeas corpus federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema*. Revista jurídica Austral Vol 1, n°1 año 2020. disponible en riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/904/El%20habeas%20corpus.pdf?sequence=1#:~:text=En%20los%20Estados%20Unidos%2C%20el,Constituci%C3%B3n%20o%20de%20leyes%20federales. Ultima consulta 6.12.21)

7. GARCIA BELAUNDE, Domingo, op cit, pág 49.-

8. GARCIA BELAUNDE, Domingo, op cit, pág 52.-

existía en la legislación colonial y fue incluido luego en las constituciones de algunos estados, sancionadas luego de la Independencia, tal es el caso de la Constitución de Massachusetts de 1780 y de la Constitución de New Hampshire de 1784"[9].

Nos dice Bianchi que el hábeas corpus fue incorporado en el artículo I, sección 9, segundo párrafo de esa Constitución, en los siguientes términos:

«*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases or Rebellion or Invasion the public Safety may require it*».

Explica Bianchi que el habeas corpus en este caso no se regula de forma directa, tal como lo habían hecho las constituciones estaduales, sino de manera indirecta, por medio de la prohibición de suspenderlo, lo que queda supeditado a la existencia de casos de grave compromiso institucional.

Más allá de las diferencias conceptuales del instituto jurídico, podemos ver el uso de la terminología latina, tal cual la conocemos. Ello deja claro que el término en sí aún no ha sido sustituido por términos en inglés. Se ratifica íntegramente la expresión como lenguaje internacional, de tal modo que alguien que por hipótesis no entendiera inglés seguramente podría entender que se está refiriendo a la institución jurídica que conocemos.

Más aún, diversas organizaciones internacionales promueven entre sus principios el derecho de acceder al habeas corpus mundial. Se busca el establecimiento de una jurisdicción que abarcaría todas las naciones y todo el territorio del planeta Tierra como parte fundamental de los derechos humanos. En ese intento de globalizar este derecho tan caro al ser humano, potencian la vigencia de esta expresión latina, llevándolo a un uso de carácter mundial. ¿No es maravilloso que se proponga el uso de la terminología latina a nivel mundial para referir a una institución jurídica -que de consagrarse sería- internacional?

Entre esas organizaciones se encuentran Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Entre sus promotores está el abogado Luis Kutner, creador del movimiento «World Hábeas Corpus» y autor del libro «World Habeas Corpus, Human Rights and World Community.»[10]

Homicidio criminis causae

A este término lo encontramos en todos los libros de Derecho Penal, en las sentencias judiciales y en el ejercicio profesional. Está previsto para referirse a la agravante del delito de homicidio que concurre cuando el autor mata a otro para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para si o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, concepto que surge claro del art. 80, inc. 7 de nuestro Código Penal:

«ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

9. BIANCHI, Alberto B., El hábeas corpus federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema. Revista jurídica Austral Vol 1, n°1 año 2020; pág. 95. disponible en https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/904/El%20habeas%20corpus.pdf?sequence=1

10. KUTNER, Luis. *World Habeas Corpus, Human Rights and World Community* disponible en https://core.ac.uk/download/pdf/232968661.pdf última consulta 6.12.21.

7º.- Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito».

Si bien nuestro código no lo refiere con la terminología latina, para conceptualizar esta agravante se deben utilizar numerosas palabras que la doctrina sintetiza en latín cuando se refiere a ella como homicidio criminis causae.

Núñez, Fontán Balestra, Abosso, Soler, sólo por nombrar algunos, ya que hay muchos y brillantes autores de Derecho Penal que han explicado esta circunstancia agravante, siempre recurren a esta expresión latina.

A título de ejemplo, citaremos textualmente a Núñez:

«Nuestro homicidio criminis causa, receptado por los viejos códigos penales y recibido por nuestros legisladores a partir del Proyecto de 1891, tiene su precedente en el latrocinio u homicidio cometido con fines de lucro, vale decir, para cometer un hurto u obtener otra ganancia o beneficio...»[11]

En la jurisprudencia también podemos ver el uso de esta terminología. Ejemplo de ello lo podemos encontrar a diario. Recurrimos al siguiente sumario de fallo para ejemplificar:

«Homicidio criminis causa, dolo

SUMARIO DE FALLO

Id SAIJ: SU33015438

TEXTO

Para diferenciar el delito de homicidio criminis causae del delito del art. 165 CP debe advertirse que si bien ambos delitos son dolosos el homicidio en ocasión de robo admite culpa, sin embargo lo que los diferencia es que el tipo del art.80 inc.7 requiere dolo directo y la conexidad con otro delito, es necesario que se plasme el nexo psicológico entre el homicidio y la otra figura, es decir la preordenación anticipada, que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo requiere una decisión que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho. Se dan los presupuestos del homicidio criminis causae si el imputado dio muerte a la víctima con la finalidad específica de preparar o facilitar el robo en su domicilio, circunstancia que quedó comprobada pues, ya muerta la señora, el imputado pudo revisar la casa sin riesgos en busca de objetos de valor, y quedó acreditada la conexión subjetiva e ideológica que exige la figura, en tanto mediante las diversas pruebas arrimadas al proceso -testimonios, pericias del Cuerpo Médico Forense, listados de llamadas entrantes y salientes del teléfono del imputado, hallazgo de dinero y llaves pertenecientes a la damnificada, entre otras- que el encartado tenía el propósito de robar el departamento de la víctima, tal como lo hizo, y éste fue el motivo que lo decidió, con anterioridad al hecho, a darle muerte con tal fin. (SAIJ- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina».[12]

11. NUÑEZ, Ricardo C, MANUAL DE DERECHO PENAL ESPECIAL, 2a. Edición actualizada por Víctor Félix Reinaldi, 1999, pág 42.

12. SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Homicidio Criminis Causa . Dolo. Sumario Fallo Id SAIJ: SU33015438. Disponible en http://www.saij.gob.ar/homicidio-criminis-causa-dolo-su33015438/123456789-0abc-defg8345-1033soiramus última consulta 6.12.21

Aberratio ictus

A esta expresión podríamos traducirla como «error en el golpe». Está contenida en la doctrina y jurisprudencia argentina en los casos de las causas de no punibilidad previstas en el art. 34 inc. 1 del Código Penal:

«ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones».

Allí está previsto lo que en doctrina se conoce como «error en el golpe» o «*aberratio ictus*».

Esta expresión latina que se cita al comentar este inciso del Código Penal, la encontramos en todos los libros de Derecho Penal, en las sentencias judiciales y en los escritos de los abogados litigantes.

Esta vez ejemplificaremos con CREUS quien, para comentar este artículo, expresa:

«En la *aberratio ictus*, el curso causal previsto por el autor se produce según una mecánica no esperada, en virtud de la cual el resultado querido se produce, pero sobre una persona u objeto distinto de los que había tenido en su mira el autor, (este quería matar a Enrique disparándole su arma, pero el proyectil roza un poste e impacta a Pedro, que muere; envía por correo un explosivo a Asdrubal, pero, equivocadamente, el cartero lo entrega a Ramón)»[13].

También podemos encontrar frecuentemente la expresión aberratio ictus en la jurisprudencia argentina. Citamos como ejemplo parte de fallo dictado por el Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa:

«...Circunscribiéndose entonces la controversia a cómo debe calificarse un mismo hecho cuando nos encontramos en presencia de la aberratio ictus -error en el golpe-, no puede dejar de soslayarse que la postura propuesta por el Ministerio Público ha sido receptada por la doctrina, como así también la argumentada en el fallo sentenciante»[14].

Y ya en el ámbito internacional, podemos observar que también es utilizada la expresión en latín en la doctrina jurídica de países de habla no hispana.

Tal lo que ocurre en la doctrina jurídica de los Estados Unidos:

Aberratio ictus

«In aberratio ictus, a person directed the blow at an intended victim, but because of poor aim, that blow landed on somebody else. In aberratio ictus, the intended victim as well as the actual victim are both at the scene of the crime. Distinguish this from error in personae, where the victim actually received the blow, but he was mistaken for another who was not at the scene of the crime. The distinction is important because the legal

13. CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte General*. 5a. Edición actualizada y ampliada, 2a Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2010. Pág. 347.

14. FALLO N° 14/13 l Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa. 4.7.2013 disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/37034-aberratio-ictus-error-golpe última consulta 6.12.21.

effects are not the same»[15].

En la jurisprudencia filipina hemos encontrado otro ejemplo de la expresión latina:

«.Aberratio Ictus is mistake in the blow. It is a manner or incurring criminal liability according to Paragraph 1, Article 4, Revised Penal Code. It is a mistake in the identity of the victim, which may either be (a) "error in personae" (mistake of the person), or (b)"aberratio ictus" (mistake in the blow), it is neither exempting nor mitigating »[16].

En el derecho alemán también es utilizada esta expresión en latín:

«aberratio ictus: der Verletzungserfolg tritt an einem anderen Objekt als demjenigen ein, welches im maßgebenden Vorsatzzeitpunkt das Ziel der Ausführungshandlung gebildet hat.»[17]

Iter criminis

Esta es una expresión que también se utiliza con frecuencia en todos los ámbitos de ejercicio de derecho penal, cuya traducción literal sería «el camino del crimen». Y sin embargo, si nos refiriéramos así, tal vez la expresión no se comprendería tan directamente como cuando lo decimos en latín.

Los operadores del derecho penal desde sus diferentes roles utilizan esta expresión cuando se aborda el tema de la participación criminal.

Volveremos a citar a Creus en este punto, quien acude a esta expresión cuando analiza la «Participación e "Iter Criminis"»:

«ETAPAS DEL DELITO.- La realización del delito se despliega en un proceso general que -conceptualmente- consta de pasos o etapas: ideada y decidida su realización (etapa interna), el agente pone en obra la decisión (etapa externa), proveyéndose en primer lugar de los medios instrumentales o colocándose en la situación que considere adecuada para llevarla a cabo (actos preparatorios); comienza después a ejecutar la obra delictiva (ejecución), hasta que llega a ejecutar en su totalidad la acción descripta en el tipo, con todos sus efectos (consumación),y con ello puede lograr el objetivo que se había propuesto al cometer el delito, que se encuadra fuera de la acción típica (agotamiento), acabando así el desarrollo procedimental de lo delictivo, a todo lo cual se le ha dado el nombre de iter criminis (camino del delito)..»[18]

Una explicación por demás clara de lo que esta expresión quiere significar. Con estas dos palabras latina se refiere a todos los momentos del delito.

La jurisprudencia, en consecuencia, también utiliza esta expresión. Ejemplo de ello es el siguiente fallo:

15. *REVISED ORTEGA LECTURE NOTES ON CRIMINAL LAW* – disponible en http://h0neyed.yolasite.com/resources/Ortega-Notes-I.pdf. Última consulta 3.12.21).

16. References:Revised Penal Code of the Philippines PEOPLE OF THE PHILIPPINES vs. GEMOYA, et. al., G.R. No. 132633, October 4, 2000.disponible en https://www.facebook.com/PhilippinesLawsConstitutionsJurisprudenceCodesActs/posts/aberratio-ictus-is-mistake-in-the-blow-it-is-a-manner-or-incurring-criminal-liab/125228579113448.-

17. DANNECKER, Gerhard UBERSICHT FALL 06. , Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht . Disponible en //jura.urz.uni-heidelberg.de.

18. CREUS, Carlos, op. Cit.

«SUMARIO DE FALLO[19]
7 de diciembre de 2018
Id SAIJ: SUG0033143

Explicó que no podía descartarse que los hechos denunciados constituyan alguna de las hipótesis que contempla el artículo 172 del CP y que, en ese sentido, se ha sostenido que "El iter criminis del delito de estafa comienza con el despliegue del procedimiento ardidoso o engañador, a efectos de lograr del sujeto pasivo la disposición patrimonial, y la figura se consuma cuando se realiza efectivamente esa disposición" (CSJN 323:2608). Añadió que en la provincia de Mendoza se habría producido la falsificación de los documentos privados y la maniobra a través de la cual distintas personas tomaron pólizas de seguro en la creencia de contratar con la empresa aquí querellante y abonaron las primas correspondientes. Que también en ese lugar ocurrieron los siniestros comprendidos por las coberturas, tramitando allí las causas penales que algunos de ellos originaron, resultando irrelevante, a los fines de establecer la competencia, el argumento de la querella vinculado a la eventual repercusión patrimonial (de momento inexistente) o a la eventual sanción que podría aplicar la Superintendencia de Seguros de la Nación como cualquier reclamo ulterior por indemnizaciones que no correspondan, los cuales argumenta la querella que se harían efectivos en la Ciudad de Buenos Aires»

Y así, como estas expresiones, son frecuentes la utilización de muchas más en el ámbito penal. Ello nos permite afirmar con contundencia que el latín jurídico es letra vigente en este fuero, y, como vimos, ello ocurre en el derecho nacional e internacional.

Las críticas

Como vimos, los términos en latín son letra vigente en el Derecho Penal argentino e internacional. Pero no todo es a favor de esto ya que corren vientos en contra de su uso.

Ejemplo claro de ello es el decreto Legislativo N° 1342, dictado en la ciudad de Lima, en el año 2017. Si se lee esta norma veremos que su objetivo es promover la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales, lo cual parecería no ser compatible con el uso del latín en las piezas judiciales.

En su artículo 4, correspondiente a lenguaje y acceso a la justicia, contiene una orden clara hacia todos los operadores del sistema de justicia, en los siguientes términos:

«Artículo 4.- Lenguaje y acceso a la justicia

Los operadores del sistema de justicia evitarán usar términos en latín o cualquier otro arcaísmo que dificulte la comprensión de las expresiones y términos legales que contiene sus actos o resoluciones».

Como surge de este artículo, el decreto considera al latín como un «arcaísmo».

Otro ejemplo de posturas contrarias al uso del latín en el ámbito judicial, cualquiera sea el rol que se desempeñe a su respecto, lo conforma la Declaración de la XVIII Asamblea de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

19. Falsificación de instrumento privado, iter criminis, estafa, competencia, siniestro.

En el epígrafe «Proyecto Lenguaje Claro y Accesible» de esta Declaración, se incluyó el siguiente contenido:

«Esta comisión no comparte la apreciación de quienes consideran que estas formas lingüísticas son herramientas insustituibles de trabajo y signo de distinción de la profesión. Como el propio Plan de Transparencia Judicial indica, es posible una justicia comprensible que respete las exigencias propias de una correcta técnica jurídica...»

Por lo que, en la asamblea correspondiente, se propusieron las siguientes recomendaciones:

En cuanto a las locuciones latinas, se recomienda la sustitución por su significado en castellano o, en su defecto, incorporar su traducción entre paréntesis.

Los argumentos en que se basó esta recomendación giraron alrededor del debido proceso, inclusión y no discriminación fueron los principales argumentos para que los delegados que formaron parte de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, con sede en Paraguay, se comprometieran a eliminar las frases en latín que suelen utilizar los jueces, sentencias y resoluciones. [20]

Conclusiones

No hay ninguna duda de que estos términos latinos configuran un lenguaje universal en tanto los sistemas jurídicos los han utilizado a través de la historia. Se los toma también como cultismos, por lo cual se ha dicho q ello es razón suficiente para excluirlos del lenguaje legal.

Sin embargo, quién puede poner en duda que estas expresiones son verdaderas reliquias, pero de vigencia indiscutida. Las mismas tienen más fuerza, precisión semántica y economía lingüística, en el plano técnico jurídico que sus correspondientes traducciones. No se puede olvidar que, es través de las locuciones latinas, por donde el derecho puede tener un lenguaje más universal, dado que, como analizamos, se utilizan en idiomas diferentes, y conforman un patrimonio compartido tanto por los sistemas jurídicos anglosajones como por los romanísticos. Por estas razones, creemos que nada se opone al uso de latinismos, en locuciones breves.

Queda el interrogante de cómo solucionar el problema de que el uso de latinismos por abogados, jueces y operadores jurídicos en general no pueda ser comprendido por el ciudadano corriente que no lo es. Propongo en ese sentido que cada vez que usemos estos términos en las sentencias o en los escritos jurídicos o en los textos jurídicos, se coloque una anotación al final de la página, que explique el concepto en términos más claros para las personas que no manejan el lenguaje técnico de latinismos, tan propio de nuestras raíces del derecho y así nadie podrá decir que los términos latinos no son comprendidos por la comunidad.

20. www.ambitojuridico.com/noticias/general/educacion-y-cultura/deben-eliminarse-las-frases-en-latin-de-autos-y-sentencias

Bibliografía

Bianchi, A. B. (2020). El hábeas corpus federal en los Estados Unidos : su principal diferencia de fondo con nuestro sistema. En: *Revista jurídica Austral*. 1(1).

Creus, C. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires : Astrea.

DANNECKER, G. *UBERSICHT FALL 06*. , Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

FALLO N° 14/13 l Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa. 4.7.2013 disp

García Belaunde, D. (1973). Los orígenes del habeas corpus. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. (31):48-59

Kutner, L. (1962). *World habeas corpus, human rights and world community*. Nueva York : Oceana : LA PRIMERA HISTORIA DE LA LITERATURA EUROPEA EN FORMATO DIGITAL

Núñez, R. C. (1999). *Manual de derecho penal especial*. 2ª ed. Córdoba : Lerner.

References:Revised Penal Code of the Philippines PEOPLE OF THE PHILIPPINES vs. GEMOYA, et. al., G.R. No. 132633, October 4, 2000

SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Homicidio Criminis Causa . Dolo. Sumario Fallo Id SAIJ: SU33015438.

Sánchez Rubio, A. (2004). *La interpretación en el derecho: in claris non fit interpretatio*. (22):417-435.

La aequitas romana como principio de Interpretación del derecho y la puja entre el ius naturale y el ius civile

Camila G. Colantuono[1]

1. Universidad Católica de La Plata.

La pervivencia del Derecho Romano

Si los griegos se destacaron por su notable aporte a la cultura universal y su gran elocuencia filosófica, los romanos lo hicieron con el derecho. Dada su preferencia por la realidad por sobre la especulación, no era de extrañar que su contribución a la filosofía jurídica, y a la filosofía en general, fuese considerablemente escasa en comparación con los griegos, cuya doctrina incidió en gran parte del imperio romano y de la cultura occidental actual.

No obstante, la originalidad de la cultura romana radica principalmente en su abundante sabiduría jurídico-positiva, que les permitió edificar una extensa proporción de legislación y conceptos que han subsistido en muchos de los sistemas jurídicos actuales.

Conforme ello, el pensamiento jurídico romano tuvo como base para su creación, dos términos fundamentales: la justicia y la equidad; cuyo fin originario consistía en proveer a la sociedad romana de soluciones justas y equitativas que encaminaran a la comunidad y a sus gobernantes a la búsqueda del bien común.

Es que, tomando en consideración la gran influencia griega, los romanos comprendieron que, más allá de la existencia de un ordenamiento positivo que encaminara las acciones de las personas hacia el bien; el verdadero objeto del derecho como ciencia, se encontraba en la justicia, para lo cual resultaba imprescindible la presencia y utilización de axiomas como la equidad, cuyo criterio de aplicación era tanto teórico como práctico.

Ahora bien, lo antedicho alude a la histórica pugna existente entre el derecho natural o ius naturale, y el derecho positivo o ius civile, al cual los romanos han realizado un esmerado y destacable aporte, que aún perdura en el tiempo. Sin embargo, el creciente avance de la ley positiva y la significancia que se la ha otorgado por sobre las normas del ius naturale, ha generado la prescindencia de fundamentos esenciales para el derecho como lo son la justicia y la equidad que los romanos supieron valorar.

En este contexto, en el presente documento se intentará analizar la relevancia del ius naturale dentro de un sistema jurídico tendiente al positivismo, en el que se han olvidado – en muchas ocasiones – conceptos imprescindibles para el ejercicio de la ciencia jurídica, como lo es la aequitas romana.

La axiología del Derecho Romano

El termino axiología proviene del griego *axiologie*, compuesto por los vocablos *áxios* (digno y valioso), y *logie* (logos). Ello poseía un significado originario que remitía a «tratado de lo valioso o digno», que finalmente derivó en «estudio o teoría de los valores»[2].

En virtud de ello, se puede definir la axiología como aquella rama de la filosofía que estudia los valores. En el caso del Derecho Romano, la axiología representa principalmente, el análisis de los valores más relevantes de su época, la Iustitia y la aequitas; que como ya se ha mencionado, constituían los pilares esenciales del sistema jurídico romano.

Ahora bien, el carácter epistemológico del estudio de los problemas del valor varía significativamente si se consideran la axiología fenomenológica y la formal, puesto que dichas

2. Real Academia Española, en https://dle.rae.es/axiolog%C3%ADa (última consulta realizada el 21 de noviembre de 2021).

ramas poseen una base a priori; mientras que la primera en la percepción de lo esencial en el fenómeno "valor", la segunda en el análisis formal del concepto "valor" y de las relaciones puramente formales entre aquellos valores, abstrayendo su contenido particular[3].

De este modo, si la axiología representa una especie de lógica formal para el ámbito práctico de los valores, la doctrina fenomenológica pertenece a la esfera de lo inmediatamente dado a nuestra intuición, sin suponer absolutamente nada, excluyendo toda discusión sobre si los fenómenos se realizan en una conciencia, en un tiempo o lugar determinados, para concentrarse plenamente en su esencia. Así, el fenómeno "bonito" puede estudiarse sin necesidad de analizar las condiciones físicas, psicológicas o anatómicas de su origen, puesto que puede valorarse simplemente mediante la intuición y a partir de allí, establecer relaciones fenomenológicas entre los distintos tipos de belleza[4].

En consecuencia, las abstracciones provenientes de la fenomenología no poseen una relación directa con una posible explicación causal de los hechos; toda vez que, al originarse en la intuición, solo se puede indicar, pero no demostrar.

Así, en la relación entre la lógica y la axiología, existe la exigencia en la cual, para que los juicios de valor sean correctos y pertinentes, debe haber una coincidencia con la veracidad de los hechos y las reglas formales para la formación de juicios en general. Ello se debe a que los principios lógicos son los estrictamente formales, dado que adquieren carácter empírico; mientras que los valores incluyen una relación a un objeto que lo apartan de la formalidad en sentido estricto. De esta forma, las referencias sobre los valores pueden calificarse como verdaderas o falsas, pero no tendría sentido exponer que un juicio teórico como tal sea considerado como feo, lindo, malo o bueno[5].

Por lo mismo, la axiología del Derecho Romano debe estar acompañada de principios lógicos del derecho que reflejen reglas claras y formales en las cuales la sociedad pueda ampararse; sin embargo, a su vez, se debe comprender la relevancia que adquieren valores como la equidad y la justicia para la resolución de conflictos jurídicos y sociales, en donde las normas positivas, en muchas ocasiones, no se encuentran a la altura de las exigencias de la comunidad posmodernista.

En este sentido, se ha señalado que «Al lado de la técnica jurídica, se puede encontrar no solo en el derecho privado sino en todo el Derecho Romano, una verdadera axiología, digna de ser estudiada. Hasta hoy no se han ocupado grandemente los romanistas de descubrir la estimativa jurídica a lo largo de la milenaria evolución de ese derecho. Si por un momento nos fijamos en la obra de Justiniano, nos daremos cuenta de que el Corpus Iuris es una clara afirmación del derecho natural. Esa afirmación, de ninguna manera, puede ser obra de la casualidad, lo es de un largo y claro proceso de asentimiento de valores morales y sociales que proceden de la comunidad nacional. Lo anterior, explica en buena medida, la importancia que reviste el estudio de la axiología jurídica de Roma para entender la perennidad del Derecho Romano»[6].

3. Jesinghaus, Carlos. *Estudios acerca de una axiología formal y fenomenológica*. Publicado en CUYO (Vol. 1). Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto de Filosofía Argentina y americana; 1985. pp. 152.

4. Op. Cit. pp. 153.

5. Op. Cit. pp. 155.

6. Bernal, Beatriz; Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas (Desde los orígenes hasta la alta edad media*. Decimoquinta Edición, Tercera reimpresión. Editorial Porrúa, Av. República Argentina, 15.

Por lo tanto, la noción de *aequitas* no se limita meramente a lo jurídico como si se tratara de un instrumento del ius; sino que constituye – al igual que la *Iustitia*- una virtud que debe estar presente en todo *vir bonus* y que, asimismo, representa un fundamento inconcuso del *ius civile* desarrollado por los romanos desde la creación de la ley de las XII Tablas.

Por ello, aunque fue con Cicerón – como se verá más adelante – con quien cobró más relevancia la idea de *Iustitia*, *ius naturale*, y en definitiva la *aequitas*, como virtudes distintas a las leyes escritas; dichos conceptos ya constituían pilares esenciales de la cultura romana desde mucho antes.

De la επιεικεία aristotélica a la aequitas romana: una breve historia del concepto de equidad

La equidad aristotélica o επιεικεία

El primero en exponer el término επιεικεία fue Aristóteles en su obra «Retórica»; en donde, además de tratar el arte de convencer, le dedica un sucinto y profundo estudio a la equidad como parte del desarrollo que realiza sobre la distinción entre la justicia escrita y no escrita.

Allí, divide la justicia no escrita o natural en dos tipos: por un lado, el carácter ético relacionado con el exceso y el defecto, de los cuales, a su vez, se deriva la alabanza o la censura respectivamente; y por el otro lado, la επιεικεία, que puede darse involuntaria o voluntariamente por el legislador, según haya formulado una ley de carácter general cuando fuese necesario o, por el contrario, cuando no la haya hecho, generando las llamadas lagunas legales.

De este modo, algo puede ser injusto por la ley escrita, pero naturalmente, justo en la realidad, y ello es equitativo. Así, es justo darle debida sepultura a Polinices, puesto que ello es lo naturalmente justo pese a la prohibición de hacerlo.

Por otro lado, Aristóteles le otorga otros principios fundamentales a la equidad como el del perdón, la prevalencia de la intención del legislador por sobre la ley escrita, la consideración de la totalidad de las circunstancias que rodean a un caso en concreto, y la preferencia de recurrir al árbitro antes que al juez para la resolución de conflictos.

Dichas consideraciones realizadas por el filósofo demuestran un concepto de equidad muy amplio que sobrepasa los límites del derecho positivo, y que se inscribe en la concepción de la justicia como virtud y del ius naturale.

Recordemos que la justicia propiamente dicha, no solo existe como una virtud moral junto con el resto de las virtudes (templanza, prudencia y fortaleza), sino que, asimismo, se presenta como acción respecto del otro (alteridad)[7]. En este caso, la επιεικεία aristoté-

México, 2015. pp. 47.

7. Ulpiano definió la justicia como la constante y perpetua voluntad de darle a cada uno lo suyo (Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum ciuque tribuendi). El filósofo se refería al habito virtuoso del hombre de ser justo como una virtud. Más tarde, Santo Tomás de Aquino hizo propia aquella definición y la perfeccionó al punto tal de erradicar cualquier

lica se ubica en la primera como una virtud que se opone al rigor iuris.

Ahora bien, todo parece indicar que la palabra griega vertida por el término *aequitas*, se encuentra en el vocablo δτκατονσυνη, que indudablemente recogía los sentidos de la palabra επιεικεία. No obstante, también es posible que el término sea un calco lingüístico del griego ισότης, toda vez que el aequmm (cuyos significados se ajustan perfectamente a los de la aequitas, de "rectitud" y "equilibrio") encontraba un paralelo en el *ισον* de los retóricos[8].

Dicho concepto no apareció hasta antes del siglo I a. C., y fue Cicerón en Roma, al igual que Aristóteles en Grecia, el primero en aceptar y desarrollar la *aequitas*.

La equidad en Cicerón

Marco Tulio Cicerón (106-43 a. de J.C) fue un jurista, filósofo, orador y escritor romano elocuente. A pesar de no formar parte del reconocido jurisconsulto romano, fue el encargado de difundir la filosofía griega entre los romanos; de allí su destacado aporte a la teoría del derecho natural, influenciado por Aristóteles y el humanismo estoico, recibido principalmente a través de quien fuera su maestro, el filósofo griego, Posidonio. Por lo mismo, fue por medio de su obra De Legibus, donde Cicerón desarrolla por primera vez la equidad o aequitas, vinculándola estrechamente a la justicia y la humanidad.

En este sentido, es esencial para Cicerón relacionar la aequitas con la justicia, convirtiéndola incluso, en fundamento de la misma ley justa a la que los individuos le ponen la fuerza de elección o delectus («*Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est*»[9]).

Luego, contrapone la aequitas al propio *ius civile* como base de la *interpretatio ex voluntate*; y, a su vez, le otorga carácter de igualdad en la aplicación de la ley sin excepción[10]. Es que, la equidad no se encontraba contrapuesta al derecho, sino que era el Derecho mismo. La jurisprudencia romana estaba encaminada a adaptar el derecho a las circunstancias de la vida cotidiana de las personas, y la aequitas era precisamente uno de los medios por los que el jurista debía valerse para la toma de decisiones en ocasión de conflicto.

De este modo, Cicerón le otorga a la equidad un rol fundamental en la cultura romana y la posiciona como la máxima virtud del mundo romano, junto a la fides[11]. Por lo que,

duda sobre la misma definiendo el término como «el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno lo suyo» «Et si quis vellet in debitam formam definitions reducere, posset sic dicere: quod Iustitia est habitus secundum quema liquis constanti et perpetua voluntae ius suum unicuique tribuit» (Summa Theologica, II-II, q. 68, a.1). De este modo, el hombre justo, no solo sería quien realizara habitualmente el acto justo, sino quien - en definitiva -, tuviera la habitual convicción de hacerlo como virtud. Lo más significativo de esta definición es que el ius o derecho resulta ser lo mismo que el to dikaion o lo justo. Así, el derecho se convierte en el objeto de la justicia y a lo cual se ordena la acción justa.

8. Uscatescu Barrón, Jorge. *Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico-conceptual*. Cuadernos de Filosofía Clásica. Estudios latinos, nº 5. Editorial Complutense. Madrid, 1993. pp. 81.

9. Cicerón, Marco Tulio. *De Legibus*. II. VI.

10. Op. Cit. pp. 83.

11. La *fides* representa una de las tres virtudes cardinales de la moral romana, junto a la *pietas y la virtus*; y se aplica a la buena fe, el honor o credibilidad en las relaciones humanas y sociales.

será responsabilidad de los magistrados la aplicación de la aequitas en la adecuación de cada caso al derecho, en donde, en definitiva, se refleja la igualdad en la aplicación de la ley.

Así, mientras que el ius busca la igualdad del ordenamiento jurídico para con las personas en cada caso en particular, la aequitas intenta conciliar aquellos intereses individuales para lograr un equilibrio y arribar al bien común.

La aequitas como principio de interpretación del derecho contemporáneo

Desde la creación de la Ley de las XII Tablas hasta el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, el sistema jurídico y la interpretación del derecho ha mutado considerablemente. Con la modernidad y el postmodernismo han surgido cuestiones como la codificación y el positivismo legalista de la mano de pensadores como Augusto Comte, Jhon Stuart Mill y Kant; que han modificado drásticamente el paradigma de los sistemas jurídicos contemporáneos.

La primacía de la ley escrita ha predominado por sobre valores como la equidad y la justicia natural. La axiología del Derecho Romano parece haber quedado como un acontecimiento histórico y antiguo que varió en una nueva forma de concebir el derecho. La *aequitas* dejo de poseer el rango primordial y esencial que supo poseer en la ciencia jurídica de los tiempos romanos, para formar parte de un derecho natural, que muchos juristas parecen no creer relevante en la interpretación del derecho.

Ello ha ocasionado que la forma de enseñar y ejercer el derecho se haya transformado drásticamente; y junto con ello, el análisis de los casos y la tradición clásica romana se vieron reemplazados por conocimientos estructurales lógicos y formales jerárquicamente definidos, donde normas generales como la constitución son el fundamento de otras inferiores y particulares, como las que se legislan en los congresos de cada estado.

Ahora bien, cierto es que, incluso en la época romana, la equidad y lo justo natural no otorgaban la seguridad jurídica que realmente se necesitaba dentro de la sociedad política; sin embargo, ante la escasez de legislación y práctica jurídica, la justicia quedaba al libre albedrio de los jueces y magistrados quienes, como todo vir bonus, debían regirse bajo la virtud de la aequitas.

Dicha inseguridad jurídica fue advertida por juristas romanos posteriores, quienes afirmaron que Roma vivió sine certo iure durante mucho tiempo. De modo que, mediante la creación de la ley de las XII Tablas en el año 451/450 a. C, se establecieron restricciones al albur incontrolado de los magistrados, los cuales debieron atenerse a la interpretación de la ley escrita[12].

Sin perjuicio de ello, la aequitas no podía ser olvidada por completo, puesto que, a la codificación, que pretendía ser la solución a la incertidumbre jurídica, aún le quedaban varios puntos oscuros que obligaban a dejar en manos del arbitraje y del entendimiento del juez, las

12. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 87.

decisiones sobre determinados temas, como sucedió con la lex agraria[13] del año 111 a. C[14].

Es que, para la resolución de un caso en concreto, no resulta preciso – ni pertinente – la tan sola aplicación estricta de una ley al mismo; sino que se deben analizar cada una de las circunstancias que lo engloban y sobrepasar, a la luz de la igualdad, un reparto equitativo entre las partes.

Así, la *aequitas* se presenta, por un lado, como criterio para la crítica de un ius civile incapaz de superar efectivamente determinadas circunstancias ante nuevos supuestos que puedan surgir, dada la rectitud de sus normas que se oponen a las concepciones fundamentales del derecho natural; y, por el otro, como consecuencia de su identidad con el derecho natural, se convierte en el principio configurador de le ley positiva, que no es autónomo en cuanto a los principios que rigen su evolución[15].

Por ello, aún en la actualidad, la equidad supone una igualdad ante la ley; lo cual no implica que no deba existir diferencia entre el médico o el abogado, sino que dicha discriminación debe realizarse en igualdad de condiciones, de acuerdo con el mérito. Se trata de una justicia equitativa en donde cada uno reciba lo suyo y no simplemente lo que la ley ordena. De lo contrario se estaría privilegiando la desigualdad entre desiguales.

En este sentido, la equidad no debe ser la única herramienta de aplicación para la interpretación de las leyes, sino que debe complementarla. La existencia del derecho natural no presupone la supresión de las leyes positivas; por el contrario, las fundamenta y fortalece en beneficio del bien común.

La equidad en el ordenamiento jurídico argentino

En Argentina, a pesar de la preponderancia mayormente de la corriente positivista, la equidad ha sido un recurso utilizado, no solo por la jurisprudencia sino también por diversos doctrinarios y el poder legislativo al momento de reglamentar normas.

La equidad en la doctrina argentina

En la esfera doctrinaria, la equidad y la ley natural en general no han pasado desapercibidos, e incluso, muchos juristas han evocado su funcionalidad en el derecho en diversas oportunidades.

En este sentido, Llambias le otorga un rol preponderante a la equidad al establecer que «Para una buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo la ley es la principal y más importante de las fuentes de derecho, pero no excluye la existencia de otras fuentes con virtualidad bastante para provocar en ciertas situaciones excepcionales hasta la caducidad

13. La lex agraria se encargó de regular la distribución de tierras de dominio público. No obstante, gran parte de la tierra pública era manejada por sus ocupantes como si fueran privadas, lo que generó un descontento general entre la sociedad romana, la cual se veía considerablemente empobrecida como consecuente de la gran acumulación de tierras públicas por parte del sector más acaudalado de la época.

14. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 88.

15. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 94.

de la misma ley. Es lo que ocurre con la costumbre "*contra legem*" y con la equidad.»[16]

Más tarde, expresa que «la equidad es incuestionablemente una fuente de derecho o medio de expresión del mismo»[17]; no obstante, aconseja que, en caso de que el bien que la ley pueda menoscabar no constituya una característica primordial para la dignidad y existencia del hombre, la prudencia sugiere que la equidad ceda ante la ley para que prevalezca el orden social; apelando al "buen sentido" del intérprete para orientarse por alguno de los criterios referidos.

Por su parte, Borda se refería a la equidad como una expresión particular de la idea de justicia, que si bien no era posible considerarla como una fuente independiente y extraña a la ley; en situaciones excepcionales podía ser tratada como una fuente regulatoria autónoma[18].

Asimismo, Bustamante Alsina, a pesar de no reconocer a la equidad como una fuente formal del derecho al igual que Borda, admitía que cumplía con dos funciones importantes: la interpretación del derecho positivo en el ámbito que tiene el juez para realizar la justicia, y la misión integradora del derecho para cubrir los vacíos que se producen en el sistema jurídico ante la ausencia de regulación normativa[19].

Por consiguiente, pese a la preponderancia que se les atribuye a las leyes positivas en el derecho, se ha logrado un amplio consenso por parte de los juristas, en virtud de la necesidad de asignarle un lugar propio a la equidad en la teoría de la interpretación jurídica para la resolución de conflictos concretos y particulares.

Legislación

Como ya se ha mencionado, dentro del ámbito legislativo, la equidad tampoco fue dejada de lado. Con el comienzo de la codificación en Argentina a través del Código Civil, Vélez realizó menciones explícitas del término en diversas ocasiones. Una de ellas fue mediante el art. 515, en el que dispuso que las obligaciones naturales eran aquellas «(...) que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas (...)».

Más tarde, la equidad se vio potencialmente reconocida por la ley 17.711, que realizó la incorporación expresa de trece artículos relacionados al término al Código Civil. Uno de ellos fue el art. 907, por el cual «(...) Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima».

Finalmente, a diferencia del código velezano, el Código Civil y Comercial reconoce a los principios jurídicos como fuente autónoma de derecho, con independencia normativa; valoración que no escapa a la equidad. De modo tal que, al igual que los principios clásicos, la equidad constituye una exigencia de justicia fundada en la garantización de

16. Llambias, Jorge J. *Tratado de derecho civil parte general Tomo I*. Nociones Fundamentales, Personas. Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1997. pp. 54.

17. Llambias, Jorge J. Op. Cit. pp. 92.

18. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1955, pp. 93.

19. Bustamante Alsina, Jorge. *Función de la equidad en la realización de la justicia*. LA LEY, 1990-E.

la justa coexistencia de los diversos principios que deben aplicarse en el caso concreto.

De este modo, no alcanza con resolver el caso bajo la única consideración de la norma, sino que resulta imprescindible que los diversos operadores jurídicos analicen las circunstancias y acontecimientos de cada caso en particular a fin de lograr una resolución equitativa que le permita a las personas involucradas obtener justicia o su derecho.

Por otro lado, a nivel constitucional, la equidad se encuentra explícitamente reconocida a través de diversos artículos, como el 14 bis; e implícitamente en el art. 75, inc. 22, con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y otros con jerarquía supralegal.

La jurisprudencia argentina

Por su parte, los magistrados han invocado en reiteradas ocasiones el parámetro axiológico de la equidad y la justicia natural para la solución de situaciones jurídicas generales, en las que la ley proporcionaba una solución injusta para los damnificados.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha manifestado que «En definitiva, de lo que vengo exponiendo se desprende que me veré forzado a recurrir a las amplias facultades que me otorga el último párrafo del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, fijando de tal modo, y a falta de mayores elementos, una indemnización de acuerdo a parámetros de equidad y razonabilidad (ver por todos Oteiza, Eduardo en la ob. col. "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado" de Arazi, Roland y otros, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 2da ed., 2012, T. I, pág. 346/347)»[20].

Luego, en el fallo Simón, la Suprema Corte de justicia declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final establecidas en su precedente, el fallo "Camps" de 1987, para que los responsables a violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar no encuentren obstáculos legales para la obtención de un juicio justo.

Este caso resulta relevante debido a que, más allá de no mencionar la equidad de un modo explícito, hace referencia a teorías iusnaturalistas para justificar la prevalencia de lo que es naturalmente justo por sobre lo que impone una ley violatoria de derechos humanos fundamentales. Y para ello, fue necesario que los jueces realicen un análisis equitativo de la situación en concreto, que permitiera alcanzar la igualdad jurídica.

A este respecto, en este mismo caso, la Corte señaló que «(...) luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y sus principios fundamentales, (...) los actos que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan (con cita de "Documentos de Vaticano II", B.A.C. Madrid. MCMLXXII, pág. 282)». [21]

20. SCBA, M., J. F. contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa, 31 de octubre de 2016.

21. CSJN. Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Ccausa N° 17.768C. 14 de junio de 2005.

La equidad en el mundo

Al igual que en Argentina, en el ámbito internacional, la equidad ha sido reconocida en las diversas fuentes del derecho. Así, el jurista belga De Page ha señalado que «La ley no es la sola fuente del derecho, una ley siempre llega tarde. Interviene cuando las circunstancias lo exigen y cuando las costumbres lo imponen. La costumbre, la jurisprudencia, la equidad son las verdaderas fuentes reales del derecho. Es necesario reconocer la importancia que la vida les da.»[22]

Por otro lado, en lo que a la legislación se refiere, países como Suiza y Alemania, han incorporado a sus códigos el reconocimiento expreso de la equidad como parámetro axiológico que los jueces deben tomar en consideración al momento de emitir una resolución sobre una cuestión determinada.

De este modo, a partir del art. 58 del Código Federal suizo de las Obligaciones del año 1881, se dispone que «si la equidad lo exige, el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que ella ha causado». Mientras que, por medio del art. 829 del Código alemán, se determina que, quien no es responsable por acción inconsciente, se encuentra obligado a reparar el daño «en los límites en que, según las circunstancias y en particular la posición del interesado, la equidad relame una indemnización.»[23]

Por su parte, el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, expresamente, se refiere a la equidad como fuente de derecho en el art. 38, segundo inciso, en el cual se faculta a los jueces a resolver ex aequo et bono cuando las partes así lo convengan[24].

En este orden de ideas, en el caso Concerning The Continental Shelf, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), la Corte Internacional dispuso que «el concepto de equidad es una directa emanación de la idea de justicia. La Corte cuyo principal objetivo es, por definición, administrar justicia, se encuentra obligada a aplicar dicho concepto», y que, «la tarea de la Corte en este caso es diferente: esta constreñida a aplicar principios de equidad como parte del derecho internacional, y balancear las distintas consideraciones que se consideran relevantes a fin de obtener un resultado equitativo. Mientras que resulta clara que ninguna regla rígida existe con el peso exacto para ser aplicada a cada elemento del caso, esto es muy diferente a ejercitar la discreción o conciliación ni de tratarse de una operación de justicia distributiva.»[25]

Todo ello indica la importancia que adquiere el valor de la equidad y junto a ello, la ley natural, para la interpretación del derecho, tanto nacional como internacional; permitiendo la resolución justa de conflictos que requieren de una evaluación axiológica expresa ante la existencia de lagunas legales o normas injustas que vulneren las garantías fundamentales de los individuos.

22. De Page, Henri. *Traite élémentaire da droit civil belga*. Tomo I. Bruselas, 1923. pp. 17.

23. Llambias, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil Parte General* Tomo II Personas Jurídicas, Bienes, Hechos y Actos Jurídicos. Decimoséptima Edición. Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 265.

24. Artículo 38, inciso 2 "*La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren*".

25. CIJ, Case Concerning The, Continental Shelf, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment Of 24 February 1982, pp. 71.

Principios de equidad como parte del derecho

Existen ciertos conceptos fundamentales que el derecho no contempla o que, simplemente, no se ha encargado de definir, puesto que le son principios heredados de otras ciencias que se relacionan intrínsecamente. Ello se denomina subalternación y la definiremos como aquella relación entre una ciencia subalternada y otra subalternante, en la cual, la primera se encuentra constituida en cuanto a su finalidad, objeto y/o principios por la segunda. Y es esta última sobre la que haremos mayor referencia.

Según Aristóteles, el proceso de la ciencia es similar al del movimiento; tiene un punto de partida en el reposo. De este modo, el conocimiento demostrativo de la ciencia comienza apoyándose en otro conocimiento que no requiere explicación alguna; puesto que, de lo contrario, nos veríamos en la obligación de demostrar el primer conocimiento y así, el infinito.

En este contexto, los principios del ser y del conocer son aprehendidos por un hábito intelectual llamado "inteligencia de los primeros principios"; los cuales pueden ser verdades cuya manifestación la comprendemos por sí mismas por su evidencia u otro hábito científico constituido por conclusiones de una ciencia superior. En el primer caso, aquellas verdades evidentes surgen de ramas fundamentales y primarias de la sabiduría humana como la metafísica y la filosofía natural. Luego, en el segundo caso, las ciencias inician su conocimiento en un principio que es a la vez demostrado por una ciencia superior, como la ciencia médica respecto de la biología, la química o la física.

Así las cosas, el saber jurídico no puede llegar a sus fundamentos últimos sin antes apelar a los principios de la ética o de otras ciencias para poder aplicarlo a las variables situaciones que se presentan y, en virtud de ello, poder llegar a diversas conclusiones y soluciones.

Es que, si la ciencia jurídica no se subalternara a otra ciencia, ello significa que debería resolverse por medio de principios evidentes por sí mismos; de modo que su objeto y sus principios demostrativos serían suficientes para autodefinirse. Pero esto no es así, dado que el ordenamiento jurídico determina lo suyo de cada uno y determina los límites del actuar según un criterio de justicia. Conforme ello, el conocimiento jurídico nos brinda el "que" es lo justo, pero para responder a su fundamento y su "porque" (demostración) deber recurrir a un principio que pertenece a la ética. Así, la definición de justicia o equidad no la hallaremos en el derecho, ya que no es propio de él definir dichos conceptos, sino que debemos recurrir a principios elementales evidentes o de otras ciencias superiores.

Lo mismo sucede en cuanto a la subalternación del derecho por el objeto y sus fines. De esta manera, en lo que a sus fines respecta, el derecho se encuentra subordinado por sus fines tanto a la ética como a la política; toda vez que, mientras que la primera persigue como bien último la felicidad del hombre, la segunda tiene por fin la realización comunitaria de las acciones que la posibiliten para la concreción del bien común. A esto se lo denomina subordinación impropia[26].

26. Mientras que el derecho establece lo que es justo en lo particular (en cada caso en concreto), la política determina lo que es justo en lo general (en la sociedad). Es por esa razón que el derecho se encuentra subordinado a la política, pues no es de extrañar que quien se encarga de coordinar la sociedad establezca principios a los que las relaciones jurídicas particulares

Luego, en cuanto a la subordinación por su objeto, las acciones humanas y su rectitud en orden al obrar justo, son materia propia de la ética; sin embargo, el derecho contrae la extensión de dicho objeto, pero no en su plenitud, ya que no toda la materia moral es jurídica y le añade su diferencia específica.

Dicha diferencia está dada por la correlación entre derecho y obligación en estricta igualdad, y por las exigencias del bien de la comunidad o bien común. En este sentido, aunque la moral y el derecho se encuentran intrínsecamente relacionados – para la perfección del acto y del agente que lo lleva a cabo –, es bien conocido que poca importancia poseen los actos virtuosos y morales dentro de las relaciones jurídicas, más allá de la concreción de igualdad (causa formal del derecho).

En virtud de ello, cuando se apela a la equidad como medio de resolución de conflictos, no se hace más que responder a la naturaleza propia de la ciencia jurídica, la cual depende de principios, objetos y fines específicos externos, que requieren más que la norma escrita para su realización.

En este orden de ideas, si se concibe el derecho como la "cosa justa", cuya esencia y finalidad inmediata es la justicia, la equidad es un factor primordial para su concreción y a los efectos de alcanzar la igualdad.

Al respecto, García Máynez ha expresado, «Decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo»[27]. Y es que, las normas jurídicas son parte de una política de estado que resultan ineludibles para la efectivización del bien común. Sin embargo, se encuentran dirigidas a una sociedad toda en especial que no condice necesariamente con las necesidades particulares de los sujetos.

A ello se refiere el Estagirita al explicar que, «cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general – rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo. Por lo cual, lo equitativo es justo – y es preferible a una cierta justicia, más no a la justicia absoluta, sino al error originado por su generalidad –. Conque ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de una ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad.»

En este contexto, la aplicación de principios como la equidad resultan sumamente relevantes para que se alcance lo justo, o como lo denominaron los romanos, el ius, que no era ni nada más ni nada menos, que el derecho.

La correlación del derecho natural y el derecho positivo

La disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo clásico, en virtud de la completa negación del primero con respecto a las conclusiones del segundo, parece haber quedado en un plano exclusivamente filosófico que dista de los lineamientos jurídicos actuales. Sin perjuicio de ello, la inclinación a cualquiera de dichas corrientes influye drástica-

deban adaptarse. El bien individual depende, en gran medida, del bien común.

27. García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Ed. Porrua, 2002, pp. 386.

mente en el modo de considerar el derecho y sus modos de ejercerlo. Es que, existe una gran disimilitud entre considerar al derecho como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y conceptuarlo como la misma cosa justa.

Tan solo con su definición, las relaciones jurídicas y su modo de llevarlas a cabo, junto con la resolución de conflictos que oportunamente puedan acaecer, se ven ampliamente modificadas y ello, los griegos lo comprendían. En efecto, muchos siglos antes del surgimiento de corrientes modernas contrarias al derecho natural, ya existían miembros de la sofistica – tan criticada por Platón – que destacaban la oposición entre physis y nomos. Luego, en respuesta al convencionalismo extremo de Protágoras, Platón reflexiona sobre el derecho natural, la justicia natural y la necesidad de la convención de leyes; en lo que es considerado una de las principales intuiciones de la teoría clásica del derecho natural.

Con el tiempo, será su discípulo quien determinará al derecho natural como un concepto distinto, pero no contrapuesto, al derecho positivo en su obra Ética a Nicómaco, cuando explica lo justo por naturaleza.

Por su parte, los romanos, juristas por antonomasia, evitaron las grandes elucubraciones y especulaciones y se mantuvieron fieles a su espíritu práctico y realista. No obstante, heredaron la idea de Derecho Natural de la cultura griega que luego adaptarían a su modo. Dicha influencia, en rigor, no es jurídica, sino filosófica; toda vez que la problemática no radicaba en el derecho a aplicar, sino en lo que ellos consideraban derecho y a cuál debía recurrirse.

Así las cosas, existen tres consideraciones típicamente romanas del derecho: derecho natural (*ius naturalis*), derecho civil (*ius civilis*) y derecho de gentes (*ius gentium*). Esta comprensión del ius se despliega a lo largo de toda la escolástica e incluso hasta la modernidad, principalmente en lo que al derecho civil se refiere; y representa una concepción del ius bastante tardía que se aborda recién en el Corpus Civile, y más específicamente, con los Digesta y las Instituciones de Justiniano[28].

Ya en las Instituciones de Gayo del siglo II d.C., figuraban dos de las consideraciones del derecho, el *Ius Civile* y el *Ius Gentium*. El primero, lo define como aquel que cada pueblo se da a sí mismo; mientras que el segundo, se lo define como aquel que la razón natural ha constituido igualmente para todos los pueblos. Más tarde, será en las Instituciones de Justiniano donde aparecerá por primera vez, el derecho natural como una tercera concepción[29].

Este último aparece como algo propio «de todos los seres animados que nacen en el cielo, en la tierra o en el mar. De aquí se deriva la unión del macho y de la hembra, que nosotros denominamos matrimonio; de aquí la procreación y crianza de los hijos; notamos, a la verdad, que los demás animales están versados también en la práctica de este derecho.»[30]

Ahora bien, dicha distinción tripartita solo puede comprenderse bajo la influencia cristiana, ya que el lugar que se da al derecho natural en la sistematización jurídica romana surge recién en la época imperial; periodo en el que el cristianismo comenzaba su influen-

28. Pacheco, Max M. *La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna*, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Nº XXVIII, Valparaíso, 2006, 269-288.

29. Pacheco, Max M. Op. cit.

30. Inst. 1, 2, 1.

cia expansiva de la mano del neoplatonismo. Por lo mismo, no debe sorprender que la concepción ulpianea del derecho natural haga alusión a todos los animales y su inmutabilidad[31]; señalando una clara distinción con el derecho de gentes que con Gayo no existía.

En este orden de ideas, y a partir del gran influjo de la cultura romana dentro de muchos de los ordenamientos jurídicos actuales, no es de extrañar que la diferenciación y, en muchas ocasiones, la contraposición entre el derecho natural y el positivo se mantenga presente. Más aún con la llegada de corrientes filosóficas modernas y postmodernistas, por medio de filósofos como Comte, Stuart Mill, Kant, Kelsen, entre otros; que han ejercido una gran influencia en la corriente positivista que predomina en la actualidad, junto con la reducción de la experiencia externa a la interna y la inclinación hacia el subjetivismo ético y gnoseológico.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, la existencia del derecho natural no presupone la refutación de un derecho positivo; sino más bien, lo complementa.

En este sentido, el Aquinate ha señalado que, «Según se ha dicho (a.1), el derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. En un segundo sentido, algo es adecuado o de igual medida a otro por convención o común acuerdo, es decir, cuando uno se considera contento si recibe tanto. Esto, ciertamente, puede hacerse de dos maneras: una primera, por cierto convenio privado, como el que se establece por un acto entre personas privadas; y la segunda, por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente que algo se tenga como adecuado y ajustado a otro, o cuando esto lo ordena el gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa su persona. Y a esto se llama derecho positivo.»[32]

De este modo, existe en el derecho una ley natural, como expresión de la ley eterna en el hombre, que es común a todos los hombres y que representa lo que es justo por naturaleza a través de principios evidentes; y, de igual modo, existe una ley positiva que puede ser producto de la convención entre particulares (un contrato es como la ley para las partes), o de la convención pública que interviene en el pueblo de modo general (como las normas de tránsito). Así, es naturalmente justa la contraprestación del agente luego de haber adquirido cierta obligación, no solo como manifestación de lo que es justo por naturaleza (justo natural), sino porque jurídicamente es lo que establece la norma.

Es que, hay en el derecho positivo, a su vez, una expresión del derecho natural. Por lo tanto, es naturalmente justa la protección a la vida, pero la escala penal que determina la norma penal ante la comisión del delito de homicidio representa aquella interpretación de la ley positiva sobre la natural. En otras ocasiones, la norma positiva es simplemente creada por convención social y poco se relaciona con la primera.

Lo antedicho se relaciona íntimamente con la equidad, ya que, en muchas ocasiones, las normas positivas posiblemente no se adapten a lo justo y, por ende, al derecho. Por lo mismo, la utilización de conceptos naturales fundamentales provenientes del derecho natural, resultan esenciales a la hora de interpretar el derecho.

La causa formal del derecho es la igualdad antecedida por el débito. La causa formal

31. Pacheco, Max M. Op. cit.

32. Suma teológica - Parte II-IIae - Cuestión 57.

de todas las cosas representa su esencia y actualiza su materia; de modo que se puede decir que la esencia del derecho es la igualdad. En este contexto, la *aequitas* posee un rol primordial para responder a la naturaleza esencial del ius, ya que no se trata simplemente de aplicar las normas positivas a las diversas situaciones jurídicas, sino de un estudio prudencial de soluciones posibles en ocasión al caso particular.

Por consiguiente, la aequitas puede ser vinculada como otra de las virtudes romanas elementales del sistema jurídico romano, pero a su vez, se debe tener presente que se trata de un complemento del derecho que comunica al ius naturale con el caso concreto y colabora en el alcance de lo justo. La aequitas no debe quedar tan solo en el hábito del sujeto como una virtud interna, sino que debe exteriorizarse en la búsqueda y concreción de la igualdad por medio de los operadores del derecho que, de más está decir, no es una máquina expendedora de justicia.

Pecunia non olet! E a tributação dos atos ilícitos

Hugo de Brito Machado Segundo[1]

1. Mestre e Doutor em Direito. Advogado em Fortaleza. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários e do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor do Centro Universitário Christus (Graduação e Mestrado). Visiting Research Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria (2012/2013 – 2015/2016).

Introdução

Conquanto provavelmente tão antigas quanto a própria tributação, as relações entre o tributo e a ilicitude suscitam questionamentos de grande relevo, os quais estão ainda a merecer aprofundamento por parte da literatura especializada.

Neste artigo, examinar-se-á o chamado princípio do non olet, assim entendido aquele segundo o qual a obrigação tributária não seria contaminada pela ilicitude eventualmente presente em seu fato gerador, e o seu impacto na chamada dimensão da riqueza projetada da ilicitude, ou seja, os rendimentos e o patrimônio decorrentes do exercício de uma atividade ilícita. Dada a relevância, para a adequada compreensão do assunto, de alguns conceitos, o trabalho começará delimitando-os, para em seguida tratar do conteúdo, do sentido e do alcance do princípio do non olet e, como conclusão das premissas traçadas, de seus reflexos sobre a riqueza projetada a partir da ilicitude.

A importância dos conceitos

Quando se examinam temas jurídicos, é da maior importância esclarecer o sentido em que se utilizam as palavras. Com efeito, embora a precisão na linguagem seja necessária em qualquer contexto, no caso do Direito, composto por realidades institucionais, o uso das palavras adequadas assume relevância incomparavelmente maior.

Sabe-se que a realidade se compõe de fatos brutos, mas também de fatos institucionais. Os primeiros são aqueles que existem independentemente de um sujeito que os observe (são ontologicamente objetivos), como é o caso das estrelas, das nuvens, e de leões perseguindo uma zebra na savana africana. Já os segundos existem apenas porque sujeitos racionais – capazes de atribuir intencionalidade uns aos outros - pactuam sua existência (são, portanto, ontologicamente subjetivos), à luz de regras constitutivas por eles convencionadas[2]. São exemplos de fatos institucionais as regras de um jogo, o dinheiro, e o ordenamento jurídico.

Veja-se que os fatos institucionais são ontologicamente subjetivos, porque só existem diante de sujeitos que os reconheçam, à luz das regras constitutivas pactuadas, expressa ou tacitamente; mas isso não os torna epistemicamente subjetivos, pois é possível fazer a respeito deles afirmações que independem das preferências pessoais de quem as enuncia. O futebol fornece exemplo eloquente disso: um gol, ou um pênalti, são realidades institucionais. Assim como as competições, campeonatos e divisões nestes estabelecidas. São fatos ontologicamente subjetivos, pois só existem porque seres humanos convencionaram sua existência. Mas, por maior que seja a vontade dos torcedores de um time no sentido de que ele não seja rebaixado para a série "b" do campeonato brasileiro, v.g., se a quantidade necessária de pontos não for obtida, o rebaixamento acontecerá.

A distinção é relevante porque, embora a vaguidade seja inerente a qualquer realidade[3]

2. SEARLE, John R. **The construction of social reality**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1995, p. 46.

3. SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 37; SHAPIRO, Stewart. **Vagueness in context**. Oxford: Claredon Press, 2006, p. 196 e ss.

(com exceção, talvez, apenas de algumas entidades ideais[4]), refletindo-se, desse modo, nas palavras usadas para designá-la, no caso de realidades institucionais a busca por uma maior precisão é ainda mais relevante porque o uso da palavra errada pode indevidamente interferir no próprio objeto de que se está a tratar. Um golfinho continuará dando crias que se alimentam nas glândulas mamárias de sua genitora, mesmo se for equivocadamente chamado de "peixe" por alguém menos preocupado com a precisão biológica dos conceitos utilizados. Mas se passarem a designar indiscriminadamente o que deveria ser um pênalti pela expressão "tiro de meta", serão essas próprias realidades institucionais designadas que correrão o risco de ser baralhadas.

Daí por que, antes de se examinar o alcance do princípio do non olet sobre a dimensão da riqueza decorrente do ilícito, é relevante deixar claro o significado de alguns conceitos pertinentes ao enfrentamento de tais questões. Mesmo sabendo que a vaguidade, como já afirmado, é insuprimível, deve-se buscar a precisão possível, na medida do que for efetivamente necessário[5] ao afastamento de equívocos.

Hipótese de incidência, fato gerador e ilicitude

Fundamental para compreender as relações entre a tributação e a ilicitude é a distinção entre hipótese de incidência e fato gerador, expressões muitas vezes usadas como equivalentes, mas que podem ser empregadas, de maneira mais precisa, para distinguir duas realidades bastante próximas, mas, ainda assim, diversas.

Hipótese de incidência é a descrição, contida na norma jurídica, da situação de fato que, se e quando ocorrer, estando a norma vigente, provoca a sua incidência, desencadeando a produção dos efeitos previstos no consequente normativo.

- Se "F", então "P".

Já por "fato gerador" se pode mais precisamente designar a ocorrência, no mundo fenomênico, dos acontecimentos que realizam a sobredita hipótese, por ostentarem (dentre inúmeras outras) as características descritas em "F".

Hugo de Brito Machado, a esse respeito, mostra que mesmo autores que repelem o uso da expressão "fato gerador" – como Alfredo Augusto Becker – por considerarem mais adequado o emprego de "hipótese de incidência" (como se fossem expressões excludentes), eventualmente se veem forçados a criar fórmulas para aludir separadamente a uma e a outra dessas realidades, com o uso de expressões como "hipótese de incidência" e "hipótese de incidência concretizada". Diante disso, observa:

Não pretendemos defender o uso da expressão fato gerador. O que afirmamos é a necessidade de distinguir as duas realidades: uma a descrição legal, outra a ocorrência,

4. Com exceção, talvez, das realidades *ideais*, como as formas geométricas e os números. Veja-se, a propósito: DEEMTER, Kees Van. **Not exactly**. In Praise of vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9 e 117.

5. A vaguidade está presente na própria realidade e, por isso, é insuprimível na linguagem que a designa. Assim, a mente humana somente se deve utilizar – e é isso o que usualmente ocorre – da precisão *necessária* aos fins buscados quando do uso da linguagem. Se alguém deseja saber a distância dentre duas cidades, centímetros ou mesmo metros poderão ser desprezados, os quais serão fundamentais na discussão a respeito da área de um quarto ou do tamanho de um sapato. Cf. DEEMTER, Kees Van. **Not exactly**. In Praise of vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 81.

no mundo fático, do que está contido naquela descrição. Sustentamos a necessidade de distinguir a simples descrição, contida na norma geral, denominando-a hipótese de incidência, do acontecimento daquilo que está contido na descrição, denominando-o fato gerador, ou fato imponível, como prefere Ataliba, ou suporte fático. O essencial é compreendermos que há uma inescusável diferença entre uma descrição, contida na norma, e o acontecimento do que está descrito. (...)

(...)Estabelecida a distinção entre hipótese de incidência e fato gerador do tributo, é fácil entender que a cobrança do imposto sobre rendimentos auferidos em atividades ilícitas, prevista em nossa legislação, não significa a existência, no Direito brasileiro, de tributo sobre atividade ilícita. Não contraria a definição legal de tributo. É que a hipótese de incidência do imposto, no caso, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. A ilicitude não é elemento integrante dessa hipótese de incidência, embora eventualmente possa estar presente, como elemento acidental do fato gerador.[6]

Nessa ordem de ideias, torna-se clara a percepção de que, ao conceituar tributo como prestação pecuniária que não constitua sanção de ato ilícito, o art. 3.º do Código Tributário Nacional está a proibir que a norma criadora do tributo tenha como hipótese de incidência a prática de um ilícito. E a razão é muito simples: as prestações pecuniárias que têm o ilícito na hipótese de incidência das normas que as instituem são as multas, sendo esse o elemento central da distinção entre o tributo e a penalidade. Se a ilicitude for elemento exigido pela hipótese de incidência normativa para que a prestação seja devida, não haverá incidência se não houver ilicitude, que será o elemento central motivador da exação. Uma penalidade pecuniária, portanto, e não um tributo[7].

Daí a afirmação comum no âmbito da literatura especializada, no sentido de que a ilicitude, se eventualmente presente no fato gerador da obrigação, é irrelevante, sendo essencial apenas que não conste da hipótese de incidência normativa. Trata-se, aliás, de consequência óbvia de uma noção de Teoria do Direito: para que a incidência ocorra, basta que o fato, havido no mundo fenomênico, se subsuma à hipótese normativamente prevista. A hipótese consubstancia-se na descrição de certas características do fato (nunca de todas, o que seria impossível), sendo suficiente que essas características estejam presentes, com a

6. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.1, pp. 70-71.

7. Por esse fundamento, o STF considerou inválidas as leis municipais que instituíam "adicionais" do IPTU devidos apenas por proprietários de imóveis com construções irregulares. Entendeu-se, corretamente, que tais "adicionais" são verdadeiras penalidades, e não tributos: "O artigo 3o do CTN não admite que se tenha como tributo prestação pecuniária que constitua sanção de ato ilícito. O que implica dizer que não é permitido, em nosso sistema tributário, que se utilize de um tributo com a finalidade extrafiscal de penalizar a ilicitude. Se o Município quer agravar a punição de quem constrói irregularmente, cometendo ilícito administrativo, que crie ou agrave multas com essa finalidade. O que não pode – por ser contrário ao artigo 3o do CTN, e, consequentemente, por não se incluir no poder de tributar que a Constituição Federal lhe confere – é criar adicional de tributo para fazer as vezes de sanção de ato ilícito" STF, Pleno, RE 94.001/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/3/1982, *DJ* de 11/6/1982, p. 5680, *RTJ* 104-03/1129. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e a permissão de se instituir um IPTU com alíquotas progressivas para imóveis que descumpram sua função social (art. 182, § 4.º, II, da CF/88), essa distinção foi tornada menos nítida, podendo-se dizer que, por expressa autorização constitucional, que excepciona o art. 3.º do CTN nesse caso, tem-se um "ornitorrinco" com características de tributo e de penalidade, a exemplificar a já aludida ausência de contornos nítidos e absolutos a distinguir as parcelas nas quais a realidade se divide.

irrelevância de outras, adicionais, salvo se essas notas adicionais fizerem o fato encartar-se na hipótese de norma mais específica, que prescreva consequência diversa.

Exemplos podem esclarecer tais ideias. Imagine-se que uma norma tributária tenha como hipótese de incidência "importar mercadorias do exterior". A norma não especifica a qualidade ou a espécie de mercadorias. Assim, incidirá sobre toda importação de mercadorias do exterior, pouco importando se são roupas, vinhos, relógios, chicletes ou telefones móveis. Em tese, são irrelevantes quaisquer características ou detalhes não previstos na hipótese normativa, como saber se, em se tratando de vinho, a uva é Malbec ou Pinotage, ou, no caso de chicletes, o sabor é de menta ou canela. Igualmente desimportante será o nome do chiclete, ou se estava chovendo ou fazendo sol no dia em que o navio chegou ao porto, ou se o sujeito que realizou a importação usa óculos ou se tem medo de besouros. Tudo o que não estiver previsto na hipótese normativa, desde que o fato ocorrido a realize naquilo nela exigido, será irrelevante. Salvo, como explicado, se o elemento adicional fizer com que incida outra norma, mais específica, o que é outra questão. Voltando ao exemplo da importação, se o produto tiver sido importado por uma entidade imune, como uma igreja, ou se for um livro, incidirá norma imunizante e não a norma tributária imaginada.

É nesse contexto que deve ser entendida a presença eventual do ilícito em uma situação de fato que, nas suas demais características, subsume-se à hipótese de incidência da norma de tributação. Assim como saber se estava chovendo ou fazendo sol no local da incidência será irrelevante (desde que a norma nada disponha em sentido contrário), também não terá relevo a presença de circunstância adicional a tornar ilícita (por força de outra norma, a qual não exclui a incidência da norma tributária) a atividade respectiva.

Irrelevância do ilícito e non olet

A antiguidade do tema reflete-se no nome dado ao princípio subjacente à ideia de que o resultado dos atos ilícitos pode ser normalmente tributado: pecunia non olet! A frase, atribuída a Vespasiano, teria sido usada por este em réplica ao seu filho que censurava o fato de estar sendo tributado o uso de banheiros públicos[8]. Ao responder-lhe que o dinheiro "não tem cheiro", implicava que o odor do que era feito nos banheiros não se transmitia ao tributo pago por esse uso. Daí designar-se por "princípio do non olet" a ideia de que o resultado das atividades ilícitas pode ser tributado, não se contaminando por essa ilicitude.

O fato é que o tema, embora muito antigo, só no Século XX parece ter começado a receber tratamento mais adequado, a partir do desenvolvimento das noções de Teoria Geral do Direito explicadas no item anterior deste trabalho[9]. Com efeito, tais noções

8. BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. com notas de atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 715.

9. No Brasil, especialmente em virtude da contribuição de Amílcar de Araújo Falcão (FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002), sendo a primeira edição do "fato gerador da obrigação tributária", em que assunto é tratado, de 1964. Trata-se de obra que inclusive guiou o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no HC 77.530/RS, adiante referido.

fornecem uma justificativa técnica para a possibilidade de se tributarem resultados de atividades ilícitas, superando a discussão que, até não muito tempo, desenvolvia-se com base em argumentos meramente morais, tanto de um lado como de outro. Em oposição aos que, de um lado, defendiam a necessidade de se tributarem as atividades ilícitas sob pena de se lhes conceder um "incentivo fiscal", de outro se dizia que assim o Estado estaria se associando ao crime, por participar de parte de seu resultado. Tais argumentos morais, porém, não têm pertinência, sendo relevante saber, tão somente, que qualquer circunstância adicional à descrição hipotética, eventualmente presente no fato gerador da obrigação (que será, sempre, como qualquer fato, infinitamente mais rico do que a descrição hipotética de algumas de suas características) será irrelevante tanto para provocar como para evitar a incidência tributária.

Suponha-se, ilustrativamente, que alguém presta serviços médicos, mas o faz sem ter concluído o curso de Medicina nem se habilitado junto ao Conselho de Medicina. Prestar serviços médicos é algo, em tese, lícito, descrito na hipótese de incidência da norma tributária relativa ao imposto sobre serviços (ISS) como algo necessário e suficiente à sua incidência, e ao consequente nascimento da obrigação de recolher o ISS. Mas, no caso, o fato deu-se envolvido em circunstâncias, adicionais àquelas descritas na hipótese, que o tornam ilícito, a saber, a ausência de formação em medicina e de registro no Conselho de fiscalização respectivo. Tais circunstâncias adicionais, que contaminam a licitude do fato, serão irrelevantes para fins tributários (a teor, inclusive, do art. 118, I, do CTN), e o imposto será devido.

O tema já foi, inclusive, objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Apreciando o HC 77.530/RS, a Corte considerou válida a exigência de tributos sobre os rendimentos obtidos com o tráfico de drogas. O caso era o de um sujeito que comercializava determinadas substâncias, que considerava lícitas, argumento que utilizou em sua defesa na ação penal em que se discutia o cometimento do crime de tráfico de drogas. Perdedor nessa ação e condenado pelo tráfico, por terem sido as substâncias por ele comercializadas consideradas como incluídas na lista daquelas proibidas e, assim, consideradas "drogas", o sujeito foi então processado por supressão ou redução de tributos, por ter feito uso de fraude para assim deixar de pagar os tributos incidentes sobre sua atividade. Sua defesa, nessa segunda ação, foi a de que, como havia sido condenado pelo tráfico na ação penal anterior, sua atividade seria ilícita, não podendo, assim, ser objeto de tributação, a teor do art. 3.º do CTN. O STF, porém, entendeu que a ilicitude da atividade não contamina a obrigação de recolher o imposto de renda sobre o acréscimo patrimonial dela decorrente[10].

Na mesma ordem de ideias, o Superior Tribunal de Justiça considerou que uma empresa que presta serviços de terraplanagem é obrigada ao pagamento do imposto sobre serviços (ISS), ainda que não seja qualificada tecnicamente para o desempenho dessa atividade e, nessa condição, a esteja exercitando de maneira irregular[11].

10. STF, 1a T., HC 77.530/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 25/8/1998, v. u., DJ de 18/9/1998, p. 7.

11. STJ, 2a T., REsp 73.692/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 9/12/1997, p. 64.657, *RDDT* 30/220.

Riqueza projetada do ilícito e non olet

Em suma, a norma tributária não pode agasalhar, em sua hipótese de incidência, a descrição de fatos ilícitos, pois do contrário ter-se-ia uma penalidade, mas pode alcançar fatos que, embora em tese lícitos, ocorram em circunstâncias que os tornam ilícitos. Alcança-se, com isso, a riqueza projetada a partir de atividades ilícitas.

Imagine-se, por exemplo, uma clínica de abortos, na qual se realiza uma atividade ilícita. O tipo de "procedimento" médico realizado na clínica torna ilícito um serviço que, em princípio, seria lícito, que é o serviço médico. A ilicitude, assim, não afasta a incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS. Igualmente devido será o imposto sobre a renda auferida pela clínica, ou pelos profissionais que a integram, assim como os impostos patrimoniais (IPTU e IPVA) sobre bens que venham a ser por estes adquiridos com a mencionada riqueza.

O art. 118 do CTN deixa claro que o tributo é devido independentemente da validade jurídica dos atos ou negócios que lhe servem de fato gerador, em sintonia com a definição constante do art. 3.º do mesmo Código. A propósito, note-se que não há, como parece a Paulo de Barros Carvalho[12], contradição entre essa disposição e a constante do art. 116 do mesmo Código, segundo a qual o fato gerador está consumado quando reúne condições para produzir os efeitos que lhe são próprios, ou quando estiver definitivamente constituído nos termos do direito aplicável. Como explica Hugo de Brito Machado, com amparo na distinção de Pontes de Miranda entre os três planos em que se divide o mundo jurídico (existência, validade e eficácia), o art. 116 do CTN está a se referir aos fatos no plano da existência. Para que sejam geradores da obrigação tributária, basta que existam, factualmente como realidades brutas (inciso I), ou enquanto realidades institucionais, nos termos do direito aplicável (inciso II). Têm de existir, mas não é necessário que sejam válidos, ou eficazes. Em suas palavras,

um ato ou negócio jurídico anulável, enquanto não for anulado, produzirá efeitos. E pode ser nulo, o que quer dizer que no plano da abstração jurídica, desde logo, em regra, não produz efeitos. Mas o ato ou negócio jurídico, mesmo nulo e portanto incapaz de produzir efeitos no plano da abstração jurídica, pode produzir plenamente os seus efeitos no plano da concreção jurídica. Uma compra e venda de imóvel, mesmo nula de pleno Direito, pode ser respeitada pelas partes com a entrega do imóvel ao comprador e o recebimento do preço pelo vendedor, que aceitam o negócio e lhe emprestam as consequências materiais ou factuais próprias de um ato válido. Em sendo assim, esse ato será considerado para fins tributários[13].

O importante, assim, é que os fatos, ou os atos, tenham sido efetivamente praticados, de modo a revelar capacidade contributiva nos termos previstos na norma tributária, pouco importando se foram praticados com algum vício que os faz ilícitos, ou não. Mas, por dever de coerência, se os fatos, em razão de sua ilicitude, são desfeitos, tais efeitos tributários devem cessar. Não por conta da ilicitude, mas pela sua desconstituição, como será explicado a seguir.

12. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 275 e ss.

13. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 390.

Eventual desfazimento da riqueza decorrente da atividade ilícita e repercussões tributárias

Sacha Calmon Navarro Coelho14 e Misabel Abreu Machado Derzi15 defendem que o princípio do non olet teria limites jurídicos mais restritos, não sendo de aplicação ampla como sugerido nos itens anteriores deste texto. Para eles, a tributação dos produtos de atividades ilícitas seria incompatível com a ordem jurídica, porquanto esta determinaria destino diverso para o patrimônio e a renda oriundos de atividade ilícita, a saber, o perdimento (v.g., art. 91, II, "b", do Código Penal).

Em suma, se a ordem jurídica impõe o perdimento de bens e rendas decorrentes de atividades criminosas, não seria possível ao Estado tributar esses mesmos bens e rendas. Seu dever seria determinar o perdimento, como consequência do exercício do poder de punir, o que não seria compatível com a tributação correspondente. Os argumentos são consistentes, e ganharam a adesão de Renato Lopes Becho[16] e Luis Eduardo Schoueri[17]. Parece-nos, contudo, que é importante fazer algumas distinções.

Imagine-se, primeiro, a situação de alguém que foi apanhado, processado e punido pela prática de determinada atividade ilícita, e como consequência disso perdeu todo o produto com ela obtido. Um traficante, por exemplo, que teve todo o seu patrimônio confiscado, por ser ele comprovadamente decorrente da exploração de atividade criminosa. Nesse caso, naturalmente, não mais será possível, depois do confisco, exigir do indigitado criminoso o IPVA sobre os veículos que até então utilizava, ou o IPTU sobre os imóveis que ocupava. Afinal, não terá mais ele, nem mesmo do ponto de vista meramente econômico, o poder de explorar tais bens. Nesse caso, faz sentido a advertência de Misabel Derzi, acolhida pelos autores antes referidos.

Mas suponha-se, ao contrário, que o sujeito, conquanto punido pelo tráfico, não vem a perder todos os seus bens. Nesse caso, não poderá usar como argumento de defesa, para livrar-se do IPVA e do IPTU incidentes sobre seus imóveis e seus veículos, a circunstância de terem sido eles adquiridos com recursos advindos do crime. Além de estar, com isso, buscando locupletar-se da própria torpeza, ter-se-á situação na qual tais bens continuam a ser explorados e utilizados pelo contribuinte, que, embora de forma inválida, segue agindo como se deles fosse o dono, o que não afasta a incidência da norma tributária, nos termos do já explorado art. 118 do CTN[18]. O mesmo ocorrerá, ainda que haja a perda dos bens, no

14. COELHO, Sacha Calmon Navarro. A tributação do ilícito e os limites à aplicação do princípio do *non olet*. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT** ano 16, n. 92, p. 9-44, mar/abr. 2018, p. 42.

15. DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 715-716.

16. BECHO, Renato Lopes. A discussão sobre a tributabilidade dos atos ilícitos. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 172, jan. 2010, p. 86.

17. SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

18. O fato de não se assistirem a autuações contra o PCC exigindo imposto de renda ou ICMS sobre a cocaína vendida por traficantes não altera essa conclusão, nem é "prova" de que não se podem tributar tais atividades ilícitas (ou o seu produto), como pareceu a Renato Becho (BECHO, Renato Lopes. A discussão sobre a tributabilidade dos atos ilícitos. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 172, jan. 2010, p. 86). A questão é que o Estado não tem controle algum sobre tais atividades, não conseguindo sequer aplicar as normas penais incidentes destinadas à sua total supressão. Há mesmo áreas do território

que tange ao período anterior a esse confisco, em relação ao qual os tributos serão devidos pelo criminoso que até então os detinha e explorava como se seu dono fosse.

De fato, uma coisa é o confisco ou o perdimento de bens, por serem estes fruto de atividade ilícita. Depois do confisco, os bens passam a pertencer ao poder público, não sendo mais o caso, naturalmente, de se cobrarem tributos. Mas, no que tange a fatos geradores que tenham ocorrido antes desse perdimento, nada impede que os tributos sejam cobrados.

Imagine-se, por hipótese, que um sujeito adquire um carro sabidamente roubado, forjando documentos falsos e passando a utilizá-lo, como se seu proprietário fosse, por três anos. Ao cabo desse período, é apanhado pela polícia, vindo mesmo a ser condenado pelos crimes cometidos (v.g., receptação, uso de documento falso etc.) e perdendo o veículo correspondente, que é restituído ao seu verdadeiro proprietário. Nesse caso, o IPVA referente aos três anos em que o veículo permaneceu como se propriedade fosse do receptador poderá ser dele exigido. No que tange aos fatos ocorridos partir de quando o receptador é punido e o bem é restituído ao proprietário, o IPVA passa a ser devido por este último, pela simples razão de que o veículo voltou à esfera de disponibilidade deste. Não se trata de relativização da ideia de non olet, mas de respeito ao disposto nos artigos 3.º e 118 do CTN, segundo os quais os fatos tributáveis devem ser considerados independentemente de sua validade jurídica.

O mesmo pode ser dito do rendimento auferido de maneira ilícita, fruto, v.g., de práticas de corrupção. Tendo havido a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43 do CTN, o imposto é devido, ainda que sua origem seja uma atividade ou ação ilícita. Se o Poder Público, ao descobrir e punir a ilicitude, confiscar os valores correspondentes, haverá uma diminuição patrimonial por parte do contribuinte infrator, sendo mesmo possível dizer que não chegou a consumar-se o fato gerador, pois o dinheiro, que não era verdadeiramente seu, veio a ser devolvido. O imposto de renda não será devido e não poderá ser cobrado, e, se já tiver sido cobrado e pago, deverá ser restituído, à míngua de fato gerador e, também, para que não haja comportamento contraditório por parte do Poder Público, que ora considera serem os bens do contribuinte, ora não, para beneficiar-se nos dois casos. Entretanto, se o perdimento dos bens não se consuma, a mera possibilidade de ele ocorrer, em tese, não pode ser utilizada como justificativa para afastar a exigência de tributos, à luz do disposto no art. 118 do CTN.

Em outras palavras, por uma questão de coerência, se o determinante, para o tributo fazer-se devido, é a ocorrência do fato, pouco importando sua validade, no caso de desfazimento do fato, o tributo não será devido, não porque o fato seria lícito ou seria ilícito, mas porque não se consumou, ou foi desfeito. Hugo de Brito Machado, a respeito, registra:

Se o ato ou negócio jurídico – compra e venda de imóvel, por exemplo – vem a ser declarado nulo, ou sua nulidade vem a ser decretada porque era anulável, desde que no mundo dos fatos se tenha como inequívoco o desfazimento do ato ou do negócio, seus efeitos tributários não subsistem. É cabível, assim, a restituição do tributo que tenha

nacional, em "comunidades" dominadas pelo crime, em que vigora uma ordem jurídica paralela, e na qual os próprios traficantes são os cobradores de tributos (por eles próprios arbitrariamente instituídos, arrecadados e posteriormente gastos). Nesse contexto, se o Poder Público não consegue fazer valer minimamente a ordem estatal, com mais razão ainda a norma tributária restará também totalmente ineficaz, o que não quer dizer que não incida.

eventualmente sido pago.

Entretanto, se mesmo nulo ou anulável, o ato ou negócio jurídico subsiste no mundo dos fatos, vale dizer, no mundo dos fatos ele produz efetivamente todos os seus efeitos, não se pode pretender que ele não produza efeitos tributários.[19]

No que tange especificamente às atividades criminosas, e ao imposto de renda incidente sobre o produto com elas auferido, o mesmo autor registra ser relevante

... saber se em virtude da ação penal pelo crime de peculato deu-se o perdimento da renda que seria produto do crime. Se tal perdimento ocorreu não nos parece razoável a tributação, pois na verdade não se deu o acréscimo patrimonial. Tal acréscimo foi, a rigor, abortado pela aplicação da sanção penal.[20]

Embora pareça subscrever a tese de Misabel Derzi, Luis Eduardo Schoueri percebe essa distinção, ao reconhecer que

se, entretanto, não ocorre o perdimento (por exemplo, em virtude de prescrição penal), então este fato (a prescrição) implicará um acréscimo no patrimônio do agente. Será hipótese, agora sim, lícita, já que conforme o ordenamento e nada impede a tributação neste segundo momento.[21]

Aspecto remanescente a ser observado, diante da concessão feita por Luis Eduardo Schoueri, é que a realidade é muito mais complexa do que aquela constante das descrições feitas em livros jurídicos. Não se tem, assim, a simples bifurcação entre duas opções: descobre-se o ilícito e (1) opera-se o perdimento de todo o seu resultado ou (2) a prescrição impede o perdimento, o resultado passa a ser "lícito" e, só por isso, o tributo faz-se devido. A realidade se processa de maneira bem mais complexa e fragmentada.

Primeiro, nem sempre a relação entre o ilícito e toda a riqueza por ele produzida é fácil de ser visualizada, o que torna difícil a aplicação de penas de perdimento e a recuperação de bens e recursos desviados por meio de corrupção em sua integralidade. Isso faz com que a prescrição não seja a única hipótese na qual a perda dos bens não ocorre, havendo uma pluralidade de outras nas quais um bem pode permanecer com o criminoso – por pura e simples ineficácia da sanção penal - sem que isso implique a sua "legalização".

Segundo, a autoridade encarregada de punir o ilícito e eventualmente determinar o perdimento dos bens é diversa daquela incumbida da tributação, o que torna ainda mais distante a ideia de que, uma vez descobertas riquezas de origem ilícita, seria sempre possível, rápida e eficaz a solução de "confiscar em vez de tributar".

Finalmente, se a autoridade fiscal, ao identificar a presença de patrimônio, renda, ou atividades tributáveis, lança o tributo sem se preocupar com a origem ilícita – por não estar ao seu alcance ou mesmo por não ser sua competência investigar e punir essa ilicitude – não poderá o contribuinte invocá-la como fundamento para eximir-se da tributação, a menos, como já explicado, que o perdimento já se tenha consumado. Além de implicar uma tentativa de beneficiar-se da própria torpeza, a emenda sairia pior que o soneto, pois a consequência seria o confisco da base inteira (o carro, o imóvel, a renda), em vez de apenas se exigir, a título de tributo, uma parte dela.

19. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p.386

20. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p. 389.

21. SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

Considerações finais

O fato de a norma jurídica que estabelece a obrigação de pagar o tributo não ter como hipótese de incidência a prática de fatos ilícitos – pois do contrário se estaria criando uma penalidade – não significa que, quando da concretização de sua hipótese de incidência, a circunstancial presença de elementos adicionais, ilícitos, obstaculize sua incidência ou impeça por qualquer meio a cobrança do tributo. Não se tem, propriamente, tributo sobre atividade ilícita, mas tributo sobre fatos em tese lícitos, mas ocorridos em circunstâncias que os fazem ilícitos, ilicitude considerada irrelevante para fins tributários.

É verdade que, à luz da ordem jurídica brasileira, o produto de atividades criminosas deve ser confiscado, sendo a perda de bens uma das sanções a ser aplicada a quem desenvolve tais práticas. Isso não quer dizer, porém, que o produto de fatos ou atos ilícitos não possa ser tributado. Se houver o efetivo perdimento ou confisco do produto do ilícito, o tributo não poderá ser exigido à míngua de fato gerador que o justifique, o qual terá sido desfeito. Mas nem sempre esse perdimento ocorre, seja por dificuldade em associar todo o patrimônio de alguém a determinada atividade criminosa, seja por uma série de outros fatores que levam à ineficácia da lei penal. Em todas as hipóteses em que o perdimento não ocorrer, e o produto da atividade ilícita permanecer com aquele que a desempenhou, a cobrança do tributo será possível, até por não caber à autoridade lançadora a investigação e a punição das sanções penais que tenham gerado a riqueza tributável.

Referências

Baleeiro, A. (1999). *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Forense.

CARVALHO, P. de B. (2000). *Curso de direito tributário*. 13ª ed. São Paulo : Saraiva.

Navarro Coelho, S. C. (2018). A tributação do ilícito e os limites à aplicação do princípio do non olet. En: *Revista fórum de direito tributário*. 16(92):9-44.

Van Deemter, K. (2010). *Not exactly : in praise of vagueness*. Oxford : Oxford University Press.

Abreu Machado Derzi, M. (1999). Notas de atualização. En: *Direito tributário brasileiro*.

Aráujo Falcão, A. de. (2002). *Fato gerador da obrigação tributária*. 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense.

Brito Machado, H. de. (2015). *Comentários ao código tributário nacional*. 3.ed. vol.1. São Paulo : Atlas.

Brito Machado, H. de. (2004). *Comentários ao código tributário nacional*. vol. 2. São Paulo : Atlas.

Schauer, F. (2015). *The force of law*. Massachusetts : Harvard University Press.

Schoueri, L. E. (2012). *Direito tributário*. 2a ed. São Paulo : Saraiva.

Searle, J. R. (1995). *The construction of social reality*. Nova Iorque : Simon & Schuster.

Shapiro, S. (2006). *Vagueness in context*. Oxford : Claredon Press.

Los aforismos latinos en los contratos administrativos

Gabriela Di Lella[1]

1. Abogada. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Abierta Interamericana. Investigadora. Autora y expositora de temas de su especialidad.

Planteo de la cuestión

En el campo del Derecho Administrativo, cuando investigamos sus fuentes u orígenes, nos remontamos a la Revolución Francesa y al concepto de Estado de Derecho y de división de poderes. Sin embargo, más allá de que estas directrices han nutrido directamente dicha rama del derecho, también encontramos estrecha relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Romano.

En este marco, si bien reconocemos origen de ciertos institutos de nuestro actual Derecho Administrativo en el campo del Derecho Romano, con más razón podemos adentrarnos a analizar los aforismos jurídicos latinos que se encuentran dentro del área.

El objeto de este trabajo busca ahondar en los aforismos presentes dentro de la teoría general de los contratos administrativos, delimitando nuestro estudio a los siguientes: *pacta sunt servanda*, *ius variandi* y *rebus sic stantibus*.

Los contratos administrativos resultan un tema central dentro del Derecho Administrativo, su celebración apunta a la satisfacción del interés público que, por excelencia, está a cargo del Estado. Los mencionados contratos se analizan y estudian bajo parámetros distintos a los contratos civiles y comerciales, toda vez que se encuentran regulados por regímenes de derecho público con clausulas exorbitantes al derecho privado.

Ciertamente, las características mencionadas exceden la igualdad y la libertad de las partes al contratar y convierten a la Administración en el órgano capaz de dirigir, modificar o extinguir unilateralmente el contrato.

En efecto, es posible establecer una clasificación con sustento en las etapas del contrato administrativo y, en ese entendimiento, podríamos hablar de la existencia de tres: procedimiento de contratación, de ejecución y de extinción del contrato.

En esta presentación me referiré a la etapa de ejecución de los contratos administrativos, y analizaré los tres aforismos mencionados Ut. Supra, los cuales tienen amplia recepción en el Derecho Administrativo. En este punto, pondremos el foco en el origen de los mismos y en su aplicación efectiva en la actualidad, con la convicción de que el contraste de los aforismos estudiados en períodos históricos distintos resulta funcional para clarificar su interpretación.

La recepción romanista en el plano jurídico contractual

El referirnos al Derecho Administrativo como una rama que comienza a gestarse a partir de la Revolución Francesa constituye una teoría muy arraigada en nuestro campo.

Si bien a partir de allí se sistematizan ciertos principios que hacen a una teoría general, podemos afirmar que su origen encuentra un vínculo estrecho con el Derecho Romano.

El Derecho Administrativo varía de acuerdo con la concepción filosófica que tengamos de Estado, sumado a la característica de resultar un derecho eminentemente local, razón por la cual resulta complejo considerar una evolución histórica del mismo. A partir de allí, el nacimiento de teorías que tratan de establecerlo como una categoría histórica en sí misma[2].

2. Cfr. CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6° Ed, 1998, p. 103-105.

Al respecto, puede afirmarse que el Derecho Romano conoció y reguló muchas de las instituciones actuales del Derecho Administrativo: el uso de suelo, la división entre bienes patrimoniales y bienes públicos, la construcción de obras públicas, entre otras.

Con respecto a los contratos dentro del Derecho Romano, estos se constituían como una fuente de las obligaciones. Sin embargo, los romanos no nos otorgaron un concepto de contrato. Si bien en la actualidad todo acuerdo de voluntades reviste naturaleza contractual «esto no ocurría en el Derecho Romano, desde que no todo acuerdo de voluntades extrañaba un contrato, sino sólo aquellos convenios a los que la ley les atribuía el efecto de hacer nacer obligaciones civilmente exigibles, es decir, protegidas por una actio.»[3]

Nos enseña Di Pietro[4] que en el antiguo *ius civile* la mera conventio o el *pactum* no engendraban obligaciones jurídicas, sino que para que tal situación ocurriera resultaba necesario que la convención sea sometida a un rito o solemnidad formal que le otorgue carácter jurídico. Con posterioridad, en el Derecho Romano imperial, se admitirá que ciertos pactos gocen de protección jurisdiccional, y en el Derecho Romano bizantino se le dará a la voluntad *(consensus)* un valor más genérico en la fuente contractual, aunque no del modo en el cual actualmente nos lo representamos.

El término "pacto" *(pactum)* en el Derecho Romano también ha tenido una evolución, en un primer momento refería a aplazar o desligarse de una obligación.

Posteriormente encontramos la figura del "*pacta adiecta*" y referirá a todo aquello que se integre e incorpore al contrato. En el caso de estos pactos en los cuales el mismo disminuyera la obligación contraída, el pretor seguirá la regla de la equidad y la regla "*pacta convata servando*".

De lo analizado, ya se asentaban las bases que darían lugar al aforismo *pacta sunt servanda*. En este sentido, destaca Rafael Bernad que los orígenes más estrictos de este aforismo o principio hunden sus raíces dentro del Derecho Romano y pueden atribuirse a un fragmento del jurista Javoleno quien, en el Digesto, señala que los contratos tienen fuerza de ley por tratarse de un acuerdo pactado. [5]

El principio pacta sunt servanda en el sentido general conocido como "los contratos han de cumplirse", ha sido confirmado a través del tiempo por la tradición jurídica admitiéndose como un verdadero principio general común a todos los contratos.

Se refiere a una acepción más amplia en comparación con la romana que solamente contemplaba un sistema de número cerrado de los contratos, es decir, constituían contratos aquellos que gozaban de la protección de una acción.

La antigua locución y principio mediante el cual los contratos deben ser cumplidos y las partes deben sujetarse a ellos como la ley misma, encuentra también aplicación dentro de los contratos administrativos. En este caso, adquieren características y delimitaciones propias en virtud de las prerrogativas estatales predominantes que los caracterizan.

El pacta sunt servanda dentro de los contratos públicos representa seguridad jurídica

3. ARGÜELLO, L.R., *Manual de Derecho Romano: Historias e instituciones*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 3° Ed 10° reimp., 2004, p. 297.

4. DI PIETRO, A. Y LAPIEZA ELLI, Á., *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, 4° Ed, 1996, p. 283.

5. cfr. BERNAD, R., COVID-19 y *Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda*, RIDROM on line, 26-2021, ISSN 1989-1970, p. 234.

para los particulares que quieran contratar con el Estado. La pervivencia de este aforismo dentro de los contratos que el Estado celebre en ejercicio de su función administrativa debe ser especialmente protegida para resultar generador de confianza legítima. En épocas de normalidad y mientras el interés público subsista, su vigencia podrá considerarse la regla.

Sin perjuicio de ello, pueden ocurrir circunstancias en las cuales la normalidad se altere, el interés público se modifique y resulte conveniente modificar la ejecución de estos contratos. Es en este punto cuando abrimos paso a otros dos aforismos que mantienen vigencia: ius variandi y rebus sic stantibus.

Cuando nos referimos al aforismo ius variandi, volvemos a remontarnos a Roma, en donde en el régimen de obligaciones, dentro de la obligación alternativa el deudor podía ejercerlo eligiendo la prestación entre dos o más objetos establecidos disyuntivamente.

El principio de mutabilidad o ius variandi aparece en el esquema de los contratos administrativos como una instrumentación para introducir los permanentes cambios durante la etapa de la ejecución de los contratos administrativos para mejor satisfacción del bien común que persigue el obrar estatal.

Se trata del poder que tiene la Administración en su carácter de comitente para modificar un contrato o ciertos elementos o aspectos de la relación contractual sin necesidad del consentimiento del particular cocontratante, es decir, se diferencia particularmente de un contrato regido por el Derecho Privado en virtud de esta exorbitancia que detentan los contratos administrativos, tal el caso del *ius variandi*.

Por su parte, el aforismo rebus sic stantibus también representa una causal que inspira y motiva modificaciones en los contratos administrativos, por lo cual entra en conflicto con el *pacta sunt servanda*.

Para hacer mención a su origen, se ha identificado dentro del Digesto un fragmento de Africano, en donde manifiesta que los estipulantes están obligados a cumplir lo prometido «solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación.»[6]

Sin perjuicio de este indicio que permite dar cuenta de que los cumplimientos debían ser siempre y cuando se mantuvieran las circunstancias originarias, en opinión general se indica que el Derecho Romano no conoció la cláusula *rebus sic stantibus* propiamente dicha, la cual se delineará con posterioridad.

Será a partir de la Edad Media, con la labor de los glosadores y los posglosadores y por la influencia canonista, que se reconozca más estrictamente el valor de la cláusula *rebus sic stantibus*, en tanto supone que las prestaciones debidas en el contrato deben mantenerse siempre y cuando las cosas se mantengan siendo lo que eran al contratar.

En materia de contratos administrativos, esta cláusula implica que cuando las circunstancias se han modificado abruptamente por causales ajenas a las partes al punto de romper el equilibrio económico financiero en comparación a las condiciones bajo las cuales se impulsó la contratación, puede el Estado proceder a su modificación, renegociación y/o extinción contractual.

Este desequilibrio económico puede acaecer con mayor frecuencia e intensidad en contextos de emergencia tales como la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del covid-19, la cual deriva en necesidades constantes de adecuaciones contractuales.

6. D. 46, 3, 38.

«Como puede apreciarse, en tiempos de COVID-19, esta figura puede mostrarnos toda su valía y convertirse, como tantas otras veces lo hizo en la historia, en una importante herramienta que se activa en momentos de crisis para permitir un soft landing y para que a través de ese aterrizaje pausado y gradual se encamine una nueva normalidad del pacta servanda sunt, oportunidad en la que el rebus sic stantibus volverá a sus cuarteles, en espera y en guardia, para servir en las próximas crisis y emergencias.»[7]

Conclusión

En materia de contratos administrativos, observamos la forma en la cual perviven los aforismos latinos, los cuales son reiterados y delimitados tanto por la jurisprudencia como por los dictámenes de los organismos consultivos y de control.

Los aforismos que hasta aquí hemos tratado entran en conflicto en nuestra órbita administrativista, mucho más aún, en contextos de emergencia: por un lado, el pacta sunt servanda y, por el otro, aquellas prerrogativas de exorbitancia con las cuales cuenta el Estado para introducir cambios contractuales ya sea porque el interés público lo exige o bien, por haberse alterado las condiciones originarias en las cuales se contrató.

Sentado ello, resulta preciso concluir que la doctrina del *ius variandi – rebus sic stantibus* constituyen una cuestión de permanente actualidad que merece ser tratada a la luz de la labor desarrollada desde tiempos remotos en orígenes romanos.

Bibliografía

Argüello, L.R. (2004). *Manual de Derecho Romano : historias e instituciones*. 3ª ed. Buenos Aires : Astrea.

Bernad, R. (2021). COVID-19 y Derecho Romano : raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda. En: *Ridrom online*. 2021(26):209-307.

Cassagne, J.C. (1998). *Derecho administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Chibán, J. G. (2020). Peste, Estado y secuelas. En: *Emergencia sanitaria global : su impacto en las instituciones jurídicas*. Buenos Aires : Rap. pp.65-83.

Di Pietro, A; Lapieza Elli, Á. (1996). *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2016). La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus : génesis y evolución de un principio jurídico. En: *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos*

7. CHIBÁN, J. G, «*Peste, Estado y secuelas*» en BARRA, R. Y PLAZA, M. (Dir), *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1a ed. Compendiada, Rap, 2020, p.73.

Humanos. (74):291-318.

Micieli, L. (2012). Derecho administrativo y Derecho Romano. En: *Revista In Iure*. 2(2):69-86.

Iustitia pro dignitate

Alfredo Gustavo Di Pietro[1]

1. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular e investigador en la Universidad Nacional de José C. Paz. Profesor Asociado en la Universidad Católica de Temuco. E-mail: adipietro@uct.cl

En un pasaje de una de las obras más célebres de Cicerón, la Retórica a Herennio, aparece una definición de la Iustitia en los siguientes términos: "Iustitia est aequitas ius, unicuique retribuens, pro dignitate cuiusque"[2], que podríamos traducir diciendo: La Iustitia es la equidad del ius, que a cada uno retribuye para su dignidad.[3]

Se trata de una definición que expresa una gran belleza, y al mismo tiempo una gran sabiduría, pues vincula el concepto de ius con el de equidad, y encuentra en la dignidad de cada uno la finalidad o teleología de todo acto de justicia. De allí podríamos afirmar que todo acto de justicia tiene por finalidad la dignidad humana.

Pero el concepto de dignitas en el lenguaje de Cicerón merece un cierto análisis que nos permita comprender qué es lo que Cicerón pretende expresar cuando utiliza ese término, y si el concepto de dignidad se corresponde con la acepción moderna de la palabra.

El contexto de la cita

Cicerón redacta esta definición en un contexto en el que pretende explicar el ars rethorica, y es en ese contexto que alude al concepto de dignidad, y nos señala que la dignidad puede dividirse en lo que es justo y lo que es loable. Justo es aquello que se realiza según la virtud y el deber y se expresa a través de la sabiduría, la justicia, el valor y la moderación.

El propio Cicerón aclara que, con un sentido retórico, debemos utilizar la sabiduría en el discurso para comparar las ventajas con los inconvenientes, procurando seguir las primeras y evitar las adversidades. Del mismo modo debemos recurrir a la justicia si pretendemos compadecernos de los inocentes y los que reclaman, siendo agradecidos con los que lo merecen, y con un sentido más político, debemos evidenciar en las asambleas y en los consejos que aquello que proponemos es justo, o con razonamientos contrarios que es injusto. Así, utilizando los recursos del ars rethorica, nos podremos preparar para convencer o disuadir. Del mismo modo, si invocamos la conveniencia de una acción virtuosa y de fines nobles, de igual manera debemos despreciar las acciones bajas e indignas y considerarlas impropias de nuestra dignidad.

No caben dudas que Cicerón expresaba el ars rethorica, con especial atención en el *ars litigandi*, entendiendo por *ars* una "*rei cuiusque scientia usu vel traditione percepta tendens ad usum aliquem vitae necessarium*". En este sentido cabe señalar que, si bien es aceptado que el vocablo ars puede ser traducido como "τέχνη", a los efectos de comprender cabalmente el *ars litigandi*, resulta más conveniente traducir el vocablo por arte.

Por otra parte, si bien Cicerón no puede ser definido todavía como un Iurisprudens, ya encontramos en sus obras una tendencia a presentar el método jurídico, como pretendiera hacerlo en la perdida obra De *iure civile in artem redigendo*, de la cual tenemos pocas referencias. Sobre la base de la filosofía griega, en particular de los textos de Platón y Aristóteles, va a promover la idea de distinguir géneros y especies mediante la dialéctica, para lograr un "*ars iuris civilis perfecta*". Por ello, el propio Fritz Schulz

2. CICERO, Rhetorica ad Herennium, 3,2,3. Ed. Gredos, Madrid, 2001.

3. ERNOUT y MEILLET, en su Dictionnaire Etymologhique de la Langue Latine, señalan que al vocablo pro se lo vincula con la idea de defensa, de protección, como ocurrirá en las lenguas derivadas del latín como en el francés pour.

va a presentar a Cicerón como "El nuevo Prometeo, el portador de la luz celesta de la dialéctica en el oscuro mundo del derecho", recordando el Diálogo en el que Platón pone en boca de Sócrates: "Es de los dioses que ha venido a los hombres este presente, y al menos como lo veo, fue lanzado de lo alto de las regiones divinas por algún Prometeo, al mismo tiempo que el fuego más esclarecedor".

Probablemente su gran sueño era el de idear un sistema. Un sistema de jurisprudencia flexible, basado en la utilización de reglas lógicas, y para ello, pretendió establecer correspondencias entre la retórica y la jurisprudencia. Como dijimos, el método ciceroniano se va a basar en las distinciones en géneros y especies. Así, va a decir en el Orator: "*Res involutas definiendo explicavimus, ius civile laudavimus, verba ambigua, distinximus*". Pero ocurre que, si bien la jurisprudencia y la oratoria pueden coincidir en el campo del proceso, el arte de la oratoria persigue una finalidad puramente externa, mientras que la Iurisprudentia, se apoya en una ética superior, tal como señala el célebre jurista alemán Max Kaser.

La idea Ciceroniana según la cual la sistematización lograda por lo que denomina el método dialéctico nos permitiría arribar a una teoría completa del *ius civile*, no lograría convencer a los juristas clásicos. No puede negarse que los antiguos elaboraron un sinnúmero de clasificaciones por genera y species. No obstante, de las modestas clasificaciones que han llegado a nuestro conocimiento, no es posible deducir una "trama sistemática para organizar el conjunto de la materia tratada". Ni una sola vez nos encontramos con alguna clasificación que se sitúe en el vértice superior del *ius* y desde ahí descienda y se ramifique con la intención de abarcarlo completamente. Lo único que hay, como ya hiciera notar Kaser, son pequeñas islas de sistemática en el caótico mar de las instituciones.

Dignitas y aequalitas

En este contexto, no podemos soslayar que los vocablos *aequitas* y *aequalitas* tienen una misma raíz que los vincula, tanto en un sentido etimológico como en su significado. ¿Es que acaso la dignidad tiene fundamento en la igualdad?

El Jurista Venuleyo Saturnino, en D. 48. 2. 12. 4, trata la cuestión de los juicios públicos, y afirma que aún los esclavos pueden ser acusados por cualquier ley, con algunas excepciones: la lex lulia de vi privata y cualquier otra que imponga penas pecuniarias, pues a los esclavos no se les podían imponer tales penas por carecer de patrimonio. Tampoco se les puede acusar a los esclavos por la lex pompeia paricidii, cuyo primer capítulo se refería a quienes mataren a sus ascendientes, cognados o patronos, porque de acuerdo con las palabras de la ley[4], a los esclavos no les afectaba, pues los esclavos no podían tener agnados ni cognados, ni en consecuencia cometer crimen.

El texto completo dice:

"*Omnibus autem legibus servi rei fiunt, excepta lege Julia de vi privata, Quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non cadit. Idemque dicendum est in ceteris legibus, quibu. pecuniaria poena irrogatur, vel etiam*

4. La expresión utilizada es *"quantum ad verba pertinet"*.

capitis, quaa servorum poenis non convenit, sicuti relegatio. Item nec lex Pompeia parricidii, quoniam caput primum eos apprehendit, qui parentel cognatosve, aut patronos occiderint, quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt; sed quum natura est communis similiter et in eos animadvertetur. Item Cornelia iniuriarum servum non debere recipireum, Cornelius Sulla auctor fuit, sed durior ei poena extra ordinem imminebit".

Adviértase el uso de la expresión "*sed quum natura est communis similiter"*, expresa que la naturaleza de los hombres es común de igual manera, aproximando la idea de lo igual a lo común, y por ello, en virtud de esa *similitudo*, los esclavos son susceptibles de la aplicación de las leyes como si hubiesen sido libres, pues desde el punto de vista de su naturaleza, forman parte de la humanidad.

Lo que a nosotros nos interesa destacar en este texto es la idea manifestada de que todos los hombres tienen una naturaleza común, sean libres o esclavos, y que esa similitud, es suficiente para establecer un principio de igualdad natural entre todos los hombres, ante el cual, las distinciones que pueda establecer el ius, no pueden prevalecer.

El mismo temperamento encontramos en el texto de Dig. 34, 5, 10 pr, 1 - Ulpiano, 29 dig:

"*Plane si ita libertatem acceperit ancilla: «si primum marem pepererit, libera esto», et haec uno utero marem et feminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi, utrum libera esset nec ne, sed nec filiae: nam, si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est nec potest nec per subtilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumtionem prior masculo edito*"

La expresión "*in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet*", expresa probablemente con mayor claridad el concepto de igualdad fundada en la naturaleza humana, a tal punto que encuentra en ella un fundamento ético pues la expresión sequi oportet, antes que señalar una regla de la técnica jurídica, está expresando la dimensión ética y dikelógica de la cuestión.

Como nos señala Alejandro Guzmán, la ausencia de capacidad jurídica de los siervos ofrecía problemas en materia de deudas crediticias con respecto al derecho civil. Pero "si las cosas se examinan desde el punto de vista del derecho natural, ellas cambian radicalmente, ya que, por cuanto a él refiere, todos los hombres son iguales". Por tanto, la concepción de los "homines" entendidos como "aequales", no expresa sino la existencia paradigmática de una naturaleza común.

La idea de "dignitas"

Entre los distintos textos retóricos de Cicerón, probablemente uno de los más representativos en torno al tema de la *dignitas*, es la *Oratio Pro Sestio*, en la que Cicerón aprovecha su discurso para definir una concepción de la res pública, que podría trascender, mediante el análisis de los argumentos de la defensa, el ámbito delimitado del proceso para adentrarse en el marco teórico de la política y la filosofía.

Cicerón trata en su discurso de las distintas labores que se desarrollan en el ámbito público, y realiza una descripción de los optimates, seguida por la lista de las tareas más importantes del estado y luego los fines de la vida pública, define la importancia de la

dignitas y del *otium*.

Según Cicerón, los optimates son aquellos que, a diferencia de los populares, no buscan el aplauso y el gusto de la gente, sino tratan de obtener el reconocimiento de todos los buenos ciudadanos[5]. Nos dice que "a la comunidad de los buenos ciudadanos pertenecen los moderados, los que viven en circunstancias materiales equilibradas, sin importar su clase, o sea incluso los esclavos liberados con buena fe"[6].

Como señala Notári, "Optimus quisque son todos aquellos ciudadanos romanos de buena casta, la gente que pertenece al orden del nivel más alto, los habitantes de la ciudad de Roma, los agricultores, los comerciantes, los esclavos liberados, quienes naturalmente no son malvados, y los que no encuentran alegría en las luchas internas, mientras que contra los optimates sólo se enfrentan los depravados que alteran la vida pública: *Quis ergo iste optimus quisque?*[7]"

El número, si lo preguntas, era incontable, porque no podríamos soportarlo de otra manera. Hay líderes del consejo público, algunos que siguen su ejemplo; hay hombres de las más altas órdenes, a quienes la corte está abierta; hay municipios romanos y campesinos; se dedican a los negocios; también hay aristócratas libertos. El número, como he dicho, de este género es amplio y variado; pero todo el género, a fin de eliminar el error, puede ser brevemente circunscrito y definido. Todos los nobles son aquellos que no son ni culpables ni malvados por naturaleza, ni locos, ni agobiados por males domésticos. Por lo tanto, sea que sean aquellos a quienes he llamado "nación", que están sanos y bien organizados en lo que respecta a los asuntos domésticos. Aquellos que sirven a la voluntad, los intereses y las opiniones del gobierno en el gobierno del estado son considerados defensores de la aristocracia y los mismos nobles son los ciudadanos más dignos y distinguidos, y los líderes del estado.

Y estas gentes tan diferentes, ¿qué tiene en común? El objetivo unificador de todos los ciudadanos serenos, de los buenos ciudadanos con un estilo de vida ordenada es preservar la paz y el mantenimiento de la dignidad: "*omnibus sanis et bonis et beatis, cum dignitate otium*".

Como señala Tamás Notári, la filosofía política de los optimates no es otra cosa que *"cum dignitate otium"*: La dignitas no es más que el interés propio o el honor adquirido por el origen. En cada caso la dignidad representa un papel distinto en la vida pública, una presentación del servicio público basado en el interés de la maiestas imperii - rei publicae, que tiene como precio el trabajo y el peligro. Quien mereció tal premio fue destacado de la masa de la gente común.

Esa recompensa no es lo mismo que honos y laus, porque aquellas cosas se podían lograr a través de una gestión histórico-política ejemplar en situaciones concretas. El valor de la *dignitas* es mayor, y especialmente tiene un valor constante: en cierta medida tiene afinidad con la definición de nobilitas, ya que va mucho más allá del año de oficio

5. La expresión empleada por Cicerón es "optimus quisque"

6. NOTÁRI, Támás, La Teoría del Estado de Cicerón en su "Oratio pro Sestio"

7. Se trata probablemente de una pregunta retórica. Como señala Emilce Moreno Mosquera, *"Las preguntas retóricas si bien se ha considerado que son interrogativas en la forma, tienen la fuerza ilocutiva de las aserciones, por lo cual no esperan respuesta alguna. Al contrario de lo que espera el hablante, usa el elemento interrogativo de la pregunta retórica como una oportunidad para intervenir". En ese sentido, no cancelan la posibilidad de una réplica por parte del interlocutor".*

o de la una gloria de una campaña, que se hereda por generaciones, e incluso legítima el poder y la influencia de los descendientes.

El *otium* es lo opuesto del negotium, es decir, todas las actividades lucrativas cercanas al *negotium*. En la expresión *otium*, muchas veces se incluyen las definiciones de *pax*, *concordia*, *salus*, y el concepto de la *tranquilitas*, los que contrastan con los conceptos de la *novae res, seditio, discordia* y *tumultus*. Así, tanto la *dignitas* como el *otium* pueden pertenecer a una persona o a un grupo, o incluso a una institución y pueden designar la calma o la seguridad pública.

Como señala Notári, "estas dos palabras, clave en la Pro Sestio, reflejarían las condiciones idealizadas y deseadas en las cuales la *dignitas* señala al poder asignado al ordo senatorius en el estado, tal como está concebido en la constitución de Sila, y el otium indica la calma pública, que procede del status quo. Cicerón usa el concepto de la *dignitas* para describir el poder del senado y su influencia, mientras que el otium consistía en la paz merecida después ejercer su oficio".

El *otium* sólo puede lograrse si el estado es dirigido por los *optimates* y si el *populus* reconoce su *dignitas*, por lo que la *res publica*, el *otium* y la *dignitas*, es decir, la religión, el estado, y la jurisdicción, son capaces de garantizar la estabilidad en las relaciones del *ius publicum*.

Pero, como dice Platón, los dioses, compadeciéndose del género humano nacido para el trabajo, han establecido para los hombres festivales divinos periódicos para alivio de sus fatigas, y les han dado como compañeros en esas fiestas a las Musas y a Apolo, que las preside, y a Dionisos para que, nutriéndose del trato festivo con los dioses, mantenga la rectitud y sean equitativos.

Y la etimología nos orienta en el mismo sentido: el vocablo *otium*, advierte Josef Pieper, se dice en latín schola, y en castellano, escuela. Así, pues, designa el nombre con que denominamos los lugares en que se lleva a cabo la educación, e incluso la educación superior, significan ocio.

Concretamente Aristóteles expresa con gravedad especial en la ética a Nicómaco: «Estamos no ociosos para tener ocio». «Estar no ocioso» es precisamente la palabra que tenían los griegos para la actividad laboral cotidiana, no solo para su falta de descanso, sino para la labor cotidiana misma. La lengua griega tiene para ello únicamente un nombre negativo, «no ociosos». Y lo mismo ocurre con el *atín neg-otium*.

Este frágil equilibrio entre el *otium* y el *negotium*, está amenazado por dos sectores. Por un lado, están los viciosos y, por otro lado, están aquellos que se centran en la dignitas, en este último caso con riesgos elevados, porque persiguen una falsa ilusión de seguridad y no se dan cuenta de que el abandono de la *dignitas* pone el *otium* en peligro. Como dice Cicerón en Pro Sestio: "La república está siendo atacada con guarniciones más que defendida, porque los hombres atrevidos y desesperados son impulsados e incluso incitados por su propia voluntad contra la república; los buenos son de alguna manera bastante necios; por la vacilación y la lentitud, mientras desean retener el ocio incluso sin dignidad, ellos mismos pierden ambos".

Cicerón alerta a los jóvenes como dice en la definición de los *optimates*– a que tengan sus ojos en la *dignitas* y la gloria, que se puede alcanzar actuando en favor de la república. Puesto que existe temor por los acontecimientos del pasado y por las desgracias sufridas, no es fácil encontrar a un ciudadano que se encargue de los deberes de la vida

pública y de las responsabilidades que conlleva". De ahí que no deje de destacar que a él también –como a otros luchadores de la política *optimate*– lo han desterrado, aunque pronto lo hicieron volver y lo repusieron en su dignitas anterior.

"La dignitas y el otium, es decir la feliz armonía de los valores ideales y de los intereses materiales, pueden destruirse" como lo señala Notári[8], Sin embargo, es allí donde la iustitia adquiere su más pleno sentido, retribuyendo a cada uno de acuerdo con el mérito de su labor, para la construcción de una digna y verdadera república.

Conclusiones

El concepto de *Iustitia* que nos presenta Cicerón en la definición que motiva este trabajo, vincula la iustitia con la dignitas, en un sentido teleológico. Podemos, por tanto, hablar de una *Iustitia* "*pro dignitate*", es decir una justicia para la dignidad de cada uno.

Sin embargo, debemos examinar el contexto en el que Cicerón expresa esta sentencia. Se trata de la *Rethorica ad Herennium*, y, por tanto, un texto que podríamos enmarcar en el ars rethorica, entendido éste como una verdadera técnica de expresión del ars litigandi, para acusar y defender, o promover una determinada idea ante un órgano deliberativo.

La dignitas a la que se refiere Cicerón, tiene, por un lado, fundamento en la *aequalitas*, y por otro, fundamento en el *optimum*, al cual debe aspirar todo ciudadano de una república. Se trata de quienes mantienen la vida ordenada en la ciudad, cum dignitate otium, es decir sobre la base de lo que es bueno, bello y armonioso, que constituye la filosofía política expresada en los textos precedentes.

Respecto de la aequalitas, es el propio Cicerón quien dice que existe entre el hombre y Dios un vínculo de parentesco, genealogía o estirpe, en virtud de poseer el primero un alma racional, creada por el segundo; y que entre Dios y el hombre hay una semejanza: *est igitur homini cum deo similitudo*. Fue en virtud de tal parentesco que la abundancia de cosas que ofrece la naturaleza resultó creada no por acaso sino de intento para el provecho del hombre, el cual, imitándola, ha sido capaz, además, de fabricar con su arte e industria las otras cosas que le son necesarias para su vida.

Sentadas estas premisas concernientes al origen divino del hombre y a sus cualidades racionales y físicas, Cicerón da fundamento a la siguiente tesis: hemos nacido para la justicia, y el derecho se funda no en el arbitrio sino en la naturaleza, de tal manera que, con sólo considerar el vínculo de sociabilidad de los hombres entre sí, podemos llegar a la idea de que "Nada hay tan semejante, tan igual a otra cosa como todos los hombres entre nosotros mismos".

Como lo ha dicho O. Spengler, la jerarquización abarca todos los ámbitos y todas las posibilidades, puesto que el límite inferior está dado por la situación del esclavo, que linda con la de las cosas; el límite superior está dado por el héroe (como sucede en el caso de Rómulo y de la divinización de los emperadores), que habiendo ascendido de la condición de hombre a la de deidad se convierte en digno de culto.

Esta tradición acerca de la justicia, en el mundo antiguo recorre a lo largo toda la historia

8. NOTÁRI, Támás, La Teoría del Estado de Cicerón en su "Oratio pro Sestio".

jurídica romana. Así, la definición de Ulpiano es comentada en los escolios de las Basílicas del siguiente modo: "La justicia es la distribución del bien a cada uno, equitativamente, según su mérito". Como también reflejan los textos de la Glosa de Accursio, en que el vocablo "jus" es entendido, dentro del contexto de las citas de Cicerón y Platón, como un "*meritum*".

En Derecho Romano, Cicerón, no hace sino llevar a la práctica, de una manera eficaz, los principios griegos de la justicia. La dignidad, en consecuencia, es fruto del *otium*, de la contemplación espiritual, tal como expresa Platón, la cual le es entregada a aquellas figuras que sobrepasan la esfera de la experiencia humana; Aquellos a quienes les ha sido concedido "sentarse más cerca de los dioses y ser mejores que nosotros"[9].

Bibliografía

Aristóteles. *Retórica*.

Cicerón. (1964). *Orator*. París : Société D' Edition Les Belles Lettres.

Cicerón. *Retórica a Herennio*.

Cicerón. (1997). *La invención retórica*. Madrid : Gredos.

Cicerón. (1967). *Diálogos del orador*. Buenos Aires : Compañía General Fabril Editora.

García del Corral, I., tr. (1889). *Corpus iuris civilis*. Barcelona : Jaime Molinas.

Moreno Mosquera, E. (2014). Las preguntas retóricas en Catilinaria I de Cicerón. **En:** *Revista Stylos*. (23).

Notári, T. (2010). La teoría del Estado de Cicerón en su "oratio pro sestio". **En:** *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. (32):197–217.

Pieper, J. (1986). *El ocio y la vida intelectual*. Ediciones RIALP.

Tácito. (2010). *Diálogo sobre los oradores*. Buenos Aires : Editorial Losada.

9. PIEPER, Josef. El ocio y la vida intelectual. Rialp, 1986.

El uso de aforismos en la docencia del Derecho

Santiago Didier Zárate Gonzalez[1]

1. Docente de la Universidad Central de Chile. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Abogado, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección: calle Lord Cochrane Nº 417 A, Santiago Centro, Santiago. Correo institucional: santiago.zarate@ucentral.cl

Introducción

Según nos refiere Ítalo Merello en su libro dedicado a la Historia del Derecho, con los aforismos jurídicos <<se trata de sentar un principio jurídico de validez general a través de una frase breve, fácilmente atractiva al entendimiento y la memoria>>[2]. Para el autor, los aforismos jurídicos aparecen en la época en que se desarrolló lo que se conoce como Derecho Romano Vulgar (DRV) que el mismo autor caracteriza como un período en el que se percibe una declinación del estilo jurídico del Derecho Romano Clásico (DRC), el <<que se revela en el desaparecimiento de las virtudes del derecho clásico, a saber: el esmerado análisis de la figura jurídica, la sutileza distintiva y casuística de cada concepto, la autonomía de influjos extrajurídicos [...]>>[3]

No obstante, el autor no define lo que debe entenderse por aforismo, ni en general, ni allegado a lo jurídico. Y esa decisión es muy acertada desde que definir lo que se entiende por aforismo, en sí, no es una tarea fácil. Ya lo señala Rodríguez Diez que <<definir es limitar, cerrar; y en Derecho procede siempre dejar una puerta abierta a lo imprevisible, a la excepción.>>[4]

Teniendo ello en cuenta, el presente trabajo no tiene por objeto abordar el tema de los aforismos desde la perspectiva de su concepto, sino que, a partir de una idea preconcebida de los mismos como proposiciones, esbozando de esa manera una teoría aplicable a la docencia y su estrecha relación con el Derecho Romano. Hoy, y tal como ocurrió en la Edad Media, la globalización ha permitido generar una aldea global de conocimiento que todas las naciones, independientemente de los idiomas que hablen, puedan compartir de forma remota, todo el conocimiento jurídico. Las experiencias de la UE y del BOE en España, son expresión de lo que señalamos.

Dicho lo anterior, y precisando el contenido y alcance de nuestro trabajo, lo dividiré en dos partes: una dedicada a señalar el camino de ciertos autores cuyas obras han servido de inspiración a estas ideas; y, la proposición de un sistema educativo basado en el aprendizaje y aplicación de los aforismos jurídicos romanos a la enseñanza del Derecho.

El camino de inspiración de nuestras ideas

La línea comienza con Aristóteles, continúa con Cicerón, Gayo[5], Triboniano[6], los glosadores, comentaristas y canonistas de la Edad Media[7], Leibniz[8], Viehweg, Perelmann, García Amado y Guzmán Brito; entre muchos otros.

Hacia principios de la década de 1950, en Alemania, Theodor Viehweg propuso a la

2 I. Merello, *Historia del Derecho, Valparaíso*, EUV, 1983, p. 65.

3. *Ídem*, p. 56.

4. J. RODRÍGUEZ DIEZ, *La aforística jurídica romano-canónica, puente para un nuevo derecho común europeo, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XXXVII, Madrid, Publicaciones San Lorenzo del Escorial, 2004, p. 236.

5. GAYO, *La Instituta de Gayo, Comentarios* I-IV, Matriti, 1845.

6. J. A. BUENO DELGADO, *La legislación religiosa en la compilación justinianea*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 46 ss.

7. *Ibídem.*

8. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación del derecho*, en Revista de Derecho PUCV VIII, Valparaíso, EUV, 1984, pp. 17 ss.

comunidad académica una tesis que se basaba en el estudio de textos de Aristóteles y de Cicerón, relativos a la Tópica[9] (en plural, tópicos), relacionando a esta techné o Ars, según sea el autor, con la jurisprudencia judicial (o falsa jurisprudencia): Topic und Jurisprudenz.

Años más tarde, el español Juan Antonio García Amado da a conocer un trabajo en el que aborda en forma completa el estudio de esta parte de la obra aristotélica, la que como sabemos, se encuentra ubicada al final de los textos sobre lógica del autor, después de la dialéctica y de la retórica. Desde esta perspectiva, García Amado analizó a la tópica en su uso como argumento jurídico, es decir, desde una perspectiva teórico-práctica[10].

En la antigüedad clásica, Aristóteles[11] estableció que el objeto del estudio de los Tópica obedecía a la necesidad de hallar un método en mérito del cual se pudiere analizar un problema en términos propositivos (dialécticos o retóricos), con la finalidad de dar fundamento a una posición debatible en el foro, en la práctica[12].

Los Tópica, como les llama Aristóteles son, en este sentido, recursos que la dialéctica o la retórica usan con la finalidad de dar un fundamento sólido y por lo tanto una posición enraizada frente a un público heterogéneo de escucha, lo que proviene como sabemos de la práctica más antigua entre el pueblo griego[13]-[14]. Nada obsta a considerarlos como otra cosa distinta de una 'tecné', como lo entendía el sabio griego[15].

Es Cicerón quien, con posterioridad, no sólo rescatará la Tópica de su aparente olvido, sino que la llevará al siguiente nivel. En sus Tópicos a Cayo Trebacio, Cicerón los toma y desarrolla como una técnica o arte (Ars) desde la perspectiva de la argumentación del incipiente *Directum*.

Como buen abogado, quizás, pensando en cómo triunfar en juicios llevados ante pretores y jueces, Cicerón los utilizará como un argumento retórico que le aseguró ganar el juicio en el cual actuaba como *ad vocatus*[16]

La Tópica, en el sentido expuesto, es una técnica que consiste en extraer argumentos desde un lugar en donde ellos residen: un locus, con la finalidad de dar una solución posible a un caso concreto sometido al debate, radicando allí su importancia para nosotros, ya que el noble romano, si bien reconoce el origen dialéctico de los argumentos (un locus dialéctico), le añade al concepto de tópico un elemento que en Aristóteles no

9 T. Viehweg, Tópica y jurisprudencia, trad. de Luis Diez-Picazo Ponce de León, Madrid, Editorial Taurus, 1968. El mismo, Topik und Jurisprudenz, Berlín, 1953.

10 J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2018. También A. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica y retórica en los "Tópica" de Cicerón, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXXII, Valparaíso, EUV, 2010, p. 164. El autor habla en este sentido de *pars inviniendi y pars iudicandi*, tal como aparece en el texto de Cicerón acerca de los "Tópica".

11. ARISTÓTELES, *Tópicos*, en *Tratados de lógica (Organon), categoría, tópicos, sobre las refutaciones sofísticas*, tomo LI, Madrid, trad. Miguel Candel San Martín, Editorial Gredos, 1982, p. 89.

12. *Ídem*, p. 105.

13. CH. PERELMAN, *Lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, trad. Luis Diez-Picazo, Editorial Civitas, 1979, p. 141.

14. J. A. GARCÍA AMADO, cit., p. 45.

15. ARISTÓTELES, cit., pp. 89-90.

16. CICERÓN, M. T., *Tópicos a Cayo Trebacio,* en OO. CC., t. I, Buenos Aires, trad. Marcelino Meléndez y Pelayo, Editorial Anaconda, 1946, pp. 187-205.

poseía: su aplicación práctica al mundo del Derecho. De esta manera, la atención giró hacia la temática de la argumentación jurídica[17].

Después de Cicerón, la Tópica no fue una materia atendida por los estudiosos del Derecho, por lo que habría que esperar hasta que a mediados del siglo XX, Theodor Viehweg los hará su objeto de estudio en su tesis doctoral. En este trabajo, el autor revela la necesidad de que los tópicos sirvan al propósito de servir de anclaje motivacional de las decisiones jurídicas. En este sentido, el propio título nos lleva sugerentemente por ese derrotero (Topik und Jurisprudenz).

La principal pieza para entender la concepción de Viehweg es la noción de aporía, que no es otra cosa que un problema al cual es necesario dar una solución práctica más que teórica. La cuestión es, por tanto, identificar de qué forma es posible rescatar un argumento con sustento jurídico que logre ese cometido. Según el autor, esos recursos emanan de lo que, como puntos de vista, son aceptados por todos, o como dice Vieweg, o por los más famosos o por los más sabios[18]. Se trata de conocimiento humano decantado y que ha permanecido intocable desde tiempos inmemoriales.

Estos sirven para que el concepto planteado en un juicio (o en una discusión cualquiera), aquella fuerza necesaria para que convenza, al estilo de las suasorias, a un público determinado, que Vieweg entiende que puede ser perfectamente un tribunal. Más, si el juzgado es colegiado[19].

Esto último se corresponde con la noción de retórica, por lo que, en los términos entendidos inclusive por el propio Cicerón[20], los Tópica son una técnica aplicable tanto al debate o discusión indefinida, como también la utilizada en los pleitos para convencer al contrincante.

Como se sabe, en una discusión o debate, sólo es posible lograr lo que se denomina verdad posible o probable, de modo que tener la posibilidad de obtener recursos argumentativos como los tópicos, se nos aparece como una gran oportunidad para triunfar en un pleito[21]. Por algo son consideradas técnicas del entendimiento práctico[22].

Pues bien, en este estadio de cosas, resulta ineludible que hasta que aparece Viehweg en la escena, los Tópica son considerados técnicas del entendimiento práctico que podemos aplicar a casos concretos de contenido jurídico, de manera que los mismos puedan ser resueltos mediante su adecuación intelectual a los mismos.

Por su parte, y ya en los 90, el autor español Antonio García Amado va a realizar el trabajo de reunir en su tesis doctoral todo el camino recorrido desde que Aristóteles decidiera abocarse al estudio de esta técnica del entendimiento práctico[23], pero alejándose en su concepción del periplo de Viehweg, pues entiende que las posibilidades son infinitas y no solamente referidas al ámbito judicial.

17 J. A. GARCÍA AMADO, cit., pp. 312 ss.

18. T. VIEHWEG, cit., p. 49.

19. CH. PERELMAN, cit., p. 141.

20. CICERÓN, cit., pp. 187-205.

21. CICERÓN, cit., p. 188.

22. T. VIEHWEG, cit., p. 53.

23. S. ZÁRATE G., *Aplicaciones de los Tópica a las decisiones judiciales, en Revista Actualidad Jurídica UDD* 40, Santiago, Ediciones UDD, 2019, pp. 327-346.

De hecho, García Amado alude al uso de aforismos contenidos en el Digesto justinianeo, disponiéndose así de una gran cantidad de argumentos que es posible utilizar en calidad de tópicos. El mismo camino usa Leibniz para la creación de sus axiomas o tipos legales[24].

Por ello, compartimos con el español que las teorías sobre la Tópica se pueden aplicar no sólo a los juicios o pleitos, sino también a todo lo jurídico, inclusive a la enseñanza del Derecho. En efecto, pues en la mayoría de las escuelas de Derecho en el mundo, se continúa enseñando el Derecho asociado a materias que son abiertamente extra jurídicas, como la justicia, la moral, la religión, o la política, demostrando de esa manera nuestra involución. El imperio de la ley y de la legislación por sobre el Derecho, hacen que todos nuestros argumentos en pro de rescatar y aplicar esta visión sean profundamente deseados.

Esta idea nace de la circunstancia de que en Chile se encuentra aún en discusión el cambio del sistema procesal civil de base escrita que data de muy antiguo -1902 (o antes, si tomamos en cuenta las fuentes -Las 7 Partidas de Alfonso X-, por ejemplo). El ambicioso cambio que se quiere es pasar desde un formato escrito a un formato basado en la oralidad. A este respecto, en nuestro país ya rigen sistemas procesales en este formato: en penal, laboral, y tributario; restando sólo el sistema procesal civil para continuar con esta 'modernización' tan esperada por los operadores.

Gracias en gran parte a la lentitud de los legisladores, es posible proponer un cambio sustancial en la forma en que las audiencias orales son llevadas, teniendo en consideración que en el Derecho Civil se encuentra el mayor número de aforismos o tópicos jurídicos utilizables con fines educativos.

La aplicación de estos postulados radica en dos cuestiones, a saber: a) un método aplicable a la enseñanza del Derecho basado en tópicos; y, b) la sistematización de los tópicos o aforismos ya contenidos en nuestra legislación civil y que, como sabemos, son de origen romano, en su mayoría.

En efecto, la aplicación de los Tópica a un caso particular, no sólo plantea una forma distinta de dar solución a un caso concreto sino y también, de enseñar el Derecho desde un enfoque o perspectiva distinta, y más dinámica.

Para lograr el objetivo, hay que establecer una conexión entre el brocardo específico y las instituciones que tan arduamente fueron definidas por los comentaristas en la Baja Edad Media.

Tomemos como ejemplo el siguiente aforismo: "*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*", es decir, nadie puede aprovecharse de su propia torpeza (o nadie puede alegar su propia torpeza -aunque los términos romanos para torpeza sean distintos-)[25].

Este tópico también ha sido allegado a la noción de dolo o malicia por extensión: nadie puede aprovecharse de su propio dolo *(Nemo potest uti suam dolus)*. Sin embargo, como dijimos, la máxima original sólo aludía a la torpeza, pero los glosadores lo extendieron al dolo: *dolum proprium non debet quis posse allegare* (no se puede alegar

24. A. Guzmán Brito, cit., pp. 18 ss.

25. Turpitudo (-inis) significa *"ignominia, deshonra, infamia, vileza, vergüenza", y en una segunda acepción*, se traduce como *"fealdad, deformidad"*. Turpis (-e) es *"vergonzoso, infame, indecente"*, y también *"feo, repulsivo, repugnante"*.

el dolo propio - Azzon en Brocardica Azonis 5, 18)[26]; que se condice con la regla usada en Chile. Lo mismo en D. 50, 17, 134: *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (nadie puede mejorar su condición por su propio delito)[27].

Como en este caso, el brocardo se relaciona con la institución del dolo, en términos de nuestra propuesta, se abre la posibilidad de enseñar el dolo en su más amplia expresión: dolo en general -intención positiva de inferir daño o perjuicio en la persona o propiedad de otro (art. 44 CC chileno)-; dolo en materia contractual y extracontractual; el dolo en la posesión y su relación con la mala fe; et caetera.

Por ello, lo primero que debemos hacer es identificar qué tópicos se ajustan a los planes de enseñanza del Derecho, y qué elementos seleccionados poseen un contenido jurídico apriorístico y validado universalmente como una regla de Derecho, pura y simplemente, en el ordenamiento nacional.

Ya lo decía el profesor Atilio Álvarez en su intervención en el XXII Congreso Internacional de Derecho Romano: debe ser por alguna razón que los aforismos siguen vigentes en nuestro tiempo. Su amplia riqueza jurídica permite una aplicación eficiente de los mismos a la solución de casos concretos. Si los tiempos nos obligan a ser más precisos y eficientes, decir mucho en pocas palabras resulta ser de la máxima importancia en el estudio de la Tópica.

Acerca de la enseñanza del derecho por tópicos, brocardos o aforismos

Despejado el camino, es conveniente avanzar en el método que se aplicaría a la enseñanza, con la finalidad de evitar que el proceso de enseñanza-aprendizaje se vuelva torpe y sin sentido. En palabras simples, hablamos de cómo enseñar los Tópica sin engañarnos acerca de su verdadera eficacia y validez.

¿Debemos, en tal sentido, confeccionar una red de asignaturas que permita la aplicación de un determinado brocardo a un caso concreto, o simplemente utilizar los argumentos tópicos como elementos fundantes en una asignatura creada al efecto y denominada Tópica?

Y desde esa mirada, ¿debemos establecer que la enseñanza del Derecho se realice bajo el amparo de los Tópica? Pensamos que ello sería muy adecuado y correcto, pues la solución de casos prácticos se encuentra plasmada en el Derecho codificado más que en la legislación moderna cada vez menos general.

En tal sentido, las asignaturas troncales de la carrera de Derecho debieran usar del método tópico, el cual consiste precisamente en la identificación del problema a resolver y aplicar una solución posible que sea a la vez una especie de satisfactor sinérgico, es decir, una solución que pudiere ser extensible a otros casos similares, mas no idénticos.

Pueden también ser objeto de modificación las mallas o redes de asignaturas que utilicen el método tópico a fin de ser aplicados a la solución de casos prácticos pero referidos esta vez a asignaturas no troncales sino a todas ellas.

26. AZZON [AZONIS, AZZONE], *Brocardica Aurea*, Nápoles, Giovanni de Boy, 1568.

27. I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo III, *Digesto*, Barcelona, s. e., 1897, p. 955.

Ahora, enseñar cómo extraer tópicos es de suyo un problema, pues habría que primero consensuar cuáles de ellos tienen aquel componente que hace del argumento uno universal y generalmente aceptado por todos. No es fácil, hay que reconocerlo.

El logro de los fines de enseñanza a través de tópicos puede ser interesante de abordar, lo cual requiere de decisiones que, muchas veces, están más allá de la nariz de quienes nos dirigen.

Deberemos concentrar nuestros esfuerzos en una primera línea (primer año; dos primeros semestres o trimestres), que contemple estas dos asignaturas como si fueren troncales de la carrera, las que pueden ser complementadas por otros cursos de formación general, tales como Derecho Romano, o Historia del Derecho (en la línea del saber-conocer); o, por otras formas intelectuales más avanzadas, como Filosofía del Derecho o Ética (en la misma línea del saber-conocer); o, incluso, por asignaturas más prácticas que enseñen por ejemplo a redactar ensayos, sentencias, contratos, et caetera; materias propias de la práctica forense y que son importantes para el logro de los objetivos que nos hemos planteado.

El Derecho Romano es con mucho un sistema normativo del cual se puede aprender mucho hoy en día y al cual es posible agregarle elementos de pensamiento crítico, de análisis jurídico serio, y de resolución de casos prácticos.

Coincidamos, así mismo, que la Historia da contexto a la argumentación, y es posible recurrir a ella como un gran elemento argumentativo, de interpretación, o de integración legal, por lo que su mantención como ramo formativo es absolutamente posible.

La segunda línea (que comienza a partir del segundo semestre) deberá consultar el arbitrio o ficción de separar el estudio del Derecho en dos ramas o partes fundamentales: el derecho público, y el derecho privado[28] (aunque teniendo en consideración que el Derecho es uno solo, no advirtiéndose la necesidad de dividir su enseñanza más que para efectos pedagógicos). Hasta hoy, ambas ramas del derecho no conversan entre sí, de modo que parecen ser dos hermanas que nunca conocieron a su padre o madre común.

Entre ambas líneas, deberá existir un nexo o hilo conductor que arranque de las asignaturas troncales.

Así, la línea del derecho público partirá con argumentación jurídica y aplicación de los Tópica a casos concretos generales, debiendo adentrarse en el derecho político, constitucional, procesal internacional público (y privado), penal y administrativo.

En la línea del derecho privado, se deberá seguir el camino ya mencionado de los ramos troncales, ya presente en la ejemplar estructura de la Instituta de Gayo, por ejemplo, y que consulte la enseñanza de la ley (fuentes), de las acciones (derecho procesal), los sujetos (personas) y familia, los objetos (bienes o cosas), las obligaciones, en general, las fuentes de las obligaciones (contratos), y por último, la herencia (sucesión por causa de muerte)[29].

Establecidas ambas partes o caminos fundamentales, es posible acceder ahora a asignaturas de formación profesional que puedan, por ejemplo, dar acceso luego a la formación de post grado, o de especialización. En ese camino, estarán: la legislación laboral o del trabajo, la tributaria, la registral, et caetera.

Para finalizar, la malla deberá consignar una asignatura de clausura dedicada a la

28. No estoy de acuerdo con esta división, pero me parece que aquella es posible sólo desde la perspectiva pedagógica.

29. No olvidemos que el *Code* y el propio Código Civil chileno, adoptaron, con algunas mínimas diferencias, la misma estructura.

práctica en formato de oralidad (como una clínica jurídica, o asignaturas integrativas entre público y privado).

Ahora bien, ¿cómo se implementa un modelo basado en los Tópica? Gran pregunta, pues pasa por una decisión difícil de tomar y que involucra a varios actores, como los ministerios de educación y de justicia, y a los tribunales; ya que son ellos quienes controlan de alguna forma qué y cómo se enseña Derecho en nuestras aulas.

En el caso de la Corte Suprema, el problema es mayúsculo toda vez que al otorgar el título de abogado, controla la generación de los mismos, originando una regulación especial respecto de los programas de las universidades; de modo que resulta de suma importancia, volcar los esfuerzos en un plan piloto reconocido por los ministerios mencionados, pero además por la Corte Suprema.

Dicho plan debe atender sin duda a otros criterios que provienen a su turno del plan estratégico de las facultades de Derecho, no olvidando por cierto los parámetros que sobre calidad de la educación, hoy demanda la población y que son una prioridad para los centros educativos de nuestro país.

Un modelo basado en el estudio y práctica de los Tópica es sin duda innovador y plantea muchas preguntas en orden a su implementación metodológica y práctica, razones que ameritan evidentemente un trabajo colaborativo que piense un plan piloto, tal y como sugerimos en el presente trabajo.

Finalmente, la existencia de audiencias en las que cada vez más es utilizado el formato de la oralidad, hacen pensar necesariamente en la simplificación de los procesos, y qué mejor que los operadores del sistema (abogados y jueces), se formen en la Tópica y tengan luego claridad en los temas de que conocen en sus juzgados, y puedan aplicar una solución al caso, ya no desde la barriga, como acusaba Beccaria en su tiempo, sino desde la razón práctica, la cual, fundada en la existencia de argumentos ricos en sabiduría jurídica milenaria como es el Derecho Romano, están ahí para ser aprovechados por estas generaciones y las futuras.

Conclusiones

1. La enseñanza del Derecho, tal como lo han propuesto autores como Viehweg a propósito de la jurisprudencia judicial, puede ser objeto de la aplicación de tópicos, aforismos, brocardos y otras reglas con contenido jurídico, que provienen de la larga tradición jurídica que parte con Cicerón en Roma.

2. La utilización de aforismos reafirma el sentido y contenido de una norma positiva, de modo que es más fácil identificar una solución a través de su aplicación a un caso concreto.

3. La modificación de las mallas curriculares de los estudios de Derecho en el mundo podrían evolucionar hacia sistemas de aplicación mucho más simples, sobre todo pensando en la rigidez de las normas positivas codificadas, o del dinamismo de los acontecimientos sociales y políticos.

4. Poder acceder a un sistema aislado de aspectos extra jurídicos, garantiza la aplicación de reglas claras apoyadas en argumentos milenarios, pensando en toda la sapientia iuris que proviene, en gran medida, de los romanos, analizados y comentados por

glosadores y posglosadores, y que Leibniz logró condensar en sus axiomas: reducciones matemáticas de normas jurídicas, que finalmente permitió el desarrollo del derecho codificado y del derecho actual.

5. Finalmente, y dado que las modificaciones legales en nuestro país van por el camino de la oralidad, restando sólo lo referido al derecho procesal civil, la claridad con que jueces y abogados puedan establecer sus puntos de vista en un pleito, determinarán la duración de esos juicios, pero más importante, determinarán quién es el que, al fin y al cabo, obtendrá en el litigio.

Bibliografía

Guzmán Brito, A. (1984). La codificación del derecho. En: *Revista de Derecho PUCV*. 8.

Aristóteles. (1982). Tópicos. En: *Tratados de lógica (Organon) : categoría, tópicos, sobre las refutaciones sofísticas*.

Azzon [Azonis, Azzone], *Brocardica Aurea*, Nápoles, Giovanni de Boy, 1568.

Perelman, Ch. (1979). *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid : Civitas.

Cicerón, M. T. (1946). *Tópicos a Cayo Trebacio*. Buenos Aires : Anaconda. pp.187-205.

Gayo, *La Instituta de Gayo, Comentarios* I-IV, Matriti, 1845.

García del Corral, I. (1987). *Cuerpo del derecho civil romano*. tomo III. Barcelona : Iustiniano. p.955.

Merello I., *Historia del derecho*. Valparaíso : EUV. p. 65.

Bueno Delgado, J. A. (2015). *La legislación religiosa en la compilación justinianea*, Madrid : Dykinson. p.46.

García Amado, J. A. (2018). *Teorías de la tópica jurídica*. Lima : Palestra.

Guzmán Brito, A. (2010). Dialéctica y retórica en los "Tópica" de cicerón. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 32.

Rodríguez Diez, J. (2004). La aforística jurídica romano-canónica : puente para un nuevo derecho común europeo. En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. 37.

Zárate G., S. (2019). Aplicaciones de los tópica a las decisiones judiciales. En: *Revista Actualidad Jurídica* UDD. 40:327-346.

Viehweg, T. (1968). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid : Taurus.

El principio in dubio pro reo vs presunción de inocencia. Un apunte concreto a propósito de la Ley Integral 1/2004 sobre violencia de género

Esther Domínguez López[1]

1. Universidad De Málaga.

Introducción

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de carácter irrevocable, reconocido universalmente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 11.1 declara expresamente que <<toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa>>. Similarmente, se afirma en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que <<toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.>>

A nivel europeo, la presunción de inocencia encuentra su reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al prescribir su art. 48 que <<todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya ido declarada legalmente>>. En similares términos se expresa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su art. 6.2, al afirmar que <<toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada>>. Profundizando en esta línea, la Directiva comunitaria del Parlamento Europeo y del Consejo, 2016/343 de 9 de marzo, y en referencia específica a los medios de comunicación o información pública, obliga a todos los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que <<en cualquier caso, la forma y contexto en que se divulgue la información>>, no debe generar la creencia de la culpabilidad de un sospechoso o acusado, en tanto no se haya probado debidamente tal extremo, siguiendo los medios legales previstos al respecto (art. 4.1). Así, señala entre otras la Directiva (art. 5) que las autoridades responsables deberán evitar la apariencia de culpabilidad, evitando mostrar públicamente al sospechoso con indumentaria de prisión, o grilletes, esposas, jaulas de cristal, o similares, salvo que, por razones de seguridad o riesgo, ad exemplo de fuga, se haga necesario adoptar tales medidas. Se trata de una normativa esta última que la Directiva incardina dentro del más amplio derecho a un juicio justo, y como una medida más a adoptar en el marco de la cooperación internacional.

Por nuestra parte y en lo que a nuestra legislación se refiere, ya advirtió nuestro Tribunal Constitucional, que el derecho a la presunción de inocencia además de ser un derecho fundamental que nuestra Carta Magna consagra en su art. 24.2, es un principio general del derecho de aplicación inmediata y fuerza vinculante a todos los poderes públicos (STC 31/1981). En este sentido, tal principio actúa necesaria e irrevocablemente como límite a cualquier medida que pueda adoptarse antes y durante el proceso, es decir, ya desde la fase previa de instrucción y durante toda la fase del juicio oral, otorgándosele en todo momento al investigado o encausado un trato de inocencia o no culpabilidad, en respeto o acatamiento a los principios generales del Estado de Derecho. La prisión provisional, detención preventiva o cualquier otra medida cautelar tendrán por tanto siempre carácter excepcional, y se adoptarán sólo cuando no se puedan garantizar de otro modo los intereses presuntamente afectados. En esta línea se encuadran las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LO 5/2015 de 27 de abril y LO 13/2015 de 5 de octubre) en virtud de las cuales, y entre otras garantías, se obliga a los agentes policiales a facilitar al detenido el acceso al atestado; a velar por sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen durante la detención; a la confidencialidad en la declaración

y a la información claramente comprensible sobre el tiempo máximo de detención y el procedimiento del habeas corpus.

Ya en la fase del juicio oral, la presunción de inocencia entronca directamente con otro derecho fundamental, como el de no declarar contra sí mismo o no auto incriminarse, reconocido tanto en nuestra Carta Magna (art. 24) como en la mentada Directiva comunitaria (art. 7).[2] Aunque donde encuentran su máximo asiento tales derechos básicos es en el ámbito probatorio, y en concreto en la problemática de la valoración y carga de la prueba, lo que nos conduce directamente al célebre brocardo latino in dubio pro reo, del que hablaremos seguidamente. Es jurisprudencia reiterada del TEDH la exigencia de la legalidad y aptitud de la prueba de cargo que sea bastante como para enervar la presunción de inocencia, factor clave que deberá concretarse debidamente en el marco de la normativa procesal interna de cada Estado miembro. La mentada Directiva comunitaria en sus arts. 6 y 7 atribuye conforme a ello y de forma expresa la carga de la prueba a la parte acusadora, entendiendo que se vulnerará la presunción de inocencia cuando tal carga se traslade a la defensa, y esto así sin perjuicio de la potestad del órgano jurisdiccional en cuanto a la proposición de oficio de pruebas, también contemplada tanto en la norma comunitaria (art. 7.4 y Considerando 29) como en nuestra legislación (Art. 729.2 LECrim.). La idea que subyace no es otra que la que inspira, como decimos el célebre aforismo latino in dubio pro reo, al que apela además expresamente en el citado art. 6 de la Directiva, en virtud del cual la más mínima duda sobre la culpabilidad debe siempre y sin excepciones favorecer o inclinar la balanza a favor del encausado; debe conducir necesariamente, esto es, a una sentencia absolutoria.

Aunque son muchas, podemos tomar como referente a la hora de interpretar el derecho constitucional a la presunción de inocencia en el ámbito probatorio, la Sentencia del Tribunal Supremo 580/2014, de 21 de julio (Rec. 1937/2013), que tras fijar como pilar esencial que rige en el proceso penal el de libre valoración de la prueba, advierte no obstante que <<las pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas>>, siendo competencia exclusiva de este Tribunal de Casación, la comprobación de que existe realmente de prueba de cargo lícita, practicada con las garantías exigidas en la Constitución, y bastante para justificar la condena o, lo que es igual, para enervar el principio de la presunción de inocencia, ya que <<la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental>>. Y de precisar cómo deba valorarse la prueba para considerarla suficiente se encarga el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 16/2012 de 13 de febrero, al afirmar que se entenderá vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en cualquiera de los siguientes supuestos: que no existan pruebas de cargo; que éstas se hayan obtenido sin respetar las garantías procesales;[3] que no sean suficientes para motivar la convicción sobre la culpabilidad del encausado; o

2. En el mismo sentido, se dice en el Considerando 25 de la Directiva: <<El derecho a no declarar contra sí mismo es también un aspecto importante de la presunción de inocencia. No se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria>>. Tales derechos están igualmente reconocidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma por LO 13/2015 de 5 de octubre, del art. 117 apartado 1 g), y art. 520 2.a).

3. Ya está previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985 de 1 de julio) que <<no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales>>.

que tal motivación no tenga una base lógica, racional o concluyente.

Pero si desde el punto de vista teórico y doctrinal no existe, como vemos, duda alguna de la importancia crucial del mentado principio de la presunción de inocencia, considerado de hecho como uno de los más importantes pilares del Estado de Derecho, en ocasiones concurren como veremos factores al margen del propio procedimiento y por tanto del poder jurisdiccional que corresponde al Estado (art. 117 CE), que pueden comprometer el juego de tal principio o derecho fundamental. Existen, en efecto, delitos que, bien por las particularidades que concurren en el sujeto activo (ad exemplo personajes públicos o populares), bien por los condicionantes que rodean la posición de la víctima, como puede ser su especial vulnerabilidad (menores, incapaces, mujeres...), adquieren una relevancia y repercusión social extraordinaria. Esta presión social y carga mediática aparejada tienen, a menudo, como consecuencia juicios paralelos derivados de un mal entendido derecho a la información que, cuando menos, dañan irremediablemente la reputación y el honor del investigado, antes y al margen del resultado del procedimiento, que puede ser incluso absolutorio.[4] Ya lo dijo Bacon copiando el célebre brocardo latino: *calumniare fortiter aliquid adhaerebit*, o lo que es lo mismo, <<calumnia que algo queda>>. Puede ser el caso del llamado <<delito de violencia de género>>, del que sin más pasamos a ocuparnos en las páginas siguientes.

El delito de violencia de género en la actualidad. Especificidades o dificultades probatorias

Si existe actualmente un delito con el que nuestra sociedad está especialmente sensibilizada, porque se ha convertido en una lacra absolutamente injusta e insoportable, es el de la llamada <<violencia de género>>. Se trata, como todos sabemos, de casos en que la mujer es objeto de violencia, ya sea física o psíquica, por parte de aquél con quien tiene o ha tenido una relación de afectividad, ya sea su cónyuge o no. Después descenderemos a los pormenores de este tipo penal.

Las violencias sobre la mujer ya estaban tratadas desde 1989 en nuestro Código Penal como un caso de violencia doméstica, que tras sucesivas reformas,[5] tipificaba el art. 173.2 del citado cuerpo legal, castigando <<a la persona que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento

4. A propósito, entre otros, *vid*. JUANES PECES, <<Los juicios paralelos. Eventual vulneración de los derechos a un proceso justo>>, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 378 (1999) pp. 2 sgts.; VALDECABRES ORTIZ, *La imparcialidad del juez y los medios de comunicación*, Valencia, 2004; o QUISQUE FARFÁN, <<Presumirse inocente, sentirse libre y amparado: momentos claves para defender la presunción de inocencia>>, *Anuario de Derecho Penal*, 2004, pp. 165 sgts.

5. La primera reforma en materia de violencia familiar se introduce por Ley Orgánica (LO) 8/1983, de 25 de junio, seguida de la LO 3/1989, de 21 de junio, sobre violencia doméstica, seguidas de LO 10/1995, de 23 de noviembre, reformada por LO 14/1999, de 9 de junio, sobre violencia psíquica (art. 153 C.P.) y LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre maltrato de obra sin lesión.

o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. El que cometa este delito será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años.>>[6]

Uno de los principales fallos que se le achacaba a este encuadre es que se incluían y trataban del mismo modo los actos de violencia contra la mujer que los que se ejercen en el ámbito doméstico contra personas que, por su vulnerabilidad (edad, incapacidad), están en una relación de subordinación con el agresor, cuando sin embargo y en relación con la mujer, se argüía, no existen razones jurídicas ni naturales que justifiquen tal situación de dependencia. Razonando en esta línea, sostiene entre otros Laurenzo Copello, que violencia doméstica y violencia de género son fenómenos distintos que deben, por tanto, tratarse y sancionarse de manera separada, pues los actos de violencia hacia la mujer encuentran su causa última, no en una vulnerabilidad consustancial a la misma que derive de su sexo ni de las características de la estructura familiar, sino que está motivada por la discriminación estructural que las mismas sufren ancestralmente por la desigual distribución de roles de una sociedad aun basada en el dominio patriarcal.[7]

En respuesta a tales críticas sostenidas por representativos sectores de la doctrina penalística y compartida especialmente por ciertos grupos sociales, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) ya dejaba claro en su Exposición de Motivos que: <<La violencia de género no es un problema que afecta al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.>> Consecuentemente con esto, el art. 1.1 del mismo cuerpo legal establece como objetivo de la misma el de: <<actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.>> Aclarándose en el apartado 3 del mismo precepto que la violencia de género a que se refiere la ley: <<comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.>>

La Ley Integral opera con un amplio concepto de <<violencia de género>> que permite catalogar como tal cualquier delito si se dan los requisitos del art. 1.1. de la Ley, y esto es, de tratarse de actos violentos ejercidos sobre las mujeres en base a una situación de desigualdad y discriminación, por parte de quien tenga o haya tenido relaciones de

6. Críticas a la ampliación sucesiva del tipo, en LAURENZO COPELLO, p., <<Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada>>, *SERTA*, *In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 834 sgts.

7. LAURENZO COPELLO, p., <<La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal>>, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 07-08, 2005. Posicionamiento doctrinal análogo al que sigue, entre otros, ASÚA BATARRITA, <<Los nuevos delitos de 'violencia doméstica' tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre>>, *Cuadernos penales José María Lidón, "Las recientes reformas penales: algunas cuestiones"*, Bilbao, 2004, pp. 218 sgts.

afectividad con la misma. Y, además, se tipifican específicamente como delitos de <<violencia de género>>, ciertas conductas que ya estaban contempladas y sancionadas, pero que, en base a su consideración como tales, ahora se castigan más duramente, como son: los delitos de lesiones (art. 147,1, en relación con el 148.4); el delito de lesiones leves o maltrato de obra sin lesión (art. 153.1); el delito de amenazas (art. 171.4); y el delito de coacciones leves (art. 172.2). Además de las modificaciones introducidas en tales artículos, se han introducido otras también en la parte general del Código, destacando la del art. 22 al incorporar como circunstancia agravante la comisión del hecho delictivo por razones de género, como algo distinto y separado de la ya existente por razón de sexo. En cuanto a las penas, van desde la prisión a trabajos en beneficio de la comunidad, multa o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, entre otras.

En todos los casos deben darse los siguientes descriptores comunes: a) que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer; b) que exista o haya existido entre ambos una relación de afectividad; y, c) que se trate de actos violentos ejercidos como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Son muchas y variadas las críticas de que ha sido objeto la Ley Integral desde el momento mismo de su promulgación, críticas que básicamente ponen en cuestión su constitucionalidad, al considerarse que ya en su propio planteamiento de base, choca la ley con ciertos derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna. Se objeta en primer término, en efecto, que la Ley, o la interpretación que de la misma se viene haciendo, atenta contra el mandato constitucional de no discriminación, al catalogarse como <<de género>> exclusiva y automáticamente, las agresiones perpetradas por un hombre sobre una mujer, dejando fuera de su ámbito otros supuestos que demandan igualmente atención, como por ejemplo los actos violentos entre parejas del mismo sexo.[8] Del mismo modo se objeta que, pese a la definición que la ley hace ya en su Exposición de Motivos de la violencia de género, como aquélla que es <<manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres>>, presupuesto normativo que justifica su tratamiento autónomo y desligado de los actos de violencia en el ámbito doméstico a los que hasta entonces estaban conectados, viene siendo tendencia casi unánime en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales la de considerar como <<violencia de género>> cualquier acto de violencia del hombre sobre la mujer que sea o haya sido su pareja, presumiendo o presuponiendo que es consecuencia o manifestación de esa discriminación.[9]

8. En este sentido se manifestó sin ir más lejos el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de la Ley, de 24 de junio de 2004. Todo ello dio lugar de hecho a la inaplicación temporal de la ley, hasta que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de su constitucionalidad, en Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. En opinión de LAURENZO COPELLO, p., <<La violencia de género en la Ley Integral">> cit., pp. 11 sgts., la ley responde a una política de acción positiva dirigida a eliminar o paliar la discriminación estructural de la mujer que lejos de tensionar el mandato de no discriminación, supone una concreción del mismo, observado desde su vertiente dinámica.

9. Contra tal posicionamiento se manifestó expresamente el propio Tribunal Supremo, en STS 1177/2009 de 24 de noviembre, reconociendo que <<aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista...>>. En todo

Pero quizá una de las cuestiones más controvertidas y que se han criticado a la ley es la relacionada con la prueba, dadas las particularidades prácticas o especificidades que se dan en estos procesos. No existen, en efecto, desde el punto de vista teórico diferencias en relación con los principios que en tal materia rigen los procesos penales. Pero las particularidades que rodean la comisión de estos delitos, se traducen en la práctica en serias dificultades a la hora de probar los hechos, prueba además y que de ordinario recae de manera exclusiva en la víctima.[10] Lo que en la práctica cuaja como decimos en una serie de cuestiones problemáticas, que tratamos a continuación.

La declaración de la víctima como prueba de cargo

Como apuntábamos, ocurre ciertamente que las más de las veces, al tratarse de delitos que se suceden en el ámbito privado o íntimo del hogar, la única o principal prueba incriminatoria con que cuenta el juez para desvirtuar la presunción de inocencia es la declaración de la mujer, que es a la vez testigo y víctima del delito.[11] Puede darse que tal declaración se acompañe de otras pruebas, como pueden ser la declaración de testigos (ya sea directos o de referencia, como pueden ser familiares o amigos a quien la víctima haya relatado los hechos), partes médicos de lesiones (que sólo acreditan la existencia de las mismas, pero no la autoría), incluso informes policiales u otras pruebas indiciarias,[12] que pueden lógicamente contribuir a que el juez se forme una seria y fundada convicción sobre los hechos.

Pero como decimos, son muchos los casos en que la declaración de la víctima es la principal o única diligencia de investigación y prueba en estos procesos. De tal suerte, que es frecuente que con valor de prueba testifical sea tomada en consideración por el juez, y valorada como única prueba de cargo en los mismos, cosa que expresamente admiten tanto el Tribunal Supremo (Sentencias TS 706/2000, 313/2002, 1317/2004) como

caso, como bien advierte Ribas, e., <<Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual>>, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 402 sgts., el Supremo parte de una suerte de presunción al considerar que <<lo normal será entender que la conducta del hombre sea expresión de su voluntad de sojuzgar a su pareja y de mantener una situación de dominación sobre la mujer colocándola en una situación de inferioridad y subordinación , de forma que sólo *por vía de excepción* cabrá entender ausentes tales circunstancias>>. Otra visión general sobre las motivaciones de la ley en FARALDO CABANA, <<Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de Protección Integral contra la violencia de género>>, *Revista Penal*, num.17, 2006, pp. 85 sgts.

10. A propósito, MIRANDA ESTRAMPES, <<Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género>>, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y mercantiles*, Valladolid, 2009, p. 464.

11. La cuestión se agrava cuando la víctima se acoge a la dispensa de declarar que el art. 416 de la LECrim reconoce a las personas unidas al presunto autor del delito por una relación de parentesco, matrimonio o análoga. De hecho, según la Memoria de la Fiscalía del Estado en la especialidad de Violencia de Género y Doméstica de 2019, de las 1.492 retiradas de acusación registradas por el sistema Fortuny para el 2018, 1348 se justificaron por acogerse la víctima a la dispensa de declarar. Sobre este particular problema, *vid*. entre otros MARTÍNEZ MORA, <<La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)>>, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXIX, núm. 2176, marzo 2015.

12. Plenamente admitida en los procesos penales. Vid. al respecto, entre otras: STC 229/88, de 1 de diciembre; y STS 625/2007 de 12 de julio.

el Constitucional (Sentencias TC 173/90, 229/91). Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba que rige en el proceso penal (art. 741 y 717 LECrim.), no significa que el juez no deba ajustar su decisión a una serie de criterios objetivos; en concreto, y en referencia a la materia tratada, el respeto a los derechos del encausado, in primis a la presunción de inocencia, ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a fijar en reiterada jurisprudencia una serie de requisitos que deben rodear en todo caso la declaración de la víctima para poder ser considerada per se prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia (por todas, STS 238/2011 de 21 de marzo). Y son los siguientes: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, que el testimonio de la víctima no se haya podido ver enturbiado por una serie de condicionantes subjetivos, como el estado psíquico, móvil de odio, resentimiento o venganza hacia el encausado..., que puedan cuestionar su veracidad; b) verosimilitud del testimonio, es decir, que esté corroborado o sea corroborable objetivamente con otros datos periféricos (quedan fuera los testimonios que siguiendo una lógica racional resulten insólitos o inverosímiles); y, c) persistencia en la incriminación, requisito este último que en los procesos que tratamos debe ser valorado no obstante en su justa medida, pues precisamente teniendo en cuenta las especificidades antes apuntadas, no resulta extraño que la víctima se contradiga o incluso cambie su versión de los hechos. El propio estado de tensión psicológica y sufrimiento emocional en que se encuentran estas víctimas puede explicar las más de las veces estas contradicciones, por lo que el juez deberá también tener en cuenta todas estas circunstancias, antes de rechazar sin más testimonios que parecen aspectu primo no estar ajustados a la realidad, por falta de coherencia.[13]

Así las cosas, resulta injustificado a nuestro parecer entender, como algún sector pretende, que el hecho de tomar como única prueba de cargo suficiente la declaración de la víctima, suponga una inversión de la carga de la prueba, lo que desde luego sería, como se ha visto, legalmente insostenible. Lo que en concreto se objeta en tal sentido es que se esté implícitamente "obligando" al encausado a aportar datos que prueben su inocencia, y que desvirtúen la presunción de culpabilidad de la que, en el fondo, y contra los mandatos legales e incluso constitucionales, se está partiendo, para lograr una sentencia absolutoria. Son muchas y todas razonadas, las objeciones que se cabrían hacerse y se hacen a tal planteamiento. Aunque por exceder el cometido y las posibilidades de este trabajo hacer un estudio en profundidad de la cuestión, nos vamos a centrar por su interés y relación con el tema central que nos ocupa en otro derecho fundamental, cuyo contenido se anida directamente con el de la presunción de inocencia, que es el derecho a guardar silencio del encausado. Particularmente, creemos que parte de la problemática expuesta tiene su base en un sobredimensionamiento o cuando menos en una interpretación aislada, no contextualizada, de tal derecho fundamental, como seguidamente explicaremos.

13. A propósito, *vid*. MONTESINOS GARCÍA, <<Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género>>, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, num.17, enero 2017, pp. 131 sgts.

El silencio del encausado. La Doctrina Murray

En primer lugar, y antes que nada, conviene tener en cuenta que, dentro del principio de libre valoración de la prueba que rige en el ámbito del proceso penal en nuestro país, es entendible y justificable que el juez otorgue mayor valor al testimonio de la víctima que a la declaración del encausado, cuando ésta existe y existe contradicción entre las mismas.[14] Más que nada porque el encausado no está obligado a decir la verdad; antes al contrario, en virtud de los derechos que le otorga nuestra Carta Magna en su artículo 24.2, relativos al proceso justo evitando la indefensión, se le legitima a que adopte la postura que quiera: contestar, no contestar e incluso mentir.[15] Por tanto, el problema principal no puede radicar en el valor que deba otorgársele a una y a otra declaración, que a la luz de lo expuesto debe ser distinto. Antes bien, en los procesos por violencia de género, el problema está en que las más de las veces no existe contradicción entre ambos testimonios ya que el encausado se acoge a ese derecho fundamental a no declarar contra sí mismo que le reconoce expresamente el mentado precepto constitucional, y al que es consecuencia del mismo, reconocido en los art. 118.1 g y 520.2 de la LECrim., que es el derecho a guardar silencio.

El derecho a guardar silencio se concibe en efecto como parte de esos derechos más amplios a la defensa y a la presunción de inocencia, reconocidos por todos los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales. Así se advierte expresamente en el art. 7 de la ya mentada Directiva comunitaria 343/2016: «El derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la autoinculpación.»[16] En tal sentido se ha manifestado igualmente nuestro Tribunal Constitucional, al advertir que "Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" (STC 161/1997 de 2 de octubre).

El derecho a guardar silencio permite, por lo tanto, al encausado seguir la estrategia que mejor convenga a su defensa, que puede pasar incluso como decimos por negarse a declarar, sin que de tal silencio puedan extraerse en principio consecuencias negativas para el mismo, toda vez que se trata del ejercicio legítimo de un derecho. Ahora bien, en la praxis jurisprudencial se viene haciendo una interpretación más restrictiva o no tan absoluta de tal derecho, en el sentido de admitir que en ocasiones se puedan deducir

14. La toma de declaración al encausado viene regulada en los artículos 688 a 700 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 41/2015 de 5 de octubre).

15. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, <<El derecho a guardar silencio y a no incriminarse>>, *Derechos procesales fundamentales*, num. 22, 2004, pp. 587 sgts.

16. A propósito de la interpretación de este derecho en la jurisprudencia comunitaria, *vid.* ANEIROS PEREIRA, J. «El derecho a no declarar contra sí mismo ya no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quincena Fiscal*, 2002, n. 17, págs. 9-23.

consecuencias negativas del silencio para el encausado. Es, en efecto, una doctrina asentada del TEDH, admitida igualmente como veremos en nuestra mayor jurisprudencia, que el silencio pueda tener valor auto-inculpatorio, cuando concurra con otras pruebas o indicios de delito, sin que ello comprometa en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia. Tal doctrina encuentra su causa en el conocido caso John Murray c. Reino Unido del 8 de febrero de 1996, que acabó ante el TEDH, en que se enjuició el caso de este ciudadano que había sido detenido junto a otras siete personas por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Habiendo permanecido en silencio durante el interrogatorio y no habiendo respondido a ninguna pregunta tampoco en la fase del juicio oral, había sido condenado por la Corte de Justicia de Irlanda del Norte por instigar y participar en el secuestro. Presentada y desestimada la apelación ante el Tribunal de apelación de Irlanda del Norte, se presentó recurso ante la Comisión Europea, que dio traslado del mismo a este Tribunal. En su fallo desestimatorio del recurso, que se basaba, entre otros, en una presunta violación de los arts. 6.1 y 6.2 del citado CEDH que prohíben utilizar el silencio como elemento probatorio en contra del acusado, consideró el TEDH que sólo existiría violación del derecho a guardar silencio y no auto incriminarse cuando la sentencia se basare exclusiva o esencialmente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a las cuestiones o a declarar. Pero que nada impide, sin embargo, que el Tribunal pueda tener en cuenta el silencio del interesado y extraer consecuencias negativas del mismo cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. Es decir, partiendo de que es la acusación la que debe establecer una iniciación de prueba (prima facie case), si los cargos presentados son lo suficientemente concluyentes como para exigir una justificación por parte del acusado, que no da, cabe deducir de aquí su culpabilidad. En el caso en cuestión, el TEDH consideró en efecto que las pruebas de cargo presentadas contra el recurrente habían sido <<abrumadoras>>, y que por tanto la declaración de culpabilidad extraída de su comportamiento no tuvo como efecto un desplazamiento alguno de la carga de la prueba, lo que habría vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, en aplicación de la citada doctrina Murray, también nuestro Tribunal Constitucional viene atribuyendo en reiterada jurisprudencia un valor indirecto al silencio, en el sentido de corroborar la culpabilidad del encausado, cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del mismo una explicación (STC 202/2000 de 24 de junio; similarmente STC 155/2002 de 22 de julio). Del mismo modo, nuestro Tribunal Supremo ha admitido que se puedan extraer consecuencias negativas de ese silencio cuando existiendo ya prueba objetiva contra él, su negativa a dar una explicación convincente, pueda privar al Tribunal de los elementos precisos para reinstaurar la presunción de inocencia, que había desaparecido (STS 2ª 1180/1985 de 21 de junio). Más explícitamente, en STS 652/2010 se afirma que: <<cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y éste, en el plenario, se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el tribunal sentenciador, sino que el hecho de que se le ofrezca la posibilidad de que dé una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que sólo tiene un valor de robustecer la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo, porque si se le ofrece la posibilidad de dar una explicación, y no ofrece

ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna.>>

De todo lo anterior se deduce que el silencio no puede ser utilizado per se nunca como prueba de cargo, pues ello supondría una violación del derecho a la presunción de inocencia. Pero sí que podrá ser tomado en consideración para robustecer la convicción del juez, cuando ya exista un acervo probatorio suficiente que haya llevado al juez a una conclusión inculpatoria. En tal caso, como se explica en la citada STS 1180/1985, el hecho de no ofrecer una explicación alternativa que contradiga dichas pruebas, y que pueda servir para reestablecer la presunción de inocencia, que ya había sido enervada, no hace sino confirmar su culpabilidad. En todo caso, y volviendo a procesos por violencia de género, la aplicación de tal doctrina choca con el escollo antes expuesto de la falta de pruebas ante la que muchas veces se encuentra el Tribunal.[17] En este sentido, cobra nuevamente relieve el papel fundamental que asume la declaración de la víctima siempre claro está que cumpla con los requisitos objetivos de verosimilitud y veracidad, antes expuestos. Y ante esto, el silencio del encausado también creemos que en ocasiones también deberá ser tenido en cuenta como indicio de su culpabilidad, máxime si tenemos en cuenta que debido al ya apuntado ambiente íntimo en que se suceden estos delitos, él es el único que está en condiciones de ofrecer la explicación que reclama la prueba o pruebas de cargo.[18]

La carga de la prueba

Antes de pasar al examen de las fuentes jurídicas romanas, nos vamos a detener finalmente en un aspecto que nos parece de crucial importancia para comprender la cuestión tratada, y es el de la carga de la prueba. El derecho a la presunción de inocencia, resumido en el célebre aforismo latino *in dubio pro reo*, entronca directamente con la problemática del *onus probandi* o carga de la prueba. Como ya vimos líneas atrás, la comentada Directiva comunitaria 343/2016 establece en sus arts. 6 y 7 que la carga de la prueba recae prima facie sobre la parte acusadora, entendiéndose que se vulnerará la presunción de inocencia toda vez que tal carga se traslade a la defensa.[19] El respeto a tal derecho fundamental exige, en efecto, que sea la parte acusadora la que tenga que aportar las pruebas necesarias que desvirtúen la presunción *iuris tantum* de la que en todo caso hay que partir, y es la inocencia del encausado.

El problema de la carga de la prueba encuentra su perfecto encuadre desde luego en

17. A propósito, MIRANDA ESTRAMPES, <<Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género>>, cit., pág. 464.

18. Para las diferentes posturas a cerca de la valoración del silencio, cfr. entre otros: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, <<El derecho a guardar silencio y a no incriminarse>>, cit., pp. 587 sgts; NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, pp. 253 sgts.; MARCOS GONZÁLEZ, <<El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo>>, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Madrid, 2015, pp. 330 sgts.; o ASENCIO GALLEGO, <<El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia>>, *El proceso penal*, Valencia, 2017, pp. 153 sgts.

19. Postura mantenida similarmente en reiterada jurisprudencia por nuestro Tribunal Constitucional; entre otras, STC 31/1981 de 28 de julio, en que se exige de la parte acusadora <<una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se puede deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el TC quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto>>.

el ámbito de la jurisdicción civil en que rige el principio dispositivo, siendo las partes, demandante y demandado, las que deberán probar los hechos que afirman y los que oponen o excepcionan, respectivamente.[20] Pero el onus probandi también reviste gran importancia en el proceso penal, primero y básicamente por el límite que la concurrencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia impone a la actividad del juez; la acusación habrá de contar siempre con pruebas sólidas, pues la más mínima duda se resolverá siempre y sin excepciones a favor del encausado. En este punto, me resulta de enorme utilidad para comprender la problemática, traer a colación la distinción que el insigne Carnelutti advirtió ya en su día que existe entre carga y obligación, pues aunque ambas -explicaba- suponen un sometimiento de la voluntad, la primera se ejercita siempre en interés propio, en tanto la obligación se impone para la tutela de un interés ajeno.[21] Esto explica y justifica además a mi criterio que el reparto de la carga de la prueba no pueda responder a criterios o parámetros estancos, sino que deberá ser resuelto en cada caso atendiendo a criterios de interés y oportunidad. Se trata en definitiva de atribuir a la regla deducida como veremos de las fuentes romanas, *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, el valor que realmente tiene, pues, aunque sea el actor el que debe aportar primeramente prueba de lo que afirma, también le interesará al acusado probar aquello que le interese que se tome como cierto o verdadero en el juicio.

Creo que estas reflexiones son también importantes para valorar qué consecuencia deba extraerse en cada caso del silencio del encausado; más en procesos como los de delitos de violencia de género en que, como se expuso, el acervo probatorio puede verse muy reducido en la práctica. Volviendo a la interpretación de tal silencio, es claro que el encausado puede adoptar la postura que quiera y es libre incluso como vimos hasta de mentir. Pero cuando el juez entiende dentro de su facultad de libre valoración que cuenta con pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia y le ofrece al mismo la posibilidad de que aporte las de descargo que considere aptas para restituir tal presunción, y se niega, está renunciando indudablemente también a ejercitar una facultad que redundaría en su propio interés. La aplicación de la doctrina Murray en tales casos no conculca pues ningún derecho pues, antes, al contrario, ocurre que tal como se afirma en la citada STS 118/1985, el silencio del encausado priva al juez de ulteriores elementos que podrían restablecer su presunción de inocencia. No creemos en suma que otorgar en ciertos casos un cierto valor o un valor cierto al silencio suponga, como se ha llegado a insinuar, una inversión de la carga de la prueba que, de ser, resultaría desde luego legalmente insostenible. Siguiendo los criterios de lógica y racionalidad que a nuestro juicio deben inspirar la problemática del *onus probandi*, entendemos que diabólico es exigir prueba imposible o extremadamente difícil de aportar, y diabólico es también no

20. Así lo establecen expresamente los artículos 1214 Cc: <<incumbe la prueba de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone>>, y 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 2) <<Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, 3) Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior>>.

21. CARNELUTTI, <<Diritto e proceso>>, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda,* Padova, 1927, pp. 239 sgts.

aportarla voluntariamente en caso contrario.[22]

Junto y ligado al problema de la carga de la prueba, que permitirá resolver los supuestos de prueba dudosa e insuficiencia probatoria, debemos tener en cuenta finalmente que en nuestro ordenamiento jurídico el juez está condicionado por el deber inexcusable que tiene de resolver todas las pretensiones que se le formulen, sin que quepa la opción, que sí tenía el juez en Roma, de desentenderse mediante el juramento *sibi non liquet*, que profería cuando no había logrado tener un firme convencimiento, en un sentido o en otro. Por el contrario, es obligación de nuestros jueces resolver el litigio mediante sentencia, que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, será necesariamente absolutoria, tanto en el caso de ausencia de pruebas, como en el de insuficiencia probatoria.[23] Por ello, y junto a las pruebas propuestas por las partes, el art. 729.2 LECrim., se les faculta expresamente para practicar <<las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.>>[24] Y se entiende que sea así porque a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, aquí las partes no pueden tener disponibilidad absoluta sobre el proceso, pues es antes al contrario al juez a quien compete en base al interés público protegido, perseguir y sancionar los comportamientos delictivos, utilizando para ello todos los medios legalmente posibles. De tal suerte, que como explica De la Oliva, junto a la carga de la prueba que corresponde a las partes, incumbe al juez el deber de probar.[25] Cierto es que en todo caso y en todo proceso la sentencia refleja siempre lo que se ha venido a llamar <<verdad formal>>, esto es, la que se corresponde con los hechos tal y como han sido expuestos y han quedado probados. Pero no es menos cierto que la misión del juez penal es al menos intentar con todos los medios a su alcance, que esa verdad formal, si no ya que se identifique, sí al menos que se aproxime lo más posible a la <<verdad material.>> Por ello, y aunque tampoco han faltado críticas, no debe entenderse que tal iniciativa probatoria de los órganos juris-

22. Sobre la prueba diabólica en el proceso penal, vid. ampliamente PASCUAL CADENA, *La prueba diabólica penal. Entelequia normativa y prisión preventiva*, ed. Bosch, 2021.

23. Así art. 11.3 LOPJ: <<Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes>>. Y art. 742 LECrim.: <<En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar...>>.

24. Se trata de una corrección necesaria que el propio legislador introduce a la regla general afirmada en el art. 728 LECrim.: <<No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas>>.

25. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, Colección CEURA, 1994, pp. 15 sgts. En idéntico sentido, por citar alguna de la doctrina más acreditada del panorama procesalista español, vid.: GOMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1975, pp. 254; GIMENO SENDRA-, V. MORENO CATENA-J. ALMAGRO NOSETE-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal,* T. II, *Proceso penal,* Valencia, 1982, pp. 447 sgts; RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional,* ed. Bosch, 1991, p. 361; ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal,* T. II, Vol. 1, *Proceso penal*, Madrid, 1995, pp. 44 sgts; y GIMENO SENDRA *Manual de Derecho procesal penal,* Madrid, 2013.

diccionales atente o comprometa necesariamente otro principio fundamental que rige el proceso penal, y que es el de la imparcialidad del juez (art. 6 CEDH y art. 24 CE). Como bien explica Montero Aroca,[26] esa imparcialidad exigible al juez que es consustancial al principio acusatorio, significa que no puede recaer en la misma persona el papel de acusador y de juzgador; pero una vez fijado por persona ajena al mismo el objeto del proceso en función de los hechos acusados, que se le reconozcan la juez facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la veracidad de esos hechos no atenta en principio contra su imparcialidad; y así ha quedado expuesto igualmente en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

In summa, hasta aquí hemos tratado de mostrar algunas de las dificultades probatorias que en concreto se dan en los procesos por violencia de género, y algunas de las muchas cuestiones procesales anidadas a las mismas. A partir del principio básico *in dubio pro reo*, se han extraído en efecto una serie de consecuencias que se resumen en otras tantas máximas, tales como *probatio incumbit qui dicit, non qui negat; actore non probante reus absolvitur; o negativa non sunt probanda*, extraídas todas ellos de las fuentes jurídicas romanas, pero a las que quizá se les haya otorgado un valor absoluto, que originariamente no tuvieron. Nos parece por tanto oportuno detenernos sin más dilación en el estudio de esas fuentes, a fin de contextualizar y aclarar el concreto significado y alcance de tales principios.

El onus probandi en las fuentes romanas

El grueso de las formulaciones en torno a la problemática de la carga de la prueba se haya concentrado en el libro 22, título 3 de Digesto, intitulado precisamente <<*De probationibus et praesumptionibus*>>, así como en Código, 4,19, <<*de probationibus*>>. Para introducir la cuestión, conviene tener en cuenta que si prescindimos de las fases más primigenias cuyos pormenores resulta difícil reconstruir, se puede afirmar que desde finales de la República y durante toda la época clásica, el proceso en Roma tuvo naturaleza acusatoria, mientras que a partir del Bajo Imperio se irá afianzando progresivamente el carácter inquisitorio del mismo, acorde a la tendencia intervencionista inaugurada con Augusto y consolidada definitivamente por Constantino. El proceso se iniciaba en efecto con la postulatio del demandante y el reconocimiento en su caso por parte del magistrado de su legitimación activa. La misión del magistrado era la dirección formal del proceso, recayendo absolutamente sobre las partes la carga de la prueba de las respectivas alegaciones, sobre la base de las cuales, que eran además libremente valoradas, el juez (en el ámbito del proceso *civil per fomulas*) o el tribunal (*quaestiones perpetuae*), dictaba sentencia que, por otro lado, era irrevocable.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat

En materia de carga de la prueba o *onus probandi*,[27] se partía de una suerte de regla

26. MONTERO AROCA, <<La garantía procesal penal y el principio acusatorio>>, *Revista la Ley,* 1994, pp. 973 sgts.

27. Sobre el *onus probandi* en general siguen resultando fundamentales, entre otros, los estudios de: DE SARLO, <<*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano>>, AG, 114, 1935,

general que, aunque es enunciada formalmente por Paulo, se deduce igualmente de la casuística anterior:

D. 22,3,2 (l. 69 ad Ed.): *ei incumbit qui dicit, non qui negat.*

En virtud de esta regla o principio general, en torno al cual se hace girar toda la problemática del *onus probandi*, y a cuya plena operatividad y validez actual ha apelado expresamente la jurisprudencia comunitaria,[28] los hechos deben ser probados por quien los afirma, no por quien los niega. Profundizando en la máxima, obsérvese antes que nada cómo el jurista no hace mención a la concreta posición de las partes en la relación procesal.[29] Al margen o con independencia de la misma, incumbe a aquél que afirma o más bien pretende algo la carga de la prueba de los hechos alegados y de las pretensiones que persiga, si quiere obtener un resultado favorable en el litigio. Y esto sería, empleando terminología actual, el demandante los hechos constitutivos, y el demandado los excluyentes, extintivos o impeditivos.

Ilustrativo en este sentido es, en primer lugar, el siguiente fragmento atribuido a Celso, en que discurre el jurista a propósito de la operatividad en un caso concreto de la lex Falcidia:

D. 22,3,17 (Cels. l. VI dig.): *quum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam; quod duum probare non potest, merito condemnabitur.*

En el supuesto planteado, resuelve Celso, que será el heredero interesado en detraer para sí la quarta falcidia el que deba probar que hay lugar a ello y esto así, se desprende, con independencia de si la reclama como actor o la opone como defensa.

De gran interés resulta también la también icónica sentencia de Marcelo que se recoge en el siguiente fragmento extraído de sus Institutiones:

D. 22,3,21 (Marc. l. VI instit.): *verius ese existimo ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, sciisse alienam rem, vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper neccessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

Debatiendo sobre la reclamación de un legado de cosa ajena, entiende el jurista que es más cierto (*verius esse existimo*) que el que intenta la acción, en este caso el legatario, es el que debe probar que el causante conocía esa circunstancia, y no que el heredero deba probar lo contrario, es decir, que no lo sabía con la consiguiente nulidad de la cláusula testamentaria. En el caso planteado, será en definitiva el legatario el interesado en probar (*necessitas probandi*) que la voluntad del testador fue la de constituir un legado obligacional o *per damnationem*. Y, por tanto, apostilla el jurista a modo de sentencia final, que incumbe la carga de la prueba a aquél que actúa (*qui agit*). En todo caso, y pese al tono perentorio del tramo final, el jurista advierte al inicio del mismo que está expresando su parecer (*verius esse existimo*), no que esté operando con una máxima de aplicación general.

pp. 184 sgts.; PUGLIESE, <<L´onere della prova nel proceso romano per formulas>>, RIDA, 3, 1956, pp. 349 sgts; Longo, <<L´onere della prova nel processo civile romano>>, IURA, 11, 1960, pp. 149 sgts.; o GIUFFRÈ, *Necessitas probandi. Tecniche processuali e orientamenti teorici.* Napoli, 1983, pp. 128 sgts

28. A propósito, REINOSO BARBERO, <<Paroemia et regulae iuris romanorum: desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión europea>>, *Glossae. European Journal of legal history*, num. 13, 2016, pp. 605 sgts.

29. En este sentido, *vid.* particularmente GIUFFRÈ, *Necessitas probandi* cit., pág. 128.

En idéntico sentido se interpreta el siguiente pasaje extraído de las Quaestiones de Papiniano en que hace recaer la carga de la prueba sobre el interesado en demostrar el hecho incierto, en este caso su parentesco o estirpe:

D. 23,2,1 (Pap. l. III quaest.): *quoties quaereretur genus vel gentium quis haberet nec ne, eum probare oportet.*

Muy interesante nos resulta también el siguiente fragmento atribuido a Ulpiano en que, tratando un supuesto controvertido de ingenuidad, plantea el jurista una alternativa en cuanto a la situación material con objeto de determinar a quien corresponda la carga de la prueba:

D. 22,3,14 (Ulp. l. II de off. cons.): *circa eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est quis actoris partibus fungatur. et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse; sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui ei controversiam movet, hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum... .*

Para determinar quién deba promover la causa y probar por ende el hecho que afirma, distingue el jurista entre que se encuentre el libertino aparentemente en condición de tal, en cuyo caso le corresponde a él ejercitar la acción y probar su condición de ingenuo o, que se encuentre el mismo en apariencia de ingenuo, pues en este segundo caso será al que le interese probar su condición de liberto el que deba promover la controversia y probar tal extremo. En definitiva, será al que le interese cambiar la apariencia de los hechos el que debe iniciar acción para ello, como igual ocurría en el caso de nulidad de la cláusula testamentaria contemplado por Marciano.

Y así se desprende también del siguiente texto atribuido al mismo jurista severino:

D. 22,3,22 (Ulp. l. I respons.): *eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.*

El que sostiene que el testador cambió de voluntad, sobre él mismo recae la carga de la prueba de tal circunstancia.

La carga primera de la prueba recae como decimos sobre el que ejercita la acción. Y explícito en tal sentido es el siguiente texto de Paulo:

D. 22,3,25,3 (Paul. l. III quaest.): *in omnibus autem visionibus quas praeposuimus, licentia concedenda est ei cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante... .*

Prestado primero juramento por aquél a quien incumbe la carga de la prueba (esto es el actor), afirma el jurista que debe, entonces, concedérsele facultad al mismo para deferir al adversario idéntico juramento sobre la verdad de los hechos. El razonamiento que late en la decisión del jurista lo expone gráficamente Ulpiano, cuando afirma que en relación a lo que excepciona, el demandado se convierte en actor:

D. 22,3,19 pr. (Ulp. l. VII disput.): *in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere... .*

Similarmente y antes que él, ya advertía Celso que además de al demandante, en algunos casos también son exigibles del demandado ciertas pruebas:

D. 22,3,12 (Cels. l. XVII dig.): *quingenta testamento tibi legata sunt, idem scriptum est in codicilis postea scriptis; refert duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus se in testamento legasse, id fecerit; ab ultro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequis videtur, ut petitor probet quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur ...*

La cuestión sometida al parecer del jurista gira en torno a la interpretación de la voluntad del testador que repite en una cláusula codicilar el contenido de un legado incluido en su testamento. Ante la duda de si se trata de la misma disposición, o de duplicar el legado, y de a quien corresponde la prueba de una u otra solución, resuelve Celso que, en línea de principio, lo más equitativo es que el demandante (en este caso el legatario) pruebe lo que afirma, pero también es indudable, añade, que se han de exigir del demandado (el heredero en el caso en discusión) ciertas pruebas. En el caso en cuestión, interesaría al legatario probar la validez de la cláusula codicilar para exigir el crédito, y al heredero prueba de que el pago ordenado por legado ya se ha efectuado, siendo ineficaz (inanem) el codicilo.

Al reparto del *onus probandi* se refiere también el mismo Celso en el siguiente pasaje, extraído de sus comentarios al Digesto:

D. 22,3,9 (Cels. l. I dig.): *si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur an id actum sit, ut ipsius duntaxat persona eo statueretur. sed quamvis verum est, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur, attamen de ipso duntaxat, ac non de herede eius qui convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet, quia plerumque tan heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.*

Sometida a la consideración del jurista la transmisibilidad o no de los pactos, resuelve que con carácter general será el que pretende del heredero la asunción de la deuda, basándose en el carácter personalísimo del *pactum de non petendo* realizado con el causante, el que deberá demostrar tal extremo, incumbiendo después al heredero demandado la prueba del principio contrario que excepciona.[30]

Traemos ahora a colación otro fragmento extraído también del libro de la Quaestiones de Paulo que ofrece datos de sumo interés, pues ofrece una excepción a la regla general del *onus probandi* que en línea de principio recae como se ha visto sobre aquél qui agit. Es el siguiente:

D. 22,3,25 pr.: *quum de indebito quaeritur quis probare debet non fuisse debitum, res ita temperanda est ut, si quidem is qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam hoc negaverit, et ipse qui dedit legitimus probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri compellendum ese ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit, per etenim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse postquam fuerit convictus eam accepisse probationem non debeti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro ese qui accepit nemo dubiat, qui enim solvit nunquam ita resupinus est et facile suas pecunias iactet et indebitas efundant...*

Interrogado el jurista sobre quién debe soportar la prueba en un caso de pago indebido, responde contemplando una doble posibilidad: si el que recibió el pago negare el hecho en sí de haberlo recibido, y demandado se probara por la otra parte que efec-

30. Se trata en todos estos casos, como afirma PIQUER MARÍ, <<Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios que conforman el *onus probandi* en Derecho Romano clásico, en los *Furs* y en *Les Costums* de Tortosa>>, *Glossae*, 14, 2017, pp. 664 sgts., de seguir un criterio de prelación o sucesión lógica en el reparto de la carga de la prueba, en virtud del cual será el demandante, que se encuentra en situación inicial de desventaja, el que deberá aportar la prueba primaria, y sólo en tal caso y en segundo lugar, será el demandado el que deberá aportar las suyas.

tivamente se efectuó el pago, debe entonces el que negó y sin excepción alguna (*sine ulla distinctione*) aportar prueba de que le era debido. Diversamente, si desde el primer momento en que se le demanda la restitución admite desde luego haber recibido la cantidad, entonces será el demandante el que deberá probar que hizo un pago al que no estaba obligado para obtener su restitución. Paulo apoya ambas soluciones en un razonamiento lógico: nadie es tan descuidado como para pagar lo que no debe (<<*nunquam ita resupinus est et facile suas pecunias iactet et indebitas efundant*>>), y partiendo de aquí, establece una presunción a favor del demandado y de la legitimidad de la retentio. Siendo así, será el que demandante el que deberá probar que bien inducido por dolo del demandado, o simplemente por error excusable, realizó un pago indebido. Ahora bien, y esta es la idea que nos interesa sobre todo destacar, la presunción a favor del demandado, con la consiguiente carga de la prueba sobre el demandante, cesa si éste prueba primero que aquél mintió el negar el hecho básico y presupuesto de su demanda, cual sea haber recibido la cantidad que se reclama. Nos encontramos en este último caso, como con acierto advierte Valiño, ante un supuesto de "fraude procesal" que tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba.[31] Igual que para el primer supuesto, el jurista apela aquí también a un razonamiento lógico: es absurdo (<<per etenim absurdum est>>), asevera que quien primero negó siendo incierto haber recibido el dinero, pretenda después exigir a la otra parte que aporte pruebas de su pretensión. Es él el que en tal caso deberá probar la suya, porque la presunción que inicialmente operaba a su favor juega ahora del lado del adversario.

La prueba en la legislación imperial. El principio inquisitivo

Las reglas que, como hemos visto, va introduciendo la jurisprudencia clásica en el ámbito probatorio por vía casuística, cuajarán en una serie de principios que inspirarán la legislación imperial en la materia. Aunque las competencias cada vez mayores que asumirá el iudex en el ámbito del procedimiento cognitorio, que acabará desplazando el ordo iudicorum consolidándose como única forma de proceder en el Bajo Imperio, tendrán un reflejo evidente también en materia de búsqueda y aportación de pruebas. El principio acusatorio que hasta entonces regía en todos los procesos (civiles y penales) será parcialmente sustituido o más bien complementado con la introducción en las cognitiones extraordinariae del principio inquisitorio, que no es más que una manifestación de la creciente centralización e intervencionismo del poder imperial, a partir sobre todo del s. III.[32] En este contexto, se le otorgará al juez, ahora funcionario que asume delegada la función jurisdiccional del emperador y actúa en su nombre,[33] y está dotado

31. VALIÑO, A., <<Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el Derecho Romano>>, *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, pp. 590.

32. Sobre la cuestión, *vid*. REINOSO BARBERO, <<Los principios dispositivo e inquisitivo en el Derecho Romano>>, *SDHI*, 41, 1975, pp. 125 sgts; PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica*, Madrid, 2006; y PIQUER MARÍ -BERNARD SEGARRA, <<La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la pervivencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas>>, *Glossae*, 12, 2015, pp. 153 sgts., con amplia referencia bibliográfica.

33. La función jurisdiccional estaba delegada en los *praefecti (urbis, praetoriis, annonae vigilium)* en Roma, y en los *legati augusti* y los *procuratores*, en las provincias, además de los *iudices dati* para casos especiales.

por tanto del poder coercitivo del que estaba desprovisto el iudex (ciudadano particular) en las fases anteriores, unas amplísimas facultades en la dirección del proceso, que se manifiestan especialmente en el papel activo que asume el mismo en la actividad probatoria. La sentencia ahora se puede apelar ente la instancia superior, que no era otra que el propio emperador (*appelatio ad Caesarem*), por lo que las decisiones deben estar bien fundamentadas.

En este contexto, se entiende que la prueba adquiera ahora una importancia extraordinaria, y por ello, su impulso no se va a dejar a la entera disposición de las partes. En la búsqueda de la verdad, el juez podrá también introducir las pruebas que considere necesarias para lograr formarse un convencimiento sobre los hechos. Esta tendencia intervencionista o inquisitoria se consolida con Constantino, aunque existen disposiciones anteriores que ya dejan ver el papel activo que tanto en la jurisdicción civil como penal va asumiendo de manera progresiva el juez.

La introducción de la *cognitio extraordinem* no supone empero una ruptura con los principios que hasta entonces regían en materia de prueba. El principio de aportación de parte propio del sistema acusatorio vigente hasta entonces es todavía reconocido en la legislación imperial. A comenzar por las siguientes constituciones atribuidas a Antonino Caracalla:

C. 2,1,4: *qui accusare volunt probationes habere debent, quum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. actore enim non probante, qui convenitur etsi nihil ipse praestiterit obtinebit* (a. 212).

C. 4,19,2: *possessiones quos ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere, nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, quum te in probatione cesante, dominium apud eum remaneat* (a. 213)

C. 4,30,3: *si ex cautione tua licet hypotheca data conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petior probare pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto absolutio sequetur* (a. 215).

En todas estas constituciones se parte de la regla clásica *ei incumbit probatio qui agit*, en virtud de la cual la carga primera de la prueba *(onus o necessitas probandi)*[34] recae sobre el que ejercita la acción. La falta de prueba de los hechos alegados por el mismo conduce a la absolución del demandado quien, como se afirma expresamente en la primera de las constituciones, no se verá compelido en tal caso a aportar prueba alguna. Se mantiene por tanto el principio actor non probante reus absolvitur, corolario de la célebre máxima favor *debitoris o in dubio pro reo*, que se presentaba en las fuentes clásicas como consecuencia lógica de la propia estructura de la fórmula en el proceso civil: <<*si paret condemnato/si non paret absolvitur.*>>

Las mismas reglas inspiran las siguientes constituciones de los emperadores Diocleciano y Maximiano:

C. 4,19,8: *frustra veremini ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur* (a. 289)

C. 4,19,19: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod asseverat oportet* (a. 294).

Los mismos emperadores ofrecen poco después la razón que justifica que tenga que

34. La expresión *necessitas probandi* que emplea el emperador en la segunda de las constituciones citadas la encontramos utilizada por primera vez por el jurista Marciano en el comentado fragmento de D. 22,3,21, relativo al legado de cosa ajena.

ser el que afirma, in primis el actor, el que tenga que probar lo que asevera:

C. 4,19,23: *Actor quod asseverat probare se non posse profitendo, reum neccessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (a. 300).[35]

Es la propia razón natural, explican estos emperadores, la que impide que se pruebe un hecho negativo, por tanto, si el demandante no logra probar lo que afirma, no se puede exigir al demandado que pruebe lo contrario, esto es, lo que niega. A similar razonamiento apelaba Caracalla en la primera de las constituciones citadas, cuando afirmaba ir contra la razón y la equidad (<<*neque iuris, neque aequitatis ratio*>>) exigir pruebas al demandado, si el demandante previamente no ha aportado las suyas.

A la imposibilidad de probar los hechos negativos aluden los mismos emperadores Diocleciano y Maximiano en el siguiente rescripto dirigido a un tal Mucazano, posiblemente funcionario imperial:

C. 4,30,10: *...quum inter eum qui factum asseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.*

Resolviendo un controvertido supuesto en que el demandado opone la *exceptio de non numerata pecunia*, argumentan los emperadores que existe gran diferencia entre la posición de aquél que, afirmando haber entregado el dinero debe soportar la carga de la prueba de tal hecho, y la del que excepciona no haberlo recibido, pues de la negación -sentencian- no hay por razón natural prueba alguna.[36]

Interesa en este punto advertir que se ha intentado dar un enunciado general a la conocida regla general negativa *non sunt probanda*, que interpretada *ad litteram* excluye siempre la prueba de los hechos negativos. Pero si se lee bien el texto de las constituciones, se entiende que los emperadores se referían al supuesto en que el demandante no había logrado probar lo que afirmaba, en cuyo caso y aplicando esa lógica natural, razonaban que no debería ser desde luego el demandado el que tuviese que probar unos hechos que no son ciertos, a falta de prueba. Lo cual es distinto que pretender darle ese sentido literal a la regla en relación a los hechos negativos, pues resulta al contrario que en muchos casos el propio fundamento de la demanda o de la acusación representa un hecho negativo; piénsese por ejemplo en los casos de conditio indebiti en que el demandante deberá probar que no había lugar al pago, o cuando se pretende la extinción de una servidumbre por no uso.

Junto con la pervivencia de las reglas clásicas en materia de prueba, se van afianzando otra serie de reglas o principios acordes con la naturaleza inquisitoria de la cognitio

35. A propósito de la constitución dioclecianea, argumenta RASCÓN, C., <<Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano>>, *"Res publica litterarum". Documentos de trabajo del grupo de investigación "Nomos"*, 2005-6, que hasta que no se implantó la *cognitio extra ordinem* no existió necesidad de formular reglas fijas en las que basar la carga de la prueba, pues durante toda la época clásica probar era sinónimo de persuadir, y de ahí que la defensa en los juicios se encargase no a juristas, sino a oradores expertos en tal arte. Es, prosigue Rascón, cuando la administración de justicia se oficializa y las sentencias emanadas por los magistrados que actúan como voz del emperador son recurribles, cuando las partes deben probar sus pretensiones y el magistrado razonar su decisión, y por tanto cuando la prueba debe estar regida por reglas debidamente fundamentadas.

36. *Vid.* en el mismo sentido la citada constitución de Caracalla en C. 4,30,3.

extra ordinem, aspecto éste que se manifiesta especialmente como enseguida veremos en el ámbito de la represión criminal. Comenzamos con sendas constituciones atribuidas respectivamente a Antonino Pío y a Septimio Severo, de las que resulta claro el papel activo que en este procedimiento empieza a asumir el juez:

C. 2,1,1: *ipse dispice quemadmodum pecuniam quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. nam quod desideras ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet* (a. 155)

C.2,1,2: *is apud quem res agitur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inscipienda ad investigandam veritatis fidem iubebit* (a. 194)

El discurso en ambos casos es similar. Es competencia del juez exigir de las partes, tanto demandante como demandado, las pruebas que sean necesarias para inspeccionar e investigar la verdad (<<*inscipienda ad investigandam veritatis fidem*>>), luego claro de que el demandante pruebe en primer término (se advierte expressis verbis en la primera constitución) su pretensión.

Para el caso de que alguna de las partes se negare a aportar la prueba requerida, se faculta también al juez a exigirle que preste juramento. Así lo reconoce expresamente Alejandro Severo en:

C. 3,42,4: *non ignorabit iudex, instrumenta tui iuris quae penes diversam partem fuisse probaveris, si ab eisdem non exhibeantur, iusiurandi in litem facultatem deferri tibi oportere* (a. 230).

A partir de Constantino se intensifica el carácter inquisitorio del proceso, sobre todo como antes apuntábamos en el marco de la jurisdicción penal, acentuándose las facultades del juez no sólo en la fase probatoria, sino también en la incoación y dirección del procedimiento. En su edicto <<*de accusationibus*>>,[37] el emperador disciplina en efecto las diversas cuestiones relativas a la accusatio. El proceso puede iniciarse mediante acusación particular, o de oficio (C.Th. 9,3,1: <<...*sive accusator, sive eum publicae sollicitudinis*...>>).[38] Se mantiene como criterio general la accussatio publica abierta a todos los cives,[39] pero se dificulta la misma al castigarse severamente tanto la falsa accussatio como la delatio anónima (se admitía la tortura o tormento),[40]lo que acabará reforzando la accusatio privada.[41] Iniciado el proceso, de oficio o de parte, el juez no es un simple espectador, sino que desempeñará un rol activo en la investigación y prueba de los hechos. Esto se observa claramente en la siguiente constitución del emperador Constantino:

C. 3,1,9: *iudices oportet in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret, quum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit* (a. 318).

37. C.Th. 9,5,1 y C. 9,8,3.

38. = C. 9,4,1.

39. Así se desprende entre otras de C.Th. 9,1,3 y C.Th. 9,7,2, ambas de Constantino.

40. *Vid*. C. 9,8,3.

41. Exentos del *periculum calumniae* quedaban sin embargo tanto el ofendido como los familiares directos, como se así se declara en una constitución de Alejandro Severo, en relación a la madre que acusare al asesino de su hijo: C. 9,46,2 *pr.* Sobre la cuestión, *vid*. LAURIA, <<*Accusatio, Inquisitio*>>, p. 364; y BISCARDI, A., <<*Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extraordinem*>>, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, I, Madrid, 1990, pp. 235 ss.

En la búsqueda de la verdad, el juez puede actuar con plena libertad para investigar (inquiere) el asunto, así como procurarse las pruebas que considere necesarias, a favor de una y otra parte, para lograr un convencimiento que le permita resolver la causa.[42] De esta forma advierte el emperador, que podrá interrogarles tantas veces como fuere preciso, por si quisieran añadir algo nuevo a su favor.

Se observa como más que una facultad, es obligación del juez la de realizar una completa investigación de los hechos, proveyéndose a tales efectos de todos los medios posibles para alcanzar la verdad.[43] Simultáneamente, esta política intervencionista que obliga al juez a la búsqueda de la verdad someterá asimismo su actividad probatoria a un mayor control, pues se pasa del principio de libre valoración de la prueba al establecimiento de una serie de reglas de valoración a la que debe el mismo someterse. Entre otras, la no validez como prueba de cargo de la declaración de un solo testigo (C. 4,20,2 y C. 4,20,9,1); la graduación en el valor de tales declaraciones en función de la dignidad del mismo (C. 4,20,9 pr.); o la no prevalencia de la prueba testifical sobre la documental (C. 4,20,1 y C. 4,2115).[44]

En derecho justinianeo, como continuación de la tendencia anterior, se acabarán consolidando los poderes del juez en la dirección del proceso, desplazándose definitivamente el principio clásico *actore non probante reus absolvitur*,[45] al otorgársele al mismo facultades de investigación, incluso contra de la voluntad de las partes. Así se desprende entre otras de una epístola de Justiniano dirigida al prefecto del pretorio, que se contiene en C. 4,21,22,1. Reproducimos por su extensión solo la parte que interesa:

... nam quemadmodum is qui in causa aliqua veritatem scire existimatur, invitus quoque ad testimonium compellitur, atque nec si pecunia ei promissa sit ob non dicendum testimonium, nec si contra amicos testimonium dicturus sit, recusare testimonium potest, ita nec is qui instrumentum exhibere petitur, sive quod aliquid acceperit vel speret accipere, sive ob amicitiam eius cui damno futurum est instrumentum potest se ab exhibitione excusare.

Al que se supiera que conoce la verdad, advierte el emperador que se le puede obligar a prestar testimonio, incluso contra su voluntad, y no puede rehusar la prestación del mismo; como tampoco puede negarse el que posea documentos de prueba a exhibirlos en juicio cuando los mismos le son requeridos.

42. Así se desprende también de la siguiente constitución de los emperadores Diocleciano y Maximinano: C. 7,32,5: *quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque que colunum nulla extrinsecus accedente causa ex colendo occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominio tui ius conveni non sinet.* Similarmente, C. 9,9,23,1, de los mismos emperadores.

En relación a la labor de persecución y represión criminal de los funcionarios y jueces, son ilustrativos entre otros: D. 48,3,6, en que recoge el jurista Marciano un rescripto de Adriano explícito en tal sentido. También, Ulpiano, D. 1,18,13 *pr.* relativo a los deberes del *praeses provinciae*.

43. Así se dice expresamente en el tramo final de la citada constitución de Constantino, en C. 9,8,3: *...ut ab omnibus commissi consciis statua vindicta possit reportari.*

44. Sobre la gradual importancia que se le irá otorgando al documento escrito como medio de prueba, *vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN., A., <<Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana>>, *Proyecto de investigación de la Comunidad de Madrid 06/0065/2003 "Derecho Administrativo Romano"*, dir. A.F.B.

45. En este sentido, PIQUER MARÍ -BERNARD SEGARRA, <<La búsqueda de la verdad procesal>> *cit.*, pp. 155 sgts.

A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir que el sistema que se implanta en el Dominado, sobre todo a partir de Constantino, es un sistema acusatorio mixto, en que, si bien se le otorgan al juez plenas facultades en lo que respecta al inicio, y sobre todo al desarrollo del proceso, las partes siguen desempeñando un papel fundamental en uno y otro aspecto. Es responsabilidad del juez investigar los hechos y llegar a la verdad, por lo que es preciso dotarle de los instrumentos necesarios para ello, incluso como se ha visto en contra de la voluntad de las partes. Pero tal iniciativa en la actividad probatoria, que puede y debe asumir libremente, opera a favor de la verdad material y por ende en beneficio de ambas partes. Las antiguas reglas que regían en la jurisdicción en la época clásica, y que han cuajado en principios de validez universal: *incumbit onus probandi qui dicit, actore non probante reus absolvitur*, que giran en torno al a*potegma in dubio pro reo* en que se concreta el derecho fundamental a la presunción de inocencia, inspiran también la actividad jurisdiccional en el marco de la *cognitio extraordinem*, aunque con matices, o casi mejor, con correctores que son puestos al servicio de la iustitia y la equidad.

Llegados a este punto y a modo de resumen, concluimos con una serie de reflexiones comparativas finales, pues con las lógicas diferencias de tiempo y lugar que separan aquellas cogniciones extraordinarias de nuestra actual jurisdicción penal, de alguna forma nuestro sistema no deja de ser heredero de los principios que rigen tal procedimiento extraordinario, sobre todo como hemos visto, a partir del Bajo Imperio. El nuestro sigue también, en efecto, un sistema acusatorio mixto. Se divide en dos fases, una de instrucción o preparatoria, en que se practican diligencias, algunas de las cuales son irrepetibles en el plenario, y en la cual el juez asume un papel más inquisidor, y otra de juicio oral, que coherente con los principios del sistema acusatorio, requiere de la existencia de acusación (siendo necesario que los papeles de acusador, acusado y juzgador recaigan en distintas personas), a la que se le exige además una actividad probatoria mínima, pues los casos de ausencia o insuficiencia de pruebas se resuelven siempre a favor del derecho a la presunción de inocencia. En Roma, la fase de investigación del juez coincide con la propia de práctica de la prueba. La facultad que ya vimos que le otorga al juez el artículo 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, idéntica formalmente a la que a partir del Bajo Imperio se le otorga al funcionario en quien delega el emperador su iurisdictio, no choca con los principios del sistema acusatorio. Igual que es su obligación valorar en conciencia las pruebas que aporten las partes (artículo 741 L.E.Cr.), con mayor motivo deberá en conciencia también proponer otras aquellas que estime necesarias para esclarecer los hechos. Es en suma su obligación, ahora y antes, la de realizar una inquisitio, en el sentido de inquirere, (investigar) completa para alcanzar la verdad material, o aproximarse lo más posible a la misma. Sin embargo, en esta fase de investigación de los hechos, los jueces se encuentran muy limitados actualmente por el techo que a su labor le pone el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que recoge el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial. En pos de esta imparcialidad, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva a la hora de valorar la iniciativa del juez dentro del proceso que debe dirigir. Ad exemplo, y en relación a la facultad que le otorga el citado art. 729.2. o a la que le reconoce el art. 708 del mismo cuerpo legal en relación a los interrogatorios a las partes, ha advertido nuestro Tribunal Supremo (STS nº 1333/2009, de 14 de diciembre) que esta iniciativa probatoria deberá <<ceñirse al objeto de la causa, efectuarse en relación a

las pruebas propuestas por las partes, tener una finalidad aclaratoria y no directamente inquisitiva y, por último, respetar los datos de contradicción y defensa de todas las partes.>> Por nuestra parte, consideramos sin embargo que otorgar un papel activo al juez en la inquisitio, entendida en sentido amplio, como tenía el juez romano en coherencia con el poder coercitivo que asume sobre todo a partir del Bajo Imperio (Constantino, C. 3,1,9), más que algo cuestionable es cuestión de necesidad. Creemos en conclusión que la lectura pausada de las fuentes romanas relativas a la materia puede servir para aclarar o esclarecer algunas de las cuestiones problemáticas que en torno a la prueba se están suscitando en la actualidad, y a otorgar un valor relativo a todos los principios de se han extraído de las mismas, a comenzar por la regla básica in dubio pro reo y las que son consecuencia de la misma. La interpretación flexible de tales máximas con que en todo momento operó la jurisprudencia romana creo que debe ser el modelo a seguir, sobre todo cuando se trata de enjuiciar delitos en que, por sus especificidades internas, la materia de la prueba y sobre todo su interpretación y valor asumen un papel extraordinario.

O princípio "pacta sunt servanda" (Direitos romano e português)

António dos Santos Justo[1]

1. Profesor Catedrático Jubilado da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada – Norte.

Direito Romano

Segundo ULPIANO, o pretor terá dito, no seu *edictum*, o seguinte: *"Manterei os pactos acordados que tenham sido feitos sem dolo, sem infringir as leis, os prebiscitos, os senatusconsultos, os decretos e editos dos imperadores e pelos quais não tenha sido cometida fraude contra qualquer deles"*[2].

Com eta cláusula edital que, embora com alguma interpolação[3], remonta à época republicana[4], o pretor anuncia que protegerá *"todos os pactos honestos y no realizados en fraude de la legalidade, cualqueira que fuera su contenido"*, observa ARMANDO TORRENT[5].

ULPIANO fala-nos de pactos, cuja proteção o pretor concede se forem feitos sem dolo, não infringirem a lei e não incorrerem em fraude. Este princípio, que foi pensado para os pactos e posteriormente estendido aos contratos, foi reafirmado com particular intensidade no direito canónico medieval e acolhido no direito natural, chegando aos nossos dias com as limitações que o acompanharam. São eloquentes as palavras de ARMANDO TORRENT RUIZ:*"La regla pacta conventa servabo se ha convertido en la Historia de la Jurisprudencia europea en paradigma del honor y protección a los acuerdos lícitos entre particulares que Kelsen situo en la pirâmide de toda su teoria del Derecho"*[6].

Justifica-se, portanto, que, em breve síntese, comecemos por referir a evolução que pacto e contrato conhecerem no direito romano.

Na época arcaica[7], o *pactum* teria sido, segundo a doutrina de MANENTI que acolhemos[8], um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, não formal, através do qual as partes terminavam as suas divergências, restabelecendo a paz; daí a relação entre os vocábulos *pactum, pacere e pacisci* que significam fazer a paz, como observamos na Lei das XII Tábuas[9]. Sem revestir as formalidades exigidas pelo *ius civile*, o *pactum* não criava *obligationes* e a sua violação não era tutelada: não havia nenhuma *actio (civlis)*.

Todavia, o pretor não deixou de conceder a tutela do seu direito *(ius praetorium)* não através de ações (pretórias), mas por via duma *exceptio pacti*. Ou seja, ao pactum

2. D. 2,14,7,7: *"Ait Praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo"*.

3. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 839, que assinala algum retoque posterior, como a inserção dos *edicta principum* que, na passagem do século I para II, ainda não eram considerados fontes do direito.

4. Esta época situa-se entre os anos 510 e 27 a.C. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. Introdução. Fontes, 4ª. ed., Coimbra, 1984, p.41.

5. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 839.

6. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 840.

7. Esta época, que decorre entre os anos 753 e 130 a.C., é o período da formação e do estado rudimentar das instituições jurídicas romanas. É carateriza-se pela imprecisão. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *ibidem*, p. 44.

8. Vide MANENTI *apud* ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 836, para quem o conceito de *pactum* é um dos mais discutidos na ciência romanística.

9. Cf. Lei das XII Tábuas, I,6,7; -8,2. Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., ETET, Turim, 1982, p. 487; ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 394; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – (direito das obrigações)*, 7ª. ed., em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra Editora, 2019, p. 143,

começou por ser reconhecida eficácia meramente negativa: servia apenas para paralisar uma ação que, ao arrepio do pacto feito, fosse intentada[10]. É o que observamos no seguinte fragmento de ULPIANO:

D. 2,14,7,4: "*... Por conseguinte, o pacto nu não produz obrigação, mas exceção*"[11].

Deste modo, os pactos não se confundiam com os contratos previstos pelo *ius civile*. Ambos manifestavam a vontade das partes, mas enquanto os contratos são acordos típicos[12] reconhecidos pelo direito civil com as correspondentes actiones, os pactos não eram reconhecidos por este direito: não criavam *obligationes* nem eram tutelados por *actiones (civiles)*. A sua tutela era dispensada pelo pretor através duma *exceptio pacti*[13].

Simplesmente, sensível às exigências da sociedade romana, a *iurisprudentia* passou a distinguir: se um pacto fosse realizado no momento dum contrato tutelado por uma ação de boa fé, tal *pactum adietum*, dito *ex continenti*, integrava esse contrato e, portanto, a sua eficácia impunha-se na própria ação; se fosse feito em momento posterior, este pacto, dito ex *intervallo*, só podia ser tutelado em via de exceção[14]. Esta situação ocorria igualmente se o contrato a que se juntasse fosse tutelado por uma *actio stricti iuris*[15]. Ou seja, foi por via das *aciones bonae fidei* que os pactos foram assumindo a função de criar *obligationes*, abrindo-se a via indiferentemente percorrida pelo *contractus* e pelo *pactum*. Mas não só: a ausência de formalismo, que carateriza os contratos consensuais, reforça o acordo de vontades (*consensos*) como elemento essencial.

A aproximação dos pactos aos contratos está presente em PÉDIO, jurisconsulto romano que viveu nos finais do século I e princípio do século II, ou seja, em plena época clássica central[16], como observamos no seguinte texto de ULPIANO:

D. 2.14.1.3: *"Convenção é uma palavra geral, que se refere a tudo aquilo em que consentem os que tratam entre si de um negócio cuja causa seja um contrato ou transação, pois assim como se diz que convêm os que chegam e se reúnem num mesmo sítio, procedentes de distintos lugares, assim também se diz dos que, movidos por diversas intenções, consentem em algo; isto é, confluem numa opinião. De tal modo convenção é uma denominação geral que, segundo diz elegantemente Pédio, não há nenhum contrato, nenhuma obrigação que não encerre em si uma convenção, tanto se faça pela entrega de uma coisa como por palavras, pois também a estipulação, que se faz por palavras, é nula se não encerra um consentimento"*[17].

10. demandante que, ao arrepio do que acordara, intentava a ação para o condenar. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 145,

11. D. 2,14,7,4: "*... Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*". Cf. também PS II,14,1.

12. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, MIRA, S.A., Zaragoza, 1991, pp. 387-388.

13. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 395: e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 144.

14. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, pp. 395-396; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 487.

15. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 389 e 396.

16. Esta época decorre entre os anos 30 a.C. e 130 e é considerado o período de mais esplendor e de maior perfeição do direito romano. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (ius romanum), cit., p. 47.

17. D. 2,14,1,3" *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen*

A referência de ULPIANO a PÉDIO mostra a autenticidade da sua opinião, pois não faria sentido que um jurisconsulto (Ulpiano) invocasse outro (PÉDIO) e alterasse a sua opinião. Numa palavra, pelo menos no dealbar do século II, *pactum e contractus* têm, em comum, o acordo de vontades[18]; daí, o passo seguinte de, à semelhança, deste, aquele poder criar obrigações tuteladas por ações (*actiones in factum*) embora concedidas pelo *ius praetorium*[19].

Finalmente, com o reconhecimento legislativo de *pacta* ditos *legitima*, produtores de obrigações civis e tutelados pelo direito civil[20] e com supressão do pretor, a distinção entre pacto e contrato é definitivamente eliminada[21].

Por isso, o princípio *pacta sunt servanda* elaborado pelos jurisconsultos medievais a partir do princípio romano *pacta conventa servabo* aplica-se perfeitamente aos contratos que, constituindo acordos de vontades das partes, devem ser plenamente cumpridos[22].

Seria, no entanto, violação grave de valores como a fides, a huamnitas e a amicitia que humanizaram o direito romano. Haja em vista que a *fides* conheceu, sucessivamente, o significado de *ter confiança, responsabilidade e cumprimento fiel da palavra e dos contratos, ou seja, o sentimento de lealdade contratual*; que a *humanitas* implica a obrigação de respeitar e valorizar a pessoa humana; e que a *amicitia* percorre vários institutos, como, *v.g.*, o mandato, a gestão de negócios, o depósito e o comodato[23].

Justificava-se, portanto, que aquele princípio fosse temperado ou limitado em determinadas situações. Sucedeu, *v.g.*, com o *beneficium competentiae*, por virtude do qual a alguns devedores foi reconhecida a faculdade de cumprirem as suas obrigações noslimites das suas capacidade económica[24]. Assim, no clássico processo das fórmu-

generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est". Vide A. SANTOS JUSTO, A *vontade e o negócio jurídico romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*. Organizador, Agerson Tabosa Pinto, IMPRECE – Impressora do Ceará Ltda, Fortaleza, 2003, p. 76.

18. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 389.

19. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 396.

20. A doutrina fala do *pactum de dotis e do pactum donationis*. Em relação ao primeiro (acordo de constituição de dote), Teodósio II e Valentiniano determinaram, em *constitutio* do ano 428, que a sua eficácia depende apenas das palavras, escritas ou não. Cf. C. 5,11,6. Quanto ao segundo (acordo em que alguém se obriga a fazer uma doação a outra pessoa), no direito justinianeu cria a *obligatio* de cumprir a promessa e é tutelado por actio *(civilis)*. Cf. C. 8,53(54),35,5. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – II (*direito das obrigações*), cit., pp. 14413 e 152; ARMANDO TORRENT RUIZ, Manual de derecho privado romano, cit., pp. 396-397; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 489.

21. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 397; e A. BURDESE, *ibidem*, p. 489, para quem, *"caduto l'antico formalismo, ogni convenzione può, con qualche limite, presentarsi como stipulatio, e pertanto viene ormai a risultare priva di significato la massima per cui ex pacto actio non nascitur, benché la si trovi ancor riprodotta nelle fonti giustinianee"*.

22. Vide A. BURDESE, *ibidem*, pp. 592-593.

23. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – I (*Parte geral*), cit., pp. 24-26; e *Manual de direito privado romanbo*, 2ª. ed., Petrony, Lisboa, 2018, p. 13.

24. Na época clássica, o *beneficium competentiae* operava no âmbito do processo das fórmulas através da inserção duma *taxatio in id quod (réus) facere potest* na *condemnatio* da fórmula. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 594; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – I (*Parte geral*), cit., pp. 316-319.

las[25], o pretor ordenava ao juiz que condenasse *"in id quod facere potest"* ou *"in quantum facere potest"*. De entre os casos muito numerosos, destacamos[26]:

a) se o devedor for demandado para cumprir a promessa de doação, só é condenado no que puder fazer (in quantum facere potest)[27];

b) se um dos sócios for demandado por não ter cumprido a sua obrigação assumida no contrato de sociedade, a condenação é limitada ao que possa fazer *(in id, quod facere potest)*, porque *"a sociedade contém, de certo modo, um direito de fraternidade"*[28];

c) se ao marido for pedida a restituição do dote, só deve condenado *"in quantum facere possit"*. Do mesmo modo, se for demandado pela mulher por incumprimento de outro contrato, só deve ser condenado *"in quantum facere potest"*. Por motivo de equidade, igual condenação se deve aplicar à mulher demandada pelo marido[29];

d) se o *filiusfamilias* contraiu uma dívida – *v.g.*, no âmbito do seu pecúlio -- e posteriormente deixou de estar sujeito à *patria potestas do seu paterfamilias* – v.g., porque foi emancipado – e foi demandado para a pagar antes de receber a herança, só deve ser condenado *"in quod facere potest"*[30];

e) se, no processo executivo, o devedor cedeu aos credores os seus bens *(bonorum cessio)* e depois adquiriu outros bens, os credores podem voltar a demandá-lo. Mas a condenação não deve ultrapassar *"id quod facere potest"*, pois *"seria desumano condenar em tudo quem tinha sido despojado dos seus bens"*[31];

f) se o demandado for militar que obteve estipêndios na milícia, a condenação está limitada ao que *"facere potest"*[32];

Finalmente, o direito justinianeu fixou o princípio de que na condenação *"in id, quod facere possunt"*, deve ter-se em conta a pessoa (do devedor) *"para que não fique em indigência"*[33].

Em conclusão, o princípio romano *pacta conventa servabo* foi suavizado em situações nas quais a *iurisprudentia* entendia dever proteger o condenado, afastando a execução de todos os seus bens e, deste modo, assegurar a sua sobrevivência com alguma dignidade.

Direito português

O princípio *pacta sunt servanda*, versão medieval do princípio romano *pacta conventa servabo*, foi acolhido nas Escolas de Glosadores e Comentadores com especial simpatia, afirmando-se, v.g., nas Decretais de Gregório IX, que a violação duma promessa cons-

25. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 311-331.

26. Vide A. BURDESE, *ibidem*, pp. 594-595; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 317-318.

27. Cf. D. 42,1, 19,1.

28. Cf. D. 17,2,63pr.

29. Cf. D. 52,1,20.

30. Cf. D. 14,5,2pr.

31. Cf. I. 4,6,40.

32. Cf. D. 42,1,6pr.

33. Cf. D. 50,17,173pr.

tituía pecado: é *peccatum* não respeitar a palavra dada[34]. E, embora sem a consideração pecaminosa, a Escola do Direito Natural, deu-lhe uma base moral[35].

Não surpreende, por isso, que, acolhido como regra pelo direito canónico e pelo direito natural, aquele princípio encontrasse um ambiente favorável à sua perpetuação nas diversas legislações.

Em Portugal, fortemente influenciado pelo direito canónico, pode afirmar-se que se impôs a sua receção juntamente com os limites que a dignidade humana impunha. Note-se que, nas nossas Ordenações, o direito canónico afastava as soluções pecaminosas do direito romano[36].

No século XVIII, depois de ter ensinado que *"hoje não há diferença nenhuma entre pactos e contratos"*[37], de referir que *"hoje não se dá lugar ao arrependimento nem nos pactos nem nos contratos inominados, porquanto aquele que prometeu dar ou fazer alguma coisa obriga-se a cumprir"*[38] e de observar que *"as obrigações dissolvem-se de muitos modos, o principal dos quais é o pagamento"*[39], PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE fala-nos do *beneficium competentiae* e dos *rescritos moratórios*.

Em virtude deste beneficium, *"determinados devedores não são obrigados acima das suas faculdades, devendo-se deixar-lhes dos bens executados o bastante para as suas necessidades vitais a fixar conforme a qualidade do devedor pelo arbítrio do juiz"*. Refere ainda que *"este benefício é atribuído, segundo os costumes, não só aos pais, filhos, irmãos, sócios, etc. que o direito romano recorda (...), mas também a outros como os clérigos apenas constituídos em ordens sacras ou possuidores de benefícios eclesiásticos, os nobres, doutores, magistrados, universidades, igrejas, mosteiros e os corpos ou colégios aos quais se devem destinar certos bens para refeição dos edifícios públicos e pagamento dos salários dos administradores e criados"*. E nota que *"o benefício de competência já não se pode dizer um benefício, isto é, um privilégio concedido apenas a certas pessoas, mas um direito comum a todos"*. A extensão deste privilégio explica-se por nos encontrarmos numa época marcada pela influência do direito natural[40] que desde cedo o acolheu com a maior simpatia.

Em relação aos rescritos moratórios, MELO FREIRE observa que *"estão em uso as* chamadas cartas de respiração, ou moratórias", que, citando, BOEHMERO, *"não são outra coisa senão um benefício que o Príncipe concede aos devedores, crivados de dívidas por*

34. Vide JOHANNES BÄRMANN, *Pacta sunt servanda. Considérationes sur l'histoire du contrat consensual, na Révue Internationale de Droit Comparé*, 13, Paris, 1961. p. 34.

35. Vide JOHANNES BÄRMANN, *ibidem*, p. 44.

36. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 345.

37. Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, VI, no Boletim do Ministério da Justiça (BMJ) 168, 1967, p. 43.

38. Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, p. 44.

39. Voltamos a transcrever PASCOAL JOSÉ DE MELO, *ibidem*, p. 99.

40. Recordamos que PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE foi, nas palavras de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cif., p. 416 *"o mais destacado executor das novas orientações"* acolhidas nas reformas pombalinas marcadas pela *recta ratio* jusnaturalista. Vide também as pp. 400-420; e A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, 2005, pp. 47-54.

falta de sorte e não por sua culpa, para que nada se lhes peça dentro de determinado espeço de tempo". Esta matéria, que configura um instituto que o direito português acolheu desde os primeiros tempos[41], mostra a preocupação humanitária de proteger determinados devedores aos quais é concedida a extensão do *espaço de tempo*. Trata-se apenas de devedores que, nas palavras de MELO FREIRE, *"são dignos de compaixão"* e desde que concorram as seguintes condições:

1) a extensão do tempo não deve ultrapassar cinco anos (fala-se de tempo *"honesto e razoado"*)[42];

2) não deve ser concedido mais de uma vez;

3) são contemplados os devedores pobres que não podem pagar até ao dia aprazado por carência de meios e os que *"perderam a fazenda por desfavor da sorte e não por culpa sua"*;

4) os devedores contemplados devem ter *"alguma esperança de que venham a criar outra economia em que possam, com engenho, trabalho e moderação de despesas, restaurar o património perdido"*;

5) devem garantir o pagamento da dívida com fiança ou penhor no novo prazo[43].

E MELO FREIRE termina, referindo que *"a carta de espaço do tempo ou graça d'el Rei só pode ser admitida por justas e gravíssimas causas (...) E a razão é porque fere os direitos dos credores, e contraria a boa fé dos contratos, que é a coisa mais sagrada entre os homens"*. E fala, ainda, como causa comum digna do maior favor, *"o ataque do inimigo, uma grande esterilidade dos campos"* e o devedor que *"se ausenta em serviço da República ou por ela vai combater em terra ou mar"*[44].

De novo nos encontramos sob a influência do direito natural que, como já referimos, domina a época iluminista em que PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE desenvolveu a sua atividade de jurisconsulto brilhante. Importa, no entanto, distinguir: enquanto o *beneficium competentiae* traduz-se na diminuição da dívida para proteger a sobrevivência do devedor, as *cartas de respiração* são simples moratórias e, portanto, só dilatam o prazo para o devedor, a quem são concedidas, pagar a sua dívida.

Todavia, os tempos mudaram e à época do direito natural racionalista sucedeu a época do individualismo (político, jurídico, económico) que se impôs na sequência de Revolução liberal de 1820[45]. O homem, que *nasce dotado de certos direitos naturais e inalienáveis"*, encontra no Estado *"o promotor e defensor dos seus direitos individuais e originários"*[46]

Fiel às ideias do seu tempo, o Código Civil de Seabra *"gravita em torno do sujeito ativo da relação jurídica"*, tomando-se *"por base a diretriz, então dominante, segundo a qual cada um trata de si, contanto que deixa salva a liberdade dos outros"*[47]. Não surpreende, por isso, que tenha consagrado o princípio segundo o qual *"os contratos,*

41. Está consagrado nas sucessivas Ordenações: Afonsinas, 3,111; Manuelinas, 3, 79 e 80; e Filipinas, 3, 37 e 38.

42. Cf. Ord. Filipinas, 3,37.

43. Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, cit., pp. 105-107.

44. Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, cit., pp. 105-107.

45. Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 431.

46. Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 479-481.

47. Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 479-481.

legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as exceções especificadas na lei"[48].

No século XX, marcado por uma sociedade menos individualista e mais social, esperar-se-ia que o Código Civil de 1966, que acolheu a nova tendência social do direito[49], recuperasse a velha figura do *beneficium competentiae*. Todavia, o Código excluiu-a[50], optando-se pela exigência da realização integral da prestação[51], embora com desvios à regra clássica *pacta sunt servanda* que se traduzem em violações da estabilidade contratual que podem resultar da vontade das partes, de uma providência legislativa e da intervenção judicial[52].

Merece destaque o instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias que atribui *"à parte lesada por alteração anormal das circunstâncias que a levaram a contratar o direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, "desde que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*[53].

Simplesmente, o Código Civil não está desacompanhado. O Código de Processo Civil protege os executados em determinadas condições. Consagra, v.g., a impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho indispensáveis ao exercício da atividade profissional do executado[54]; dos bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontram na casa de habitação efetiva do executado[55]; de dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários e prestações periódicas pagas a título de aposentação, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado[56]; etc.

Ou seja, o ordenamento jurídico português continua a consagrar a velha máxima *pacta sunt servanda*, com as limitações que o direito romano do imperador Justiniano não afastou, exatamente para que o devedor *"não fique em indigência"*.

48. Cf. art. 702º.

49. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 534

50. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª. ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 996.

51. Cf. art. 763º., nº. 1. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., pp. 995-999.

52. Cf. art. 406º., nº. 2. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 316, para quem *"os tribunais interferem, neste caso, ou com um fim supletivo (ex.: art. 777º., nºs. 2 e 3), ou corretivamente (ex.: arts. 283º. e 812º.)"*.

53. Cf. art. 437º., nº. 1. Sobre os desvios ao princípio da estabilidade dos contratos e a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, *cit*., pp. 316, 317-322 e 323-349.

54. Cf. art. 737º., nº. 2.

55. Cf. art. 737º., nº. 3.

56. Cf. art. 738º., nº. 1.

Conclusão

1. O princípio *pacta sunt servanda* foi elaborado pelos jurisconsultos medievais a partir do princípio romano *pacta conventa servado* de que temos conhecimento a partir de um texto de ULPIANO. Segundo este princípio, o pretor assegurava a proteção dos pactos feitos sem dolo e sem ofensa à lei.

2. Este princípio foi pensado para os pactos e posteriormente estendido aos contratos. A sua extensão aos contratos resultou da aproximação dos pactos aos contratos com o reconhecimento da vontade das partes como elemento essencial dos negócios jurídicos. Esta ideia está presente no jurisconsulto romano PÉDIO, que viveu nos finais do século I e princípio do século II, ou seja, na época clássica central.

3. Esta doutrina foi consagrada, sucessivamente, no plano legal, com o reconhecimento legislativo dos *pacta ditos legitima,* produtores de obrigações civis e tutelados pelo direito civil. E, com supressão do pretor, a distinção entre pacto e contrato está definitivamente eliminada.

4. Por isso, o princípio *pacta sunt servanda* aplica-se perfeitamente aos contratos que, constituindo acordos de vontades das partes, devem ser plenamente cumpridos.

5. Todavia, a defesa de valores acolhidos no direito romano como *a fides, a humanitas e a amicitia determinou* que o princípio *pacta conventa servado* (origem do princípio *pacta sunt servand*a) fosse limitado ou temperado em determinadas situações. Assim ocorreu com o *beneficium competentiae*, por virtude do qual a alguns devedores foi reconhecida a faculdade de cumprirem as suas obrigações nos limites das suas capacidades económicas. Ao mesmo tempo, em diversas situações, o pretor ordenava ao juiz que condenasse *"in id quod facere potest"* ou *"in quantum facere potest"*. E, finalmente, o direito justinianeu fixou o princípio de que na condenação *"in id, quod facere possunt", deve ter-se em conta a pessoa (do devedor) "para que não fique em indigência"*

6. Na Idade Média, o princípio *pacta sunt servanda foi*, com as suas limitações, reafirmado com particular intensidade no direito canónico. E posteriormente, na Idade Moderna, foi acolhido no direito natural e chegou aos nossos dias.

7. O direito português, fortemente influenciado pelos direitos romano e canónico, consagrou o princípio *pacta sunt servanda* com as suas limitações.

8. No XVIII, MELO FREIRE, depois de reconhecer que os direitos dos credores e a boa fé dos contratos é a coisa mais sagrada entre os homens, fala-nos do *beneficium excussionis* que protege determinados devedores aos quais devem ser deixados bens para as suas necessidades vitais, a fixar conforme a qualidade do devedor pelo arbítrio do juiz. E nota ainda que o benefício de competência já não é um benefício, isto é, um privilégio concedido apenas a certas pessoas, mas um direito comum a todos. A presença do direito romano justinianeu é clara.

9. Juntam-se-lhe as "cartas de respiração ou moratórias" concedidas a certos devedores que, embora não diminuam as dívidas, protegem a sua sobrevivência dilatando os prazos de pagamento.

10. Com o individualismo consagrado em consequência da Revolução Liberal de 1820, o princípio *pacta sunt contrata* adquiriu eficácia absoluta, sem as limitações que remontam ao direito romano. E assim ocorreu no Código Civil de 1867, embora tenha consagrado as exceções especificadas na lei.

11. Finalmente, no século XX, marcado por uma consciência mais social, esperar-se-ia que o *beneficium competentiae* fosse acolhido. Todavia, foi excluído, optando-se pela exigência da realização integral da prestação. Mesmo assim, não deixou de ser consagrado o instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias que pode limitar o velho princípio *pacta sunt servanda*.

12. No entanto, o Código de Processo Civil protege os executados em determinadas condições que mostram a presença do velho princípio romano de que o devedor não deve ficar em indigência.

Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

Mª Teresa Duplá Marín[1]

1. Universidad Ramón Lull, Barcelona.

Punto de partida: la necesidad de integrar el nuevo paradigma de la convención en el ADN del derecho de la persona[2]

La reciente publicación en España de la Ley 8/2021, del 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) culmina, sin duda, una de las reformas más importantes, controvertida pero, a la vez esperada, de los últimos tiempos en el ámbito del Derecho privado estatal, al adaptar nuestra normativa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (a partir de este momento la Convención de 2006 o la Convención)[3].

La Ley 8/2021 conlleva, más allá de la supresión de la incapacitación y de la evidente ruptura con la clásica configuración de las instituciones tutelares[4], un cambio sustancial

2. El presente trabajo ha sido aceptado y publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 788, pp 2-28 (2021-22).

3. Convención que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008 tras la publicación en el BOE del Instrumento de Ratificación de la misma (número 96, 21 de abril de 2008), tal y como se dispone en el artículo 96 de la Constitución, prevaleciendo sobre el derecho interno, como reconoce la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos internacionales (art. 31: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional) y considerándose norma de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como se dispone en la Constitución (art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España). Dicho lo cual, la complejidad de los principios que establece y la amplitud de los efectos que conlleva han sido las principales causas del retraso en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, generándose en la última década múltiples y confrontadas reacciones de la doctrina, una vasta bibliografía en torno a ella, y siendo a día de hoy, una vez publicada la Ley 8/2021, uno de los temas que sin duda alguna va a seguir centrando la atención de la profesión jurídica y la academia.

4. En este sentido, la Ley 8/2021 responde en términos generales, como se indica en el Preámbulo, a la necesaria adecuación de nuestro Código civil a los principios de la Convención de 2006, cuyo artículo 12, esencial en el conjunto de la norma, como hemos indicado, proclama la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás y en todos los aspectos de la vida. En síntesis, el nuevo sistema creado debe sustanciarse sobre el respeto y la preferencia, siempre que sea posible, a la libre voluntad de la persona con discapacidad, antes que la sustitución en la toma de decisiones. Además, se parte de una nueva idea de capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. La idea central es la de apoyo a la persona en sentido amplio que abarca diferentes posibilidades, desde el acompañamiento amistoso a la representación en la toma de decisiones, y que podrá beneficiarse de medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de que su situación de discapacidad haya obtenido algún reconocimiento administrativo. La idea fundamental es que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y, dicho derecho, debe ser respetado pues se trata de una cuestión de derechos humanos. Muchas barreras vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella sino de barreras cognitivas, actitudinales y jurídicas. Los agentes implicados deben prestar sus funciones partiendo de los nuevos principios allí expuestos.

A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias que puede tomar la propia persona con discapacidad, partiendo siempre de la idea de un sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad: poderes y mandatos preventivos y auto curatela. Se refuerza también la figura de la guarda de hecho que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional cuando se

en nuestro Derecho de la persona ya advertido, e incluso denunciado, a lo largo de su complejo proceso de elaboración por parte de la doctrina[5]. Un cambio que no puede dejar a nadie indiferente, al introducir una auténtica modificación de conceptos básicos y esenciales asentados históricamente en la doctrina y en la jurisprudencia y que, por ese carácter esencial indicado, afectan a todos los ámbitos jurídicos y a los diferentes Derechos Civiles de nuestro país[6]. Me estoy refiriendo, en concreto, a la nueva configuración jurídica de la capacidad jurídica, calificada en la Convención como «legal capacity» (art. 12), y a la supuesta unificación en ella de la clásica distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar que, como en su día, anticipó parte de la doctrina[7], por su calado y los relevantes efectos que pueden derivarse merecen, cuanto menos, de algunas reflexiones previas a su aplicación y desarrollo.

Además, este cambio de paradigma debe ponerse indefectiblemente en conexión con

manifiesta como suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad (generalmente un familiar ya que la familia sigue siendo el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen), sin que precise de investidura judicial formal. Si tiene que hacer una tarea representativa, se prevé que sea necesario que obtenga una autorización judicial ad hoc, previo examen de las circunstancias.

La principal medida de apoyo judicial es la curatela que será principalmente de naturaleza asistencial. En casos excepcionales puede ser curador con funciones representativas. Se eliminan la tutela, la patria potestad prorrogada y la rehabilitada. Se regula también la figura del defensor judicial, para los casos de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la figura de apoyo o cuando no sea posible que ésta coyunturalmente lo ejerza.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente deberán ser revisadas periódicamente y en un plazo máximo de tres años o, excepcionalmente, hasta seis años y siempre ante cualquier cambio que precise modificación. La resolución judicial no puede hacer declaración de incapacidad ni privación de derechos personales, patrimoniales o políticos. Se suprime la prodigalidad como figura autónoma porque puede encajar en cualquier medida de apoyo. La tutela, con su tradicional componente representativo, queda reservada a los menores que no estén protegidos por la patria potestad. El complemento de capacidad requerido para los emancipados para ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

El Registro Civil se convierte en pieza central del nuevo sistema pues hará efectiva la preferencia que éste atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de si misma o sus bienes. Por respeto a sus derechos fundamentales, en concreto intimidad y protección de datos personales, las medidas de apoyo accederán al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

5. MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*. Madrid: Reus, pp. 113-144, confeccionado antes de la aprobación de la Ley 8/2021.

6. Con la consecuente necesidad de modificar lo antes posible, y en lo que sea necesario para su adaptación, la normativa de los distintos derechos forales, como ha ocurrido, por vía de ejemplo, en la Comunidad Autónoma catalana con la publicación del Real Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, que si bien tiene carácter provisional, supone la eliminación de las figuras tutelares y su sustitución por la actual figura de la asistencia, con asunción del compromiso de elaborar una normativa ad hoc a lo largo de los próximos meses. Vid. al respecto, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm.9859, 5619/2021, 1-10.

7. En relación al precedente proyecto 121/27 cuyo periodo de enmiendas tuvo que ser prorrogado. Vid. ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/21. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 14-15.

la propuesta subyacente de cambio terminológico, esto es, la supresión del término jurídico incapacitado y su sustitución por el de persona con discapacidad, cambio sobre el que también reflexionaré en estas páginas, y cuya efectiva implementación también va a precisar, si pretendemos cierta coherencia en su uso, de ciertas matizaciones.

Dicho esto, el telón de fondo de mi trabajo es la máxima romana tutor *datur personae, curator rei*, "el tutor se nombra para una persona y el curador para un patrimonio", máxima que, sencilla en su sintaxis y semántica precisa, tal y como en su día apuntó el Prof. Ricardo Panero, de una breve interpretación y contextualización con el fin de matizar el sentido de fondo de la misma que, sin duda, va más allá del simple significado de las palabras.

Así, como matiza Marciano en D.26,2,14 lib. II Inst. (*tutor personae, non rei vel causae datur*), "el tutor se nombra para una persona, no para un asunto o para un litigio" y como afirma Paulo, en D. 23,2,20 lib sing. ad Or. Div. et Sev. et Com. (*officium curatoris in administratione negotiorum constat*), "el deber del curador consiste en la administración de los negocios".

Esto es, si bien es cierto que el tutor se nombra para una persona, la finalidad originaria de la tutela es la protección del patrimonio familiar en el caso de menores *sui iuris*, y, en cuanto a la curatela, si bien es cierto que el curador debe cuidar el patrimonio, el paso del tiempo y el acercamiento constante de ambas figuras va a provocar que los juristas, en concreto Juliano, también afirmen que, entre los deberes del curador, salvo en el caso del pródigo, también está el de cuidar a la persona[8].

Por todo ello procede, en este momento de cambio, traer a colación y recordar la función para la cual se crea la tutela y evoluciona desde su origen romano, indicada, parece que por el jurista Servio Sulpicio, y citada por Paulo, "para proteger -*ad tuendum*- al que por su edad no puede defenderse por sí mismo"; también la etimología del término curatela, que comporta la idea de cuidado, y curador, por tanto, es el que cuida; y finalmente, la afirmación de Gayo en relación al furiosus, esto es, "el que no puede hacer ningún negocio porque no comprende lo que hace". En síntesis, tutela y curatela van ligadas en época romana directamente a la idea de protección, de cuidado y de falta de comprensión de lo que se hace.

El régimen de la tutela y de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico español anterior al 3 de septiembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2021, sin duda tenía su origen en las instituciones tutelares romanas y sufrió diferentes cambios en función de la propia evolución de nuestra sociedad. En síntesis, el sistema se caracterizaba por lo siguiente:

1) la tutela, se reservaba para los supuestos más graves y necesitados de ayuda, ejerciendo el tutor de representante del incapacitado bajo un nombramiento y control judicial y supliendo, por tanto, la falta de capacidad de obrar del incapacitado;

2) la curatela, por su parte, se reservaba para el resto de incapacidades menores, y para la prodigalidad, en las que el curador acompañaba al incapaz con su consentimiento, por tanto, similar a la auctoritas interpositio romana. Todo ello siempre tras

8. Vid. por todos, reciente trabajo de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Reus Editorial.

pronunciamiento judicial y control subsiguiente, en los términos de lo indicado por la sentencia para cada caso.

Por todo lo dicho, una eficiente y real puesta en marcha en un futuro próximo del nuevo escenario de la Ley 8/2021 requiere, como paso previo y necesario, de una buena integración de la «nueva capacidad» y de la «nueva discapacidad». Y para ello me propongo analizar, desde los elementos clave de los orígenes de la reforma, no sólo su mera traslación a los diferentes ámbitos del Derecho si no, a mí juicio, lo que es más importante teniendo en cuenta lo anterior, el nuevo significado y alcance jurídico que cabe otorgarles a partir de ahora. Todo ello, sin olvidar la relevancia de reflexionar en torno a la supresión del significado previo del término incapacidad, vinculado al estado civil de la persona, así como la concreción del nuevo significado en su futuro uso en el tráfico jurídico.

Y es que, como indicó Clavería[9], es característica de algunos textos normativos actuales, entre ellos ciertos convenios de Naciones Unidas, un lenguaje más educativo, ideológico, filosófico, sociológico o psicológico antes que jurídico, que indica una mentalidad a fomentar, antes que establecer reglas y deberes definidos. Además, como concluye Torres Costas[10], no hay que perder de vista que la Convención es fruto de una intensa negociación en la que participaron Estados de todo el mundo, organizaciones no gubernamentales y un hecho sin precedentes que ha constituido un verdadero hito histórico: representantes de la sociedad civil y, de manera muy destacable, las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual y psicosocial. Y, siendo esto así, la Convención acaba introduciendo lo que ha sido calificado como «modelo social de la discapacidad», siendo el art. 12 el núcleo central sobre el que se sustenta este nuevo modelo y objeto del presente estudio.

En este sentido, en el contexto actual de puesta en marcha de un proceso de modificación sustancial de principios, de mentalidad y de enfoque respecto de las clásicas instituciones tutelares de protección y guarda de los incapacitados, ahora de apoyo a las personas con discapacidad, cualquier análisis que se pretenda hacer en torno a las novedades introducidas por la mencionada Ley 8/2021 considero que requiere, para una adecuada comprensión e interpretación de su sentido y alcance, de una breve remisión y contextualización de los principios y elementos inspiradores de la reforma en su origen. Puesto que, como en su día apuntó Capogrossi Colognesi[11], al hilo del proceso de unificación del derecho europeo, solo siendo conscientes de las complejas dimensiones de los fenómenos, podremos afrontar los problemas planteados por la profunda transformación

9. Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, cit., 115. Vid. también reflexiones de MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 111, 277 y ss.

10. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CNUDPD), tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, p. 374 [En línea], disponible en http://hdl.handle.net/10347/23196.; TORRES COSTAS, M.E. (2020). La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid: BOE [En línea] https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168.

11. Citado por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: Derecho Romano-ius commune-derecho europeo.* Madrid: Edisofer SL. (p. 350).

que están sufriendo nuestros saberes.

Y para ello resulta necesario echar la vista atrás en el punto de partida de esta, esto es, el proceso de elaboración de la Convención desde el año 2002 hasta el 2006[12], cuyo Preámbulo parte de la concepción de la discapacidad como un «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». A partir de esta declaración, la citada Convención reconoce «la diversidad de las personas con discapacidad», y afirma que la discriminación contra éstas «constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano» y reconoce, en consecuencia, «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad», así como «la importancia que para estas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Como he anticipado, hay que tener en cuenta que la participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad fue uno de los aspectos más novedosos y enriquecedores del proceso de elaboración de la Convención, inspirado desde el principio por el lema acuñado por dichas organizaciones: «nada para nosotras sin nosotras», que resumía a su vez el espíritu e ideología del nuevo modelo social de la discapacidad que, sin duda alguna y como veremos en las siguientes páginas, ha impregnado toda la reforma. Es, por tanto fundamental, como apunta Torres Costas, conocer la importancia y magnitud de la participación de las personas con discapacidad en el diseño y espíritu de esta Convención, para saber interpretar las normas en curso o implementar nuevas políticas o normativa relativa al tratamiento de la discapacidad[13].

Se trata, en definitiva, de una reforma estrechamente vinculada a la protección de los derechos fundamentales. Y en este sentido, el art. 1 recoge como propósito de la Convención «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» indicando que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo». A continuación, y a lo largo de todo el redactado, se establece una protección integral que va desde el ámbito jurídico a la libertad de desplazamiento, pasando por el derecho a vivir de forma independiente, la libertad de expresión, la educación, la salud, el trabajo y el derecho a participar en la vida política y publica, por citar algunos de ellos.

Hasta aquí, en mi opinión, y como no podía ser de otro modo, se trata de una gran declaración, coherente y oportuna, que ha generado unos cambios muy necesarios en diversos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad[14] pero que, en términos de

12. Vid. al respecto TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*...cit., 12 n.44.

13. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*..., cit., 10-11.

14. Siendo más de 1000 millones las personas en el mundo que, según datos de la Organización Mundial de la Salud 2020, presentan alguna forma de discapacidad. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health (última visita 16.11.2021). Al respecto, MARÍN VELARDE, A. (2021) La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*. Madrid: Reus (pp. 170-171 y

capacidad ante el Derecho, encierra un profundo cambio de escenario, nunca antes visto, con consecuencias nada desdeñables y que merece, cuanto menos, de algunas breves reflexiones sobre el alcance, la integración en nuestro sistema jurídico y los límites[15].

Esta es la razón última del presente estudio que partiendo de la inevitable preocupación, en mi doble vertiente docente y profesional, por la necesidad de una normativa clara y coherente que ofrezca garantías de protección y seguridad jurídica, y fruto de mi debilidad por el estudio de la historia de las instituciones jurídicas y la dogmática jurídica, no tiene mayor pretensión que la de ofrecer una visión interpretativa de los cambios, en el contexto de la razón de ser y de la utilidad que siempre debe caracterizar al Derecho en general. Un Derecho que, hoy más que nunca necesita, fruto, entre otras circunstancias, de la globalización, de unas sólidas y consistentes instituciones jurídicas, y de una terminología precisa al servicio de éstas[16].

Ya que no cabe olvidar, parafraseando a Capogrossi Colognesi, que es función de nuestra tradición científica que un conocimiento histórico esté en grado de dar sentido a la construcción de los grandes sistemas y categorías generales, explicando cuanto haya de erróneo y de peligroso. Y, en este sentido, resulta inútil, como en su día apuntó Talamanca[17], pretender una armonización del Derecho que no implique una unificación de los modos de pensar el Derecho, y éstos se armonizan o unifican sobre todo con la intervención de la ciencia del Derecho.

Sirvan, en definitiva, las siguientes páginas simplemente como primeras reflexiones en un proceso de cambio esencial de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de nuestra sociedad.

Análisis del alcance de los cambios terminológicos: una propuesta de interpretación

Como en su día advirtió el Consejo de Estado, hay que tener muy presente como punto de partida de cualquier reflexión, y de ahí los problemas de interpretación que pueden plantearse que «la persona con discapacidad tiene en la Convención un alcance general que va más allá del sector específico que trata de protegerse en el citado art. 12. La Convención no opera con las categorías específicas que conoce nuestra legislación en otras leyes»[18].

n. 1). Vid. interesante resumen de lo que queda todavía por hacer en nuestro país en VIVAS TESÓN, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez. Madrid: Reus (pp. 161-166).

15. Dificultades de integración que ya han sido anunciadas por la doctrina. Vid. por todos, MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G., (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, cit., 115.

16. La fijación de unas unidades terminológicas genera una comunicación más precisa, moderna y unívoca, haciendo posible la transmisión de conocimientos de forma segura, evitando errores y optimizando la transmisión de la información entre los profesionales. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. *En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 891-892.

17. Ambos autores citados por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit., 347 y 352 respectivamente.

18. Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-

Dicho esto, a partir de la premisa por todos conocida, de que el lenguaje jurídico, como lenguaje de especialidad de las ciencias sociales, está formado por una parte importante del lenguaje común, y siendo una muestra de ello la normativa que estamos analizando, en mi opinión se hace imprescindible, antes de nada, concretar el nuevo significado y alcance de algunos términos que resultan esenciales en el conjunto de este nuevo escenario. Me estoy refiriendo, en concreto, a la capacidad ante el derecho, en su doble vertiente clásica de capacidad jurídica y de obrar, y a sensu contrario, a la incapacidad jurídica.

Además, cabe también recordar que, en el ámbito jurídico, el significado de los términos adquiere una importancia mayor que la que pueda tener en otros, ya que las consecuencias que pueden derivarse de una determinada interpretación pueden afectar a la vida de una persona o de una familia. Así, a mayor concreción del significado, menor margen de interpretación y mayor seguridad jurídica, si bien es cierto que, como ha apuntado la doctrina, ahora más que nunca resulta necesario encontrar el equilibrio entre el rigor científico de la terminología jurídica, y la cercanía de ésta respecto de la sociedad a la que sirve[19].

Y finalmente, como vamos a ver a continuación, no podemos olvidar que la globalización también tiene su incidencia en el lenguaje jurídico, generando la tensión de adecuar la terminología internacional a los caracteres propios del derecho estatal. Y este ha sido, en el pasado, y sigue siendo, en la actualidad y en un futuro próximo, el gran reto al que nos enfrentamos como juristas.

De la clásica «capacidad de obrar» al nuevo «ejercicio de la capacidad jurídica»

Como he anticipado, una buena comprensión del espíritu de la reforma obliga a contextualizar cualquier reflexión en sus orígenes. En este sentido, el art. 12 de la Convención de 2006, bajo el título «Igual reconocimiento como persona ante la ley», resulta fundamental en lo que aquí estamos analizando y, más concretamente, el contenido de los párrafos 1º y 2º, en cuyo redactado, aunque de una simple lectura no se deduzca, subyacen novedades y matices esenciales en el sentido y significado de la clásica distinción entre la capacidad jurídica y de obrar.

En la redacción final del artículo 12, partiendo de la reafirmación por los Estados Parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, la denominada «legal personality» (art. 12.1), se solicita el reconocimiento por dichos Estados Partes de la capacidad jurídica, «legal capacity», de las personas con discapacidad «en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida» (art. 12.2).

Esto es, en primer lugar, se afirma la personalidad jurídica (legal personality) y, a continuación, la capacidad jurídica (legal capacity). Dicho lo cual, y de una lectura rápida podría deducirse que esto, tal y como aparece en la redacción de la Convención,

D-2019-34

19. La llamada paradoja del lenguaje de especialidad. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística, cit, 895.

no hubiese merecido, a priori, modificación alguna de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que por todos es sabido que la personalidad jurídica de todas las personas físicas se vincula a la capacidad jurídica y se reconoce por nuestro Código civil, en los artículos 29 y 30, adquiriéndose por nacimiento, así como también la protección al concebido no nacido en atención a su futura personalidad[20].

No obstante esto, hay que tener en cuenta que, como hemos anticipado, la Convención y, en consecuencia, la Ley 8/2021 acogen un cambio de significado del término capacidad jurídica, un cambio que por algunos autores debe interpretarse como una unificación de los previos conceptos de capacidad jurídica y de obrar en uno solo, capacidad jurídica. Así, como en su día advirtió el Consejo de Estado[21], esa interpretación «abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad». Siendo esto así, y desde esta nueva perspectiva, lo que realmente subyace en el art. 12.2 de la Convención, como veremos a continuación, no es solo lo que ya sabemos, esto es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en general, con independencia de que tenga o no una discapacidad, sino lo anteriormente nunca afirmado, esto es, la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

A partir de esta declaración inicial, se generaliza el uso de la expresión «ejercicio de la capacidad jurídica» (exercise of legal capacity) en los siguientes párrafos del art. 12 de la Convención de 2006, que debe interpretarse en sustitución a lo que venía siendo la clásica capacidad de obrar, introduciendo las líneas generales del nuevo sistema de apoyo, así como señalando que los Estados Parte deben adoptar «las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12.3), proporcionando respecto de dichas medidas salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos (art. 12.4). Y finalmente, se afirma que dichas salvaguardias deben asegurar que las medidas adoptadas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona[22]» (art. 12. 4), que se apliquen en el plazo más corto posible, con exámenes periódicos por la autoridad u órgano judicial competente[23].

En definitiva, como acertadamente apuntó De Amunátegui[24] respecto del alcance de la Convención de 2006, más allá de buscar la protección de las personas con disca-

20. Protección, no lo olvidemos, que se inicia en el Derecho Romano. En el mismo sentido vid. ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces?, cit.,12.

21. Vid. Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34

22. Además, se señala en concreto que «los Estados Partes tomaran todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de estas personas, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes», así como controlar sus propios asuntos económicos y velar porque no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. Por su parte, el artículo 17 dispone el «derecho a que se respete la integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás».

23. Vid. por todos CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 777, 31-45.

24. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo (p.19).

pacidad, «pretende el reconocimiento pleno y total de los derechos que asisten a estas personas» en igualdad de condiciones con cualquier otro sujeto.

Es objetivo de este apartado concretar el alcance y los límites del significado del término «legal capacity» utilizado en la Convención, traducido en nuestro país, como he apuntado, por capacidad jurídica, en su transferencia no sólo a la Ley 8/2021, sino a nuestro ordenamiento jurídico privado, y para ello es necesario hacer una breve remisión al proceso de elaboración de dicho artículo 12. Su embrión, como señala Torres Costas[25], se gesta en la reunión de Expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002, reunión que deja indicadas una serie de directrices para la redacción de la futura Convención. Una de ellas, continua la autora, se refería a los derechos que debían estar contenidos en ella y, entre estos, recogía expresamente el «derecho a una capacidad jurídica de actuar especialmente con respecto a la toma de decisiones en todas las materias que conciernen al individuo»; pero también que, «en casos excepcionales donde se requiera representación jurídica, esta deberá estar limitada por claras garantías que protejan los derechos de la persona y ser revisada periódicamente por las autoridades judiciales para verificar la necesidad de la representación y el buen ejercicio de la función valorando los derechos humanos del representado». Esto es, *ab initio*, si bien ya se planteó una restricción de la representación de la capacidad jurídica, reducida a supuestos absolutamente excepcionales y limitados en el tiempo, sin posibilidad de que se pudiese acordar con carácter definitivo, la misma, y esto es sumamente relevante, no se eliminó.

En enero de 2004 se presenta el primer borrador en el que ya se incluye el texto inicial que va a servir de base para las negociaciones posteriores y cuyo contenido es el siguiente: «Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. Los Estados Parte: a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas. b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico. c) Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia: i) Ésta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades; ii) Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan; d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos; e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de su propiedad de modo arbitrario.»

Interesa especialmente, respecto de esta primera redacción, la nota que se realiza al apartado b) y en la que expresamente se indica que se excluye de dicho contenido a los

25. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*...cit., 11-13.

menores y a los menores discapacitados. Es decir, y esto resulta relevante, cabe deducir de ello que no hubo ninguna intención inicial de promulgar la plena capacidad jurídica en el caso de los menores. Así como también, y esta vez respecto del apartado c), se evidencia la complejidad en los casos extremos en que la persona, textualmente, no pueda ejercer su capacidad jurídica. En definitiva, y respecto de lo que aquí me interesa, no solo queda patente que dichos casos existen, sino que se subraya la complejidad de los mismos.

Y es que uno de los problemas con los que se encontró la comisión ad hoc fue, justamente, no sólo el consenso en la elección del término legal capacity sino, una vez conseguido esto, la determinación del significado del mismo, teniendo en cuenta las diferencias de éste en los distintos ordenamientos jurídicos de los países y que fueron puestas de manifiesto, entre otros, por Canadá[26]. Así, como apunta Booth Glen, K. [27], «*During the drafting process, a controversy arose as to the meaning of legal capacity in subsection two. Representatives from Russia, China, and some Arab states argued, in a proposed footnote to the Convention, that in their languages legal capacity meant only the ability to bear rights («capacity for rights), but not to act based on those rights. That limiting view was rejected, and the footnote removed, with an understanding that legal capacity is "the 'capacity to act', intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status . . . with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationships.*»

Planteado el problema del diferente significado del término legal capacity, y para alcanzar tal decisión ante el desacuerdo previo, la Oficina del Alto Comisionado para

26. También países árabes, China y Rusia. Canadá propuso el siguiente texto: 1. Los Estados Partes reconocerán que, en asuntos civiles, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de los demás adultos y les otorgarán las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar propiedades y los tratarán por igual en todas las etapas del procedimiento ante los tribunales. 2. Los Estados Partes garantizarán que cuando los adultos con discapacidad necesiten apoyo para ejercer su capacidad jurídica, incluida la asistencia para comprender la información y expresar sus decisiones, elecciones y deseos, la asistencia sea proporcional al grado de apoyo requerido y adaptado a las necesidades del adulto. 3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, de conformidad con una norma y un procedimiento establecidos por la ley, puede considerar que un adulto no tiene capacidad jurídica. Los Estados Partes deberán establecer por ley un procedimiento con las salvaguardias adecuadas para el nombramiento de un representante personal para ejercer su capacidad legal en nombre del adulto. Dicha designación debe guiarse por principios consistentes con esta Convención y el derecho internacional de los derechos humanos, que incluyen: (a) garantizar que el nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad jurídica del adulto y adaptado a las circunstancias individuales del adulto; (b) asegurando que los representantes personales tomen en cuenta, en la medida de lo posible, las decisiones, elecciones y deseos de los adultos mayores. En síntesis, esta nueva propuesta al borrador y en lo que aquí nos interesa, partiendo del reconocimiento de la capacidad jurídica plena y en condiciones de igualdad, introduce la regulación de la posibilidad de carencia de capacidad jurídica y el subsiguiente nombramiento judicial de un representante para el discapacitado. Vid. resumen sobre los principales argumentos traídos a colación en los debates posteriores de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a lo largo del tercer período de sesiones del Comité Especial (24 de mayo a 4 de junio de 2004) realizado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*....cit., 15-20.

27. BOOTH GLEN, K. (2020). "Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities". *Albany Government Law Review*, vol. 13, 29-30.

los Derechos Humanos de la ONU elaboró un interesante estudio[28], esencial en mi opinión, en el que, por un lado, se estudiaron los precedentes usados como modelo para la confección de este artículo y, por otro, se presentó un análisis comparativo del uso de los términos legal personality, legal capacity y capacity to act en los sistemas legales de algunos países del civil y del common law, en concreto Francia, España y Reino Unido.

Del contenido del mismo a mi juicio resulta fundamental, a los efectos del presente estudio, las dos conclusiones alcanzadas, a saber: en primer lugar, del análisis de los precedentes, en concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 16),[29], y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15.2)[30], se afirma que el reconocimiento de la personalidad jurídica (recognition as a person before the law)[31] y la capacidad jurídica (legal capacity) son cuestiones diferentes, siendo la primera un pre requisito de los demás derechos y la segunda, «*is a wider concept that logically presupposes the capability to be a potential holder of rights and obligations, but also entails the capacity to exercice these rigths and to undertake these duties by way of one's own conduct. Thus, legal capacity includes the capacity of act, intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status or relationship with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationship*». Dicho lo cual se postula la necesidad de imponer un criterio de uniformidad en el uso y significado de los términos incluidos en acuerdos internacionales[32] lo que, en definitiva, justifica tanto la asunción de este término en la nueva Convención de 2006, como de su significado.

En segundo lugar, se afirma que la capacidad para ser persona ante el derecho la tenemos desde nuestro nacimiento, sin que quepa limitación alguna; que el ejercicio de la capacidad jurídica (exercice of legal capacity) depende de la tenencia de requisitos

28. NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Legal capacity: documento preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc-6documents.htm. A partir del debate que en torno al significado del mismo (en ese momento era el art. 9), se mantuvo en la quinta sesión de la comisión ad hoc celebrada en Nueva York desde el 24 de enero al 4 de febrero de 2005.

29. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

30. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Artículo 15.2: Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

31. Sobre el mismo vid. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*...cit., 23 nn. 73 y 75.

32. Respecto de la primera cuestión, el mismo documento indica que no se puede deducir del lenguaje usado por el artículo 16 que la capacidad incluya también la de obrar, ni tan siquiera apelando a los criterios interpretativos del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, esto es, el principio de buena fe y el sentido habitual de los términos del tratado en el contexto de éste, incluyendo en el contexto tanto el preámbulo como los anexos. No obstante esto, sí que cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 que reconoce como recurso complementario de interpretación los trabajos preparatorios del tratado, concluyendo en otorgar el significado del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».

adicionales como un mínimo de edad y la capacidad para entender el sentido de las acciones y sus consecuencias; que se adquiere habitualmente por la mayoría de edad y puede requerir, según el acto a realizar, requerimientos adicionales. Hasta aquí todo confirma la clásica configuración de la capacidad de obrar, señalando, en concreto, que ésta, que se presume en las personas adultas, «*can be limited or restricted when individuals are o become unable to act independently to protect their own interests. In these cases, the person remains the holder of substantive rights (...) but cannot exercise them (...) without the assistance of a third party appointed in accordance with the procedural safeguards established by law*».

En síntesis, el mencionado estudio sobre la elección, y lo que resulta más importante, el significado y alcance del término legal capacity, si bien considera a éste como un concepto amplio que incluye la capacidad de obrar (también calificada de ejercicio de la capacidad jurídica), sin duda alguna y por lo allí indicado, respeta las características, los requisitos legales y las limitaciones propias de este último concepto. De lo cual podemos concluir, por un lado, que se elige dicho término a partir de un criterio lógico y objetivo de uniformidad en el uso de la terminología de las convenciones y, por otro, que siendo un concepto amplio que abarca tanto la titularidad como el ejercicio de la capacidad, se remarca la necesidad de tener en cuenta los condicionantes y limitaciones: la mínima edad y la capacidad para entender tanto lo que se hace, como las consecuencias jurídicas de los actos.

Una vez publicada y ratificada la Convención de 2006, en los términos que acabamos de ver, el contenido del mencionado art. 12 dio un giro, en mi opinión y la de parte de la doctrina[33], quizás algo extremo e inesperado, a raíz de la publicación de la Observación general Número 1 del 2014 elaborada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (en adelante, la Observación)[34]. Dicho Comité consideró que, tras unos años de vigencia de la Convención, era necesaria una nueva interpretación, como veremos sin duda más sistémica, teleológica e incluso quizás excesiva, al detectar que los países no habían entendido bien las obligaciones derivadas del contenido de dicho artículo, siendo en consecuencia necesario explicar más su redactado para conseguir que éste se cumpliese.

Así, si bien la Observación en su conjunto es sumamente interesante y de lectura obligatoria, voy a centrar mi atención en la introducción y en la interpretación que la misma hace de los párrafos 1 y 2 del art. 12 de la Convención de 2006, puesto que son los que aquí me interesan a los efectos del alcance del concepto de capacidad jurídica. Dicho esto, y por todo lo ya afirmado, no cabe duda alguna que es la Observación[35] la

33. Vid. resumen de las principales voces en contra de la Observación en TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.,* 50-68.

34. Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf

35. A este respecto resulta interesante recordar el contenido del informe oficial del Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General quien en su sesión número 36, Suplemento número 40 (A/36/40), de fecha 29 de septiembre de 1981, en su anexo VII, señala lo siguiente: «El Comité quiere reiterar su deseo de ayudar a los Estados Partes a cumplir las obligaciones que les incumben en lo tocante a la presentación de informes. En estas observaciones generales se ponen de relieve

que arroja luz sobre el alcance de la reforma planteada en términos de capacidad ante la ley, recogiendo una serie de afirmaciones y obligaciones que son las que realmente han condicionado la nueva normativa objeto del presente análisis y que, en mi opinión presentan algunas contradicciones con el espíritu con el que se confeccionó y redactó en su día la Convención.

En este sentido, en la introducción de la Observación ya se sintetizan las líneas generales que van a conducir dicha interpretación, a saber: a) se remarca algo esencial y a tener en cuenta en el tema que estamos analizando y es que, «de todas las personas con discapacidad, las más discriminadas son las personas con discapacidad cognitiva», esto es, y aclarado en la propia Observación, la discapacidad intelectual, enfermedad mental y demencia; además b) se indica que la tutela y curatela son algunas de las medidas que discriminan a las personas con discapacidad, para afirmar a continuación «que las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley»; y por último, c) se señala que «los países deben dejar de usar la tutela y la curatela, y cambiar todas las leyes que discriminan a las personas con discapacidad. Deben usar medidas de apoyo para tomar decisiones en vez de la tutela y la curatela».

A continuación, y respecto del artículo 12.1, se parte de la afirmación general de que «Las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica» para continuar realizando una explicación de lo que debe entenderse por capacidad jurídica en línea con lo consensuado en el proceso de elaboración de la Convención: «que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos». Esto es, titularidad y responsabilidad, se entiende, derivada de su ejercicio.

Más adelante, en la interpretación del párrafo segundo del artículo 12, el Comité cen-

algunos extremos de la cuestión, pero no se debe considerar que tienen carácter limitativo ni entrañan la atribución de ninguna prioridad a los diferentes aspectos de la aplicación de Pacto...La finalidad de estas observaciones es transmitir esa experiencia para que redunde en beneficio de todos los Estados Partes, a fin de promover la aplicación ulterior del Pacto por ellos; señalar a su atención las deficiencias puestas de manifiestos por un gran número de informes; sugerir mejoras del procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de esos Estados y de las organizaciones internacionales en lo concerniente a la promoción y a la protección de los derechos humanos.» La propia Organización de Naciones Unidas describe de esta manera lo que son las Observaciones Generales: «Each of the treaty bodies publishes its interpretation of the provisions of its respective human rights treaty in the form of "general comments" or "general recommendations. These cover a wide range of subjects, from the comprehensive interpretation of substantive provisions, such as the right to life or the right to adequate food, to general guidance on the information that should be submitted in State reports relating to specific articles of the treaties. General comments have also dealt with wider, cross-cutting issues, such as the role of national human rights institutions, the rights of persons with disabilities, violence against women and the rights of minorities.» https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx

Como apunta la doctrina, existen divergencias doctrinales a la hora de concretar el alcance de los efectos jurídicos de la misma, si como interpretación auténtica de la Convención o, por el contrario, sin que exista una obligación de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité de expertos. Vid. al respecto DE AMUNÁTEGUI, C. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, cit., 21 n. 8. Si bien, en palabras de MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales, cit., 2, parece que la comunidad internacional entiende que los Estados no están obligados por dichas interpretaciones, que pueden cuestionarlas e incluso rechazarlas y es por ello que parte de la doctrina española entiende que se hubiesen podido rechazar sus interpretaciones si se hubiese encontrado argumentos para ello.

tra su atención en la explicación de los términos capacidad jurídica y capacidad mental, así como en su diferenciación. Dada la trascendencia de la misma, lo transcribo íntegramente: «Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Nuestra capacidad mental puede variar según los criterios que la valoran. Todas las personas tenemos derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental diferente. La mayoría de los países confunden la capacidad jurídica y la capacidad mental como si fueran la misma cosa. Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental. Esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos: se usa con personas con discapacidad sólo porque tienen discapacidad; la valoración de la capacidad mental es subjetiva. Por eso, la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica»[36]. Respecto de las obligaciones de los países sobre el artículo 12 me interesa destacar la siguiente afirmación de la Observación: «La evaluación de la capacidad mental no puede ser un motivo para recibir un apoyo. Hay que evaluar la necesidad de apoyo de otra manera que no discrimine a las personas con discapacidad».

Y aquí es cuando cabe apelar a la capacidad mental, o competencia mental que, como apunta Porxas Roig[37], es un concepto médico que está ligado en el ámbito jurídico con el de la «capacidad natural» y que hace referencia a las habilidades de decisión de la persona, que varían naturalmente de una a otra persona y que pueden ser diferentes de una persona a otra dependiendo de muchos factores, entre ellos factores sociales y ambientales. De donde, continua la autora, el modelo actual de la capacidad jurídica entiende que los déficits en la competencia mental justifican una restricción de la capacidad de obrar de la persona. En el caso de la enfermedad mental, a menudo el propio diagnóstico se considera determinante de la falta de competencia mental requerida para el ejercicio de la capacidad.

En este sentido, considero que no podemos obviar la conexión directa entre la capacidad natural o mental de una persona y su capacidad de obrar, o si se prefiere, el ejercicio de su capacidad jurídica. Ya que conviene recordar que, como indicó en su día Betti, la voluntad es el elemento principal dentro de los esenciales de cualquier negocio

36. En cuanto a las obligaciones de los Países que han ratificado la Convención se señala en la Observación la de evitar medidas que discriminan a estas personas, examinar las leyes sobre la tutela y hacer otras que garanticen apoyos para ejercer derechos, evitar que otras personas o entidades impidan ejercer los derechos a estas personas, dar apoyos a estas personas para que puedan ejercer y disfrutar sus derechos, ayudarles a que tengan más confianza y desarrollen sus capacidades, así necesitarán menos apoyos y sabrán reconocer los apoyos que necesitan.

37. PORXAS ROIG, M.A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, número 103, 369.

jurídico[38]; que la voluntad interna precisa de dos caracteres necesarios, conocimiento de lo que se está haciendo y libertad para hacerlo, y que la falta de alguno de ellos puede derivar en ineficacia del negocio. Dicho esto, comparto la opinión de la doctrina[39] de que la voluntad consciente y libre depende directamente de la capacidad natural de la persona física, esto es, de su aptitud para entender lo que está haciendo. Y, siendo esto así, y apelando al espíritu de la Convención, es evidente que, reduciendo, o eliminado posibles barreras, jurídicas incluidas, la discapacidad se va a ir reduciendo, dando a la persona más posibilidades de participar. Pero, por todo lo dicho, a mi juicio la participación debe tener unos límites que se asienten en las posibilidades reales de entender los efectos jurídicos de lo que se pretende realizar. Y esto, nos guste o no, también es acorde in fine con la voluntad de cualquier persona, con discapacidad o no, de participar y actuar en sociedad.

Llegados a este punto y volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, en él, la capacidad de obrar no es más que una construcción jurídica que, sin pretender en ningún caso la violación de los derechos fundamentales, desde una perspectiva dogmática y legislativa, ha ido evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades y realidades sociales[40], y sin duda, ha sido esencial en la historia jurídica de nuestro Derecho de la persona[41]. En dicha evolución cabe recordar a autores como De Castro[42], que en su día insistieron en la idea de que el menor tiene tanto capacidad jurídica como de obrar, y que esta última se va ampliando y consolidando con la madurez hasta alcanzar los dieciocho años[43]. Ello ha permitido diferenciar entre la titularidad jurídica, capacidad ante el derecho abstracta y universal desde el nacimiento, y el ejercicio de los derechos y obligaciones, capacidad concreta que depende de diferentes circunstancias como la edad y la capacidad cognitiva, y que debe analizarse en cada momento y para cada actuación[44].

Así, recordando la interpretación que hemos visto que se realiza en el proceso de elaboración de la Convención respecto de la denominada legal capacity, en mi opinión la observación, en cierto modo, se separa de ésta, al entender a priori que la capacidad

38. BETTI, E. (1943). *Teoría general del Negocio jurídico*. Trad. y concordancias de MARTÍN PEREZ. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado. 119-130.

39. Vid. al respecto las interesantes opiniones en este sentido vertidas por Martinez de Aguirre y Alía Robres entre otros, citados por PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *Revista de Derecho Civil*. vol. VII. Núm. 5, 278-279.

40. Vid. sucinta síntesis de dicha evolución realizado por ROGEL VIDE, C. (2021) ¿Capacidad de los discapaces?, cit., 7-19.

41. Prueba de ello es, entre otras, la eliminación de cualquier limitación previa de la capacidad de obrar de la mujer y por cuestión de género, por ejemplo, las denominadas licencias maritales, y la del artículo 1263 del Código civil respecto de la contratación de menores.

42. Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), cit., 119.

43. Vid. ejemplos sobre la evolución jurisprudencial en este mismo sentido analizados por GARCÍA RUBIO, citada por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*...cit., 29 n.94.

44. Baste para ello recordar, por un lado, la necesidad de actuar en el mundo jurídico a través de términos concretos que facilitan las operaciones y reducen la conflictividad y, por otro, la evolución que ha sufrido el Derecho en este sentido a lo largo de la historia, partiendo de un Derecho Romano en el que la ausencia, en el ámbito de la capacidad, de una terminología concreta y precisa, dificultó en muchas ocasiones la resolución de los problemas y evidenció la necesidad de operar con términos mucho más precisos.

mental no debe considerarse, en estos casos, como una de esas circunstancias a tener en cuenta y que limitan dicho ejercicio.

Por todo ello, y en un intento de dar cabida a este nuevo paradigma considero importante remarcar, por un lado, que dicha unificación del concepto de capacidad, y por ende sus consecuencias, debe quedar, al menos por ahora, estrictamente limitada al ámbito de las personas con discapacidad; y, por otro, que resulta coherente con la estructura sobre la que se sustenta nuestro actual Derecho de la persona mantener, desde una perspectiva general, la distinción entre la capacidad jurídica adquirida por todas las personas desde su nacimiento y vinculada a la titularidad del patrimonio, y la capacidad de obrar, concreta y a determinar en cada caso y, eso sí, limitada a priori, por efecto de la Ley 8/2021, exclusivamente a los supuestos de minoría de edad, y a supuestos en que existan dificultades a la hora de entender los actos y sus consecuencias, teniendo siempre presente las llamadas capacidades especiales[45]. Es decir, la mencionada Ley, si bien establece la imposibilidad de incapacitar a cualquier persona física, tenga la edad que tenga, no debe entenderse que elimina el concepto de capacidad de obrar ni, en consecuencia, que generaliza la capacidad de obrar de los menores que sigue siendo, no lo olvidemos, una circunstancia que limita la misma[46].

Así, y para mantener la coherencia del sistema jurídico privado actual, resulta necesaria esta diferenciación conceptual con el fin de entender la edad como elemento que sigue limitando la capacidad de actuar ante el Derecho, justamente por la evolución natural de la propia persona y de la capacidad volitiva para comprender las consecuencias de lo que se está realizando, y la mayoría de edad, en la que se alcanza, no lo olvidemos, la plena capacidad de obrar[47]. Todo ello, como consecuencia de la diferente capacidad

45. Y en este sentido un informe del Consejo General de la Abogacía Española ya sugirió en su día que se incorporase en el anteproyecto de ley el término «capacidad de obrar» y que se aclarase quien y como una persona es considerada «persona con discapacidad». Vid. al respecto, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 11 de abril de 2019, p. 7.

46. En el límite comparto la opinión de algunos que llegan a afirmar que la autosuficiencia y la plena autonomía realmente son mitos en nuestra sociedad actual ya que hay pocas etapas de la vida de la persona en la que se pueda afirmar que ésta vive de forma efectiva y realmente autónoma. Vid. al respecto, BARRETO SOUZA, R. (2015). Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *American University International Law review*, Vol.30 (2), Washington (EEUU): American University ed., 184.

47. Todo esto debe conectarse indefectiblemente con una visión histórica del tema. Es decir, apelando a la máxima de que el Derecho es un producto histórico, un análisis en este sentido lleva a la confirmación de la idea de la evolución constante respecto de la concreción de una edad concreta vinculada a la plena capacidad de obrar. Y, es más, no solo esto, sino que esto puede incluso conducir a confirmar la fragilidad del uso de una edad para determinar la madurez cognitiva general. Baste como ejemplo la denominada cura minorum romana que, creada con el firme convencimiento de la inmadurez negocial de las personas hasta la edad de 25 años, se convierte en instrumento de protección de estos ante los engaños habituales en el comercio. DUPLÁ MARÍN, M.T. y BARDAJÍ GÁLVEZ, M.D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Número 11, 211-230. DUPLÁ MARÍN, M.T., PANERO ORIA, P., GARCÍA CUETO, E. (2021) La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el Derecho actual. En García Sánchez (dir.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 9. Madrid: BOE,977-1000.

Así, y teniendo presente la evolución de la edad fijada ab initio en relación a la llamada capacidad de obrar plena desde los 25 años hasta los 18, así como las múltiples excepciones que, a día de hoy, existen en nuestro ordenamiento jurídico

natural (cognitiva si se quiere), existente, y que también puede condicionar y va a condicionar, no lo olvidemos, el ahora llamado ejercicio de la capacidad jurídica en el supuesto de las personas con discapacidad, o la clásica capacidad de obrar de los menores[48].

En síntesis y para concluir, la incorporación del nuevo sistema de apoyos que elimina la incapacitación, el estado civil de incapacitado y la tutela, que introduce la protección de las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad como elemento esencial del cambio[49], así como el nuevo concepto de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en mi opinión precisa de una integración coherente y compatible, no solo con nuestro actual Derecho de la persona, sino también con el espíritu en que en su día se elaboró y acordó la Convención. Por todo ello, la publicación de la Ley 8/2021 no debe suponer su supresión total, si no que pasa por el mantenimiento del clásico concepto de capacidad de obrar, como concepto vinculado a la edad y consiguiente madurez cognitiva y, por tanto, al estado civil de la persona (minoría o mayoría de edad) y también la capacidad de entender lo que se hace y que, por tanto, por ahora, no debe desaparecer si pretendemos una coherente comprensión de la idea general de aptitud ante el derecho[50].

Y todo esto porque, como acabamos de ver, si no fue intención de la Convención eliminar la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, menos tiene que serlo la interpretación e integración de la misma en nuestro ordenamiento jurídico a través, entre otras, de la Ley 8/2021.

De la persona incapacitada a la persona con discapacidad y con capacidad jurídica plena

Uno de los pilares en los que se sustenta la reforma que estamos analizando es la eliminación del término incapacitación que, si bien parece que debiera quedar genéricamente sustituido por el de persona con discapacidad, esto último merece también de ciertas reflexiones y matizaciones. Recordemos que este último término ya había sido introducido por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (en adelante Ley 41/2003) y por la Ley 26/2011, de 11 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificado posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, si bien el mismo

respecto de las denominadas capacidades especiales y que posibilitan la actuación de los menores de edad en determinados ámbitos de la vida, en mi opinión, resulta complicado desconectar la madurez cognitiva que la persona física va adquiriendo con el paso del tiempo con la capacidad de obrar ante el Derecho.

48. Y cuyo origen se encuentra, como hemos visto, en la regulación jurídica romana y que parece, según DE CASTRO Y BRAVO, citado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar*...cit., p. 29, n.95, fue difundida por la escuela protestante de Derecho natural y más adelante por Savigny.

49. Vid. por todos, MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, cit., 187-189.

50. En el mismo sentido se manifiesta SANCHEZ-VENTURA MORER, citado por TORRAS COSTAS M.E., (2019). *La capacidad de obrar*..., cit., p. 31 n. 102.

convive a nivel normativo con otros como el de «capacidad modificada judicialmente» o el de «personas que sufren limitaciones funcionales»[51] de reciente incorporación en la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

Así, y más allá de compartir el gran avance que supone el ir descartando términos con ciertas connotaciones negativas tales como discapacitado o minusválido[52] (ambos por persona con discapacidad) que, a día de hoy, resultan totalmente inapropiados, considero que es interesante una breve aproximación al significado de los términos incapacidad y discapacidad que, en cualquier caso, puede arrojar algo de luz al respecto. Ya que, tal y como en su día apuntó Panero[53], recordando que el origen de la terminología jurídica es esencialmente el lenguaje común, hay que tener presente que a pesar de haber logrado una palabra su plena lexicalización jurídica, incluso en el ámbito jurídico sigue a veces usándose con su primitivo significado común. Además, conocer el origen etimológico o procedencia puede ayudar a comprender los significados que llega a asumir un término.

Dicho lo cual, en la actualidad el diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) define la discapacidad como «situación de la persona que, por sus condiciones físicas o mentales duraderas, se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social»[54]. En este caso, el prefijo «dis», procedente del latín -dis-, puede indicar negación o contrariedad, o, procedente del griego -δυσ- dys- dificultad o anomalía. Y el discapacitado, neologismo que, como se indica en el diccionario de la RAE, procede del término inglés *disabled* y que es, en consecuencia, «el que posee una discapacidad»[55].

La incapacidad, por su parte, procede del latín -incapacĭtas, -ātis-[56] y se define en el

51. Que según lo dispuesto en el Considerando (4) son «personas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, alguna deficiencia relacionada con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanente o temporal, que, al interactuar con diversas barreras, limitan su acceso a productos y servicios a sus necesidades particulares.» Vid. interesante resumen de las líneas generales del contenido de dichas normas, así como anteriores y posteriores en materia de discapacidad, en MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, cit., 176-178.

52. Como apunta, entre otros, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. *Cultura, Lenguaje y Representación*, vol. XXIII, 48-49, la Organización Mundial de la Salud ya había reconocido que los términos utilizados pueden estigmatizar y etiquetar, de donde derivó la decisión de dejar de utilizar el de minusvalía y similares por su connotación peyorativa y sustituirlo por el de discapacidad como termino más general que incluye tanto déficits como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Y, como continúa dicho autor, de la discapacidad se ha avanzado hacia la diversidad funcional, esto es, poniendo el acento en los diferentes modos de funcionar como la diferencia esencial, y hacia la expresión personas vulnerables en sustitución de incapaces o incapacitadas. Vid. por todos, VIVAS TESÓN I., (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español, cit., 150.

53. PANERO GUTIERREZ, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 44.

54. https://dle.rae.es/discapacidad (última visita 25.10.21).

55. https://dle.rae.es/discapacitado?m=form (última visita 25.10.21).

56. Si bien, como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, cit., 52-58, el léxico latino se caracteriza por disponer de una pluralidad de términos que indican en muchas ocasiones caracteres físicos no habituales como, por vía de ejemplo, debilis, deformis, morbus o vitium, o a la discapacidad psicológica, como furiosus, demens o mente captus y que se encuen-

diccionario de la RAE como «la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; la falta de entendimiento o inteligencia» o, desde un punto de vista jurídico, como «la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos»[57]. Y el incapacitado, en consecuencia, es «el falto de capacidad o aptitud para hacer algo»[58]. Por último, curiosamente y hasta hace muy poco, en la definición que aparecía en el diccionario de la RAE del término discapacitar aparecía «incapacitar» como equivalente, y se definía como «privar de la capacidad o aptitud necesarias para algo y, jurídicamente, decretar la falta de capacidad civil de personas mayores de edad».

Todo ello, in fine, denota una sencilla realidad, esto es, la similitud de los significados de ambos términos, así como, en cierto modo, evidencia o pone de manifiesto también la similitud de los caracteres que configuran tanto la anterior incapacidad, como la actual discapacidad. Dejo aquí apuntadas estas breves reflexiones respecto del cambio terminológico de este nuevo escenario y que, en mi opinión, y por todo lo dicho, no me parece que se corresponda del todo con el objetivo último que se pretende con la reforma.

En síntesis, si bien es cierto que en términos generales la Convención incluye preceptos muy necesarios y positivos respecto de diferentes aspectos de la vida de una persona con discapacidad, en cuanto a la capacidad o aptitud ante el derecho y el correspondiente ejercicio de la capacidad jurídica resulta necesario realizar algunas matizaciones pues, a priori, puede considerarse algo contradictorio afirmar que una persona con discapacidad tiene la misma capacidad que una persona sin discapacidad. Y es que, en este sentido, se hace preciso a partir de ahora tener presente que la persona con discapacidad lo es desde el punto de vista físico/sensorial o psicológico/cognitivo, siendo a priori plenamente capaz desde el punto de vista jurídico. Esto es, in fine, en mi opinión se abre una nueva etapa en la que debemos empezar a disociar el actual término «discapacidad» del componente jurídico que podía tener hasta ahora y que lo vinculaba a la «incapacidad/incapacitación», para centrar la atención exclusivamente en su acepción social típica y, en definitiva, a cualquier deficiencia física o cognitiva permanente de una persona que puede traer como consecuencia la necesidad de algún apoyo. Sin embargo, si este es el sentido amplio que parece deducirse de la Convención y de la nueva Ley 8/2021, como veremos en el siguiente apartado, la misma norma reconduce a determinada normativa previa que concreta, para algunos casos, los requisitos que deben darse para poder hablar de persona con discapacidad[59].

Llegado este momento, la pregunta que cabe plantearse es ¿quién precisa de apoyo? Y como anticipó Marín Velarde[60], hubiese sido conveniente que esta reforma hubiese

tran tanto en el ámbito literario como en el jurídico, concluyendo dicho autor que no primaban, en el uso de dicho lenguaje, términos ofensivos o degradantes para la persona que estaba en dicha situación, si bien la discapacidad en si misma si era objeto de burla entre los romanos.

57. https://dle.rae.es/incapacidad?m=form (última visita 25.10.21).

58. https://dle.rae.es/incapacitado?m=form (última visita 25.10.21).

59. Me refiero en concreto al concepto de persona con discapacidad introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, propició la diferenciación en nuestro ordenamiento jurídico entre la persona incapacitada judicialmente y la declarada administrativamente persona con discapacidad.

60. A modo de ejemplo el caso del Derecho irlandés, el francés, el belga y el suizo, destacando el primero de ellos por con-

clarificado quienes son los destinatarios de los apoyos, como se ha procurado hacer en legislaciones de nuestro entorno.

Además, no cabe olvidar que el término incapacidad o incapaz es habitual y parece obvio que se va a mantener en la praxis jurídica y legislativa, por lo que también se hace preciso concretar que, el actual significado que debemos dar a dicho término, con el fin de armonizar todo nuestro sistema, se corresponde con su sentido más genérico y ordinario, esto es, con la idea de falta de capacidad ante el derecho en un ámbito concreto (al que se esté haciendo alusión en cada caso), rehusando cualquier anterior vinculación con el estado civil de la persona[61].

Una breve referencia a los tipos de discapacidad y los criterios para su determinación

Partiendo de la idea de que no es sencillo proponer una única definición de discapacidad ya que, como ha apuntado la doctrina, se trata de un concepto complicado y multidimensional[62], la Convención indica de forma genérica y amplia que las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

Dicho lo cual, y a los efectos de lo que aquí nos interesa, la Ley 8/2021 introduce ciertas modificaciones de la Disposición adicional 4ª del Código civil, remitiendo de nuevo a la normativa previa para concretar el sentido que hay que dar hoy al término discapacidad, y diferenciando, como novedad, dos posibles situaciones y/o grados de protección, a saber:

La discapacidad que podríamos calificar «en sentido estricto»: restringida a los supuestos contemplados en los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041 del Código civil[63], en los que la referencia a la discapacidad debe entenderse hecha:

a.1) al concepto definido en el art. 2.2 de la Ley 41/2003, esto es, las personas que presenten una discapacidad[64]:

1) Psíquica igual o superior al 33 por ciento;

cretar que son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones concretas, especificando que la capacidad para tomar decisiones es la habilidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión que se toma. Vid. MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad cit., pp. 186 y 187.

61. La propia Ley 8/2021 mantiene el término incapaces, por ejemplo, en el artículo 756 del Código civil en sede de indignidad para suceder.

62. Vid. al respecto ALTMAN, citado por CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, cit., 49.

63. Se debe tener en cuenta que también se debieran haber modificado los artículos 782,802 y 822 del Código civil no hablan de persona con discapacidad sino de «situación psíquica o física que le impida desenvolverse de forma autónoma» lo cual genera evidente contradicción con lo indicado en la Ley 8/2021; asimismo el artículo 1041 del Código civil tampoco habla de discapacidad sino de los gastos requeridos por sus «circunstancias físicas o psíquicas».

64. Precepto que también ha sido modificado por Ley 8/2021 con la finalidad de adaptar la terminología. En la redacción anterior: las personas afectadas por una minusvalía.

2) Física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

La Ley 8/2021 introduce como novedades la inclusión del artículo 808 y la limitación al apartado 7 del artículo 756 del Código civil.

a.2) Y, como novedad de la Ley 8/2021, las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (a partir de este momento Ley 39/2006)[65], esto es:

a) Las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quieren el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal (Grado II. Dependencia severa).

b) Las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tienen necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal[66] (Grado III. Gran dependencia).

El Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 señala que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 de la mencionada Ley «la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos

65. Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

66. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente. Artículo 27. Valoración de la situación de dependencia. 1. Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público. 2. Los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante real decreto. Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) adoptada por la Organización Mundial de la Salud. No será posible determinar el grado de dependencia mediante otros procedimientos distintos a los establecidos por este baremo. 3. El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. 4. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental. 5. La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

para su autonomía personal». El Baremo de Valoración de la Dependencia (en adelante, BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia severa y de gran dependencia, indicando que el grado II se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos, y el grado III a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos[67]. Durante el proceso de valoración deberá tenerse siempre en cuenta para establecer la distinción entre dependencia y otras situaciones lo siguiente: b. El carácter permanente de la situación de dependencia quedará establecido cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejoría en el funcionamiento. d. La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad a efectos del reconocimiento oficial.

La discapacidad que podríamos calificar «en sentido amplio»: la Ley 8/2021 incluye este nuevo párrafo: «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

A modo de conclusiones: las primeras resoluciones judiciales y algunas dificultades en la aplicación de la nueva normativa

No quiero concluir el presente análisis sin antes hacer una breve referencia a la realidad inmediata tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Y para ello voy a tomar como referencia el contenido de las primeras resoluciones judiciales del mes de septiembre.

67. Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.
La determinación del grado y nivel oficial de dependencia se obtiene a partir de la puntuación final obtenida en el BVD de acuerdo con la siguiente escala: – De 0 a 24 puntos, sin grado reconocido. – De 25 a 39 puntos, Grado I nivel 1. – De 40 a 49 puntos, Grado I nivel 2. – De 50 a 64 puntos, Grado II nivel 1. – De 65 a 74 puntos, Grado II nivel 2. – De 75 a 89 puntos, Grado III nivel 1 – De 90 a 100 puntos, Grado III nivel 2.
La puntuación final del BVD se obtiene mediante la suma ponderada de los valores asignados a las tareas en que se ha establecido la situación de dependencia por el coeficiente del tipo de apoyo de otra u otras personas que se requiere en relación con cada una de ellas. Teniendo en cuenta que: a. El valor asignado a cada tarea resulta de la multiplicación del peso de la tarea en su actividad correspondiente por el peso de dicha actividad en el total de la escala que le es de aplicación a la persona valorada. b. Los pesos de las actividades y las tareas aparecen en la correspondiente tabla de la «escala general» (Anexo A). En el caso de personas con condiciones de salud que puedan afectar a sus funciones mentales, se emplearán además los pesos de la «escala específica» (Anexo B), seleccionando como puntuación final del BVD aquella que sea más elevada. c. Los coeficientes del tipo de apoyo de otra u otras personas aparecen en la «tabla de apoyos» (Anexo C). d. La puntuación final se redondea al entero más cercano.
Procedimientos generales de aplicación: La aplicación del BVD se realiza empleando cuatro procedimientos para obtener la información: – Los informes de salud y del entorno de la persona a valorar. – La entrevista. – La observación y comprobación directa. – La aplicación de pruebas en un contexto estructurado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de ocho de septiembre 2021[68], primera sentencia del alto Tribunal sobre la aplicación de dicha norma tras su publicación, y en la que éste resuelve sin declarar la modificación de la capacidad del demandado, puesto que no cabe por supresión de la incapacidad, pero ratificando la medida de apoyo que había sido previamente dispuesta. El Tribunal, en lo que aquí nos interesa, sustenta su decisión en un hecho relevante a los efectos de lo que aquí estamos analizando: el trastorno de personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica provocándole un deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos. Por todo ello y, a pesar de que el deseo y preferencia del mismo es no tener dicha medida de apoyo, esto es, en contra de su voluntad como se indica en la resolución, se entiende que la medida adoptada es necesaria porque el trastorno que sufre impide que tenga una conciencia clara de su situación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de quince de septiembre[69], en la que el Tribunal, apelando a la tradicional distinción entre actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria, recuerda que la capacidad es la medida de la voluntad y de la libertad y que las medidas de apoyo, en el caso de las actividades instrumentales y avanzadas, deberán respetar la voluntad y deseos de la persona, con el límite siempre de la protección del derecho a la dignidad de toda persona. Dicho lo cual, y habiendo analizado los informes médicos, concluye que «no hay duda alguna de la necesidad de apoyo en el ámbito personal y también en el patrimonial...No podemos hablar de "forzar su voluntad" cuando, como refiere el Dr. se invoca esa libertad como falacia de control. La limitación de su capacidad condiciona su voluntad y su libertad. Por ello, si en ejecución de sentencia lo insta de nuevo el organismo tutelar, se podrá estudiar de nuevo el ingreso en un centro de larga estancia aun en contra de la supuesta "voluntad" manifestada por la afectada».

Y por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander del 23 de septiembre de 2021[70] en la que el Tribunal resuelve teniendo en cuenta la nueva normativa, pero declarando la constitución de una curatela representativa, en favor de la madre de la persona con discapacidad, cumpliendo en esto la voluntad del interesado, y justificando dicha decisión en la discapacidad permanente que ostenta y que aparece descrita en el dictamen médico-forense, discapacidad que incide en su discernimiento, teniendo muy limitada su capacidad de decidir. Así, como se indica en la resolución, las limitaciones asociadas a su trastorno comprometen gravemente sus facultades y le impiden la adopción de decisiones responsables sobre su persona y bienes. Por todo ello procede declarar judicialmente la discapacidad plena.

Un breve apunte al respecto a modo de conclusión. Si bien es cierto que esto ya se procuraba hacer en líneas generales a través de nuestro sistema previo de instituciones tutelares judiciales, el nuevo paradigma posibilita e impulsa la confección de lo que ha venido a denominarse «un traje a medida para cada caso»[71], lo cual, si bien resulta más

68. Roj: STS 3276/2021.

69. Roj: SAP B 9511/2021.

70. Roj: SAP S 1083/2021.

71. ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces?, cit., 16-17, quien apunta las similitudes de ambos sistemas. Vid. interesante informe sobre la evolución de la tutela realizado 2015-19 por la Asociación española de fundaciones tutelares

costoso, puede ser positivo. Además, cabe subrayar el matiz, nada desdeñable, en el que se sustenta la reforma de la Convención y, consecuentemente, la Ley 8/2021, y que supone el respeto prioritario a la voluntad y a las preferencias de la persona, frente al sistema anterior de protección al interés[72].

Ante lo cual me planteo una reflexión final, esto es, si quizás, visto lo visto, hubiese sido suficiente, como había anticipado una parte de la doctrina[73], una adaptación más moderada y razonada, tal y como permite la propia Convención en su artículo 4.4[74] y quizás más acorde con el espíritu inicial de ésta y, en concreto, del significado del término legal capacity. Y anticipo esta reflexión porque, teniendo presente las bonanzas del nuevo paradigma, me preocupa la realidad de situaciones, como las que aparecen en las resoluciones citadas, de patologías mentales o de deficiencias severas cognitivas ocasionadas por la edad, en las que justamente el apoyo efectivo a esa persona consiste no en dejarle hacer, sino, en no dejarle hacer lo que quiera por su propia voluntad afectada irremediablemente de alguna dolencia cognitiva que le impide conocer el acto y, por ende, las consecuencias de lo que pretende realizar. Esto es, queramos o no, y como acabamos de comprobar, parte importante de nuestra realidad.

Dicho esto, es evidente que una de las dificultades del nuevo sistema va a estar en delimitar, para cada uno de los casos, donde está el límite de la voluntad y libertad individual sin que quepa afirmar, como en su día señaló De Salas Murillo, la existencia de un derecho a no recibir apoyos[75]. Ya que, si se apuesta por un sistema de apoyo que, partiendo de declaración de la capacidad jurídica general, pretende no tener en cuenta los efectos de las posibles carencias de capacidad mental o cognitiva de determinadas personas[76], la consecuencia real va a ser que, en la mayoría de ellas, como a acabamos de ver, dichas personas van a ser mucho más vulnerables a la influencia indebida y a los engaños. Desde esta perspectiva es desde la que la reforma en su conjunto me plantea dudas e interrogantes en su aplicación práctica. Y si a esto sumamos la existencia

[en línea] en el que también se destaca (pag. 45) la evolución a la baja de la tutela frente a la curatela, lo que muestra la influencia previa del nuevo paradigma del Convenio en las resoluciones judiciales. https://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2020/06/ESTUDIO-SOBRE-LA-SITUACI%C3%93N-DE-LA-TUTELA-EN-ESPA%C3%91A_DEFINITIVO.pdf

72. PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, cit., 265-313.

73. Ya que incluso, como recuerda CUADRADO PÉREZ, y por todo lo visto, cabe apelar a la ratio legis que goza de preeminencia, incluso, sobre la propia letra de la norma. CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., 62-63.

74. «Nada de lo dispuesto en la Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte, o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado».

75. DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 780, págs. 2227 a 2268.

76. En el mismo sentido concluye CUADRADO PÉREZ al señalar lo siguiente: «Mantener las medidas representativas en el caso de los menores de edad y suprimirlas en las hipótesis más graves e incapacitantes de discapacidad, adolece, a nuestro juicio, de incongruencia, pues puede haber evidentes similitudes entre ambas situaciones: limitación o plena carencia de la capacidad natural de autogobierno». CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., 67.

en nuestro país de una pirámide de la población regresiva[77], cualquier relajación en dichos apoyos puede convertirse en un arma de doble filo y, en consecuencia, no solo desproteger a dichas personas, sino también puede permitir la vía libre a declaraciones de voluntad, en negocios jurídicos relevantes, que carezcan de la necesaria libertad y conocimiento del acto que va a realizarse y las consecuencias del mismo.

En palabras de Cuadrado Pérez[78] que suscribo en su totalidad: «tan inadecuado resulta incapacitar a personas que conservan su capacidad de autogobierno como, en sentido contrario, fingir que dicha capacidad está presente en quienes, realmente, carecen de ella».

La magnitud de la reforma es enorme y, por ello, cabe apelar hoy más que nunca a la prudencia, tanto en la aplicación de la norma, como en su compleja interpretación e integración en todo nuestro ordenamiento jurídico. Baste recordar, en este sentido, la máxima del jurista Celso recogida en la Compilación de Justiniano (s. VI): «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»: conocer las leyes no es recordar sus palabras, sino su esencia y su significado[79].

Bibliografía

STS 589/2021, Sala Primera, de 8 de setiembre 2021. Roj: STS 3276/2021.

SAP Barcelona 550/2021, sección 18, de 15 de septiembre de 2021. Roj: SAP B 9511/2021.

SAP Santander 375/2021, sección 2ª, de 23 de septiembre de 2021. Roj: SAP S 1083/2021.

Arroyo Amayuelas, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez : entre la vulnerabilidad y la discapacidad. En: *Revista de bioética y derecho*. (45):127-147.

Barreto Souza, R.. (2015). Capacidad jurídica : un nuevo paradigma desde la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: *American university international law review*. 30(2):177-212.

Betti, E.; Pérez, Martín, tr. (1943). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid : Revista

77. Los datos provisionales del INE publicados recientemente arrojan como titular que la edad media de la población inscrita en el padrón tras la pandemia es de 43,8 -la de los españoles 44,7 y la de los extranjeros 36,36- y en lo que va de s. XXI ha aumentado cuatro años, siendo la de los ciudadanos de países pertenecientes a la UE de 38,9. Se mantiene por tanto una pirámide de población regresiva propia de países desarrollados con clara tendencia hacia el envejecimiento (poca natalidad y mortandad, gran concentración en el centro) pues la esperanza de vida es muy alta, a pesar de que en el año 2020, evidentemente como consecuencia del Covid-19, tuvo el mayor descenso de la UE y pasó de 84 a 82,4 (cifra similar a la del 2012). https://www.elconfidencial.com/espana/2021-04-20/poblacion-espana-un-ano-pandemia-coronavirus_3042247/. ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, número 45, 127-147.

78. CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., p. 67.

79. D. 1,3,17 *Celsus lib.* XXVI *Dig.*

de Derecho Privado.

Booth Glen, K. (2020). Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities. En: *Albany Government Law Review*. 13:25-93.

Castán Pérez-Gómez, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano : condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid : Reus Editorial. Castán Pérez-Gómez, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad : notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. En: *Cultura, lenguaje y representación*. 23:47-63.

Cuadrado Pérez, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. En: *Revista crítica de derecho inmobiliario*. (777):13-90.

Amunátegui Rodríguez, C. de; Martínez Martínez, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad : retos y cuestiones problemáticas*. Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Salas Murillo, S. de. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. En: *Revista crítica de derecho inmobiliario*. (780):2227-2268.

Duplá Marín, M. T.; Bardají Gálvez, M. D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor : la inexperiencia en el ámbito patrimonial. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (11):211-230.

Duplá Marín, M. T.; Panero Oria, P.; García Cueto, E. (2021). La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el derecho actual. En: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. 9:977-1000.

Marín Velarde, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el proyecto de reforma en materia de discapacidad. En: *familia y derecho en la españa del s.xxi, homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*.

Mayor Del Hoyo, M. V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del derecho civil en materia de capacidad en los derechos civiles territoriales. En: *Diario La Ley*. 9859(5619/2021):1-10.

Muñiz Espada, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad. En: *Revista jurídica del notariado*. (111):277-325.

Muñiz Espada, E.; Castro Vitores, G. de. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En: *Familia y derecho en la españa del s.XXI, homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*. pp. 113-144

Panero Gutiérrez, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad : armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés. En: *Revista de derecho civil*. 7(5):265-313.

Porxas Roig, M. A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico : la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de derecho político*. (103):355-379.

Rogel Vide, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? : notas en torno al proyecto de ley 121/21. En: *Revista general de legislación y jurisprudencia*. (1):7-19.

Salomón, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (11):885-898.

Torrent, A. (2007). *Fundamentos del derecho europeo : ciencia del derecho: Derecho Romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid : Edisofer SL.

Torres Costas, M. E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Santiago de Compostela : Universidad de Santiago de Compostela. Texto presentado como tesis doctoral. URL: http://hdl.handle.net/10347/23196

Torres Costas, M. E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid : BOE. URL https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168

Vivas Tesón, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el derecho civil español. En: *Familia y derecho en la españa del s. XXI, homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*. Madrid : Reus.

Res ipsa loquitur: La flexibilización de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil médica, cuando la cosa habla por sí misma

Susana Isabel Estrada[1]

1. Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidad Nacional de Tucumán

Introducción

El lenguaje, ya desde la antigüedad, ostentaba su innegable poder persuasivo, sin cuya ayuda era imposible convencer al destinatario del mensaje, por lo que era, ante todo, instrumento de conocimiento y de comunicación frecuentemente utilizado no sólo por el orador, sino también por el político y por el militar.

Roma, que nació como una pequeña aldea agrícola-ganadera y que por conquistas progresivas se hizo dueña de todo el mundo conocido, transmitió el idioma a los pueblos sometidos que poco a poco fueron olvidando sus lenguas nativas. De tal modo, el dialecto local de un pequeño distrito del Lacio es hablado como lengua materna por la mitad de las naciones del mundo civilizado.

El latín, que fue la lengua de la antigua Roma hasta los tiempos del imperio, constituyó el medio de transmisión de la cultura clásica al mundo moderno. Fue vehículo de comunicación en la diplomacia, en el derecho, en el comercio, en la ciencia hasta el siglo XVIII, y fue la lengua utilizada en la liturgia católica en todo el orbe hasta mediados del siglo XX.

Todas las lenguas derivadas directamente del latín se conocen como lenguas romances, románicas o neolatinas. El español es una de ellas, ya que, en cierto sentido, nuestro idioma es una forma evolucionada del latín vulgar. La magnitud de la herencia lingüística transmitida por Roma se acrecienta para quienes, estudiando el derecho, descubrimos la presencia viva y vigente de un universo de palabras y de frases que son el detonante que abre el sentido íntimo de cada institución jurídica. Por lo tanto, somos herederos forzosos no sólo de la lengua en general, sino de un nutrido vocabulario de términos en lengua latina, que se van incorporando al léxico del estudioso del derecho y que perviven hasta nuestros días. Es por eso por lo que en las aulas de derecho lo primero que enseñamos es la etimología y la significación de los vocablos que nominan a las instituciones jurídicas creadas y reguladas por el Derecho Romano.

En el derecho se conjugan teoría y práctica judicial; la una se aprende en los códigos, en los tratados, antes de ejercerla en los estrados judiciales.

"El derecho se compone de una doble dimensión: el marco de lo dado (los datos reales, históricos, racionales e ideales) y el marco de lo construido (las formas: conceptos, construcciones, terminología, fraseología, presunciones y ficciones jurídicas). Por lo tanto, es importante el uso complementario de ambos saberes: el desarrollo de la ciencia del derecho para la comprensión de lo dado y de la técnica[2], para la compresión de lo construido".[3]

En este trabajo, el propósito será mostrar desde la dimensión de lo construido, la pervivencia y la resignificación del aforismo *res ipsa loquitur* mediante una visión sobre la situación actual tanto a nivel de la legislación, como de la doctrina y de la jurisprudencia. Como el proceso de evolución de los diferentes criterios acerca de la distribución de la carga probatoria no ha estado ajeno al contexto sociocultural de los profesionales

2. «Los operadores del derecho siguen empeñados en llamar ciencia a sus labores, que son de técnica jurídica, tema que no es nuevo, hace mas de cien años lo advirtió Francois Geny» (Conf. Geny, F., Método *de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 2.a edic., 1925, pag. 228)

3. http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewArticle/1429/1674

de la salud y los conflictos médicos, en esta comunicación nos centraremos en el análisis de la aplicabilidad del dicho aforismo a los juicios de responsabilidad civil orientados al profesional médico.

Origen del aforismo

Marco Tulio Cicerón, uno de los más prolíficos escritores de la prosa latina, posibilitó que esta lengua lograra su extraordinaria riqueza idiomática y que tanto el idioma como las costumbres se expandieran por todo Occidente.

Cuando Cicerón triunfó en su candidatura al consulado frente a Lucio Sergio Catilina, éste ante su derrota, organizó una conspiración para derribar el gobierno que terminó con la ejecución de varios de sus partidarios y su expulsión del Senado, gracias a las brillantes "Catilinarias" pronunciadas por Cicerón ante el cuerpo.

Esa actuación le valió el exilio más tarde, cuando Clodio consiguió el reconocimiento de una ley que sancionaba con pena de muerte a todo ciudadano romano que hubiera hecho ejecutar a otro sin el consentimiento previo del pueblo, convirtiéndose así en su enemigo doméstico.

A su regreso del destierro (57 a.C.), Cicerón asumió la defensa de Milón acusado de asesinar a Clodio. A su defendido lo unía una sólida e indisoluble amistad que le valió su empeño en destacar los méritos de su defendido poniendo a prueba su estrategia discursiva.

El *Pro Tito Annio Milón ad iudicem oratio* es el discurso pronunciado por Marco Tulio Cicerón en el 52 a. C., en defensa de su amigo Titus Annius Milo, acusado de asesinar a su adversario político Publius Clodius Pulcher en la Via Appia.[4] A dicha alocución se remonta el uso de la expresión *res ipsa loquitur*.

Cicerón emplea la expresión como argumento de prueba intentando demostrar que Milón mató a Clodio en legítima defensa porque los hechos acaecidos revelaban una causal de justificación. Vertebró su peroración, en circunstancias tales como el lugar del encuentro, la hora, el hecho de que Milón vestía una pesada capa de montar que entorpecía la lucha, que viajaba en carruaje acompañado de su esposa Fausta y una escolta de esclavos y gladiadores inofensivos y juerguistas para el festival en Lanuvium; referencias estas que revelaban su falta de intención de cometer un homicidio. Clodio, en cambio iba solo, a caballo y se había desviado de su camino para pasar por ese lugar, a sabiendas

4. A fin de poner en contexto la trayectoria de los contendientes, en el discurso ante el Senado cuando regresó del destierro, Cicerón retrata a Clodio –a quien había dado muerte su defendido Tito Annio- como un «[...] patricio arruinado, elocuente y demagógico, jefe de temibles bandas secretas, profesional de la turbulencia [...]», que fue elegido tribuno y significó un sostén importante para que César pudiera llevar adelante su cometido. En cambio, Tito Annio, «[...] preclaro varón [...]» como lo define Cicerón, integraba el conjunto de los que contribuyeron a que se le levantara a él el destierro. Era partidario de «[...] acudir a las leyes y a los tribunales, pero que si la violencia impedía y anulaba la práctica de la justicia, sólo restaba reprimir [...] las armas con las armas y la fuerza con la fuerza. Es así que [...] denunció primero a Clodio por delito de violencia y cuando vio que la fuerza imperaba sobre la justicia decidió defender la cosa pública [...] con numerosas tropas y quitó temor a los buenos y al Senado y el yugo de la servidumbre a la ciudad». (Conf. REYES, A., ROMERO, F., DE ONIS, F., BAEZ, R., ARCINIEGAS, G., *Grandes discursos*, tomo XIX, Buenos Aires Jackson Editores, 1950 pp. 148-164).

que Milón debía transitar por allí porque se dirigía a un festejo al que estaba obligado a asistir para presidir el nombramiento de un flamen en calidad de dictador del municipio de Lanuvium.

No obstante, su vasta argumentación, Milón fue condenado al destierro, para lo que fueron decisivas las presiones ejercidas sobre los jueces por Pompeyo; por lo que hay que compartir el juicio de Velleyo Patérculo, quien afirma que «Milón fue condenado no tanto a consecuencia de la indignación suscitada por su acto, cuanto por la voluntad de Pompeyo» (2, 47, 5).

El arpinate utiliza la expresión tres veces en el texto, pero no las tres en los mismos términos. La primera vez sí pronuncia *res loquitur ipsa* (la cosa o el hecho habla por sí mismo) pero luego habla de *res ipsa tot tam claris argumentis signisque luceat* (XXII, 61), (para que ella misma brille con tantos y tan gratos argumentos y signos) y la tercera, res ipsa loqueretur (XXV, 66), (para que la cosa hable por sí misma).[5] Ello demuestra que las expresiones en latín no seguían fórmulas estrictas.[6] La ostentación de las figuras retóricas más refinadas no estaba nunca separada del uso de un léxico que se adecuaba constantemente a los momentos salientes del debate.

La utilización del axioma y la aplicación en ensayos jurídicos romanos ha llevado a sostener que el desarrollo posterior de la doctrina[7] *in re ipsa* en el derecho moderno, ha sido inspiración directa de la aplicación de la máxima por Cicerón.

La prueba en las fuentes romanas[8]

En la evolución del procedimiento civil romano se evidenciaban dos tipos de procedimientos muy diferenciados entre sí, el *ordo iudiciorum privatorum* y el de la *cognitio extra ordinem* y aún dentro del primero había algunas diferencias en materia de apreciación de prueba entre el sistema de la *legis actionis* y el procedimiento *per formulam*.

Dado que el tema de este trabajo se vincula con el *onus probandi*, nos circunscribiremos sólo al análisis de la prueba, sin abordar la evolución de las otras actividades procesales tan vastas y ricas desde el derecho arcaico.

En la fase *in indicio* o *apud iudicem*, que se desenvolvía ante el iudex, tenían lugar la exposición y defensa orales de cada parte (*altercatio, orationes, perorationes*), la producción de la prueba (*probationes*) y la sentencia (*condemnatio*). En cuanto a los dos sistemas procesales correspondientes al ordo iudiciorum privatorum en términos gene-

5. Las traducciones me pertenecen.

6. AYALA, J. A. Introducción, versión y notas a Cicerón, M.T., En Defensa de Milón, en *Antología de textos latinos I*, México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 2004, p. 355.

7. «Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una "doctrina". Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como "si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable"». (Conf. BULLARD GONZÁLEZ, A., «Cuando las cosas hablan: *el res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil» en *Revista de Derecho* (N° 50), *Themis*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2005, 217-236, p. 220).

8. ESTRADA, S., «El *onus probandi* y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas» en *Actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Universidad de Flores, Argentina, 2015, pp. 251-281.

rales no había variaciones considerables en materia de prueba, aunque se evidenciaban algunas diferencias en cuanto a la prevalencia de unos medios probatorios sobre otros.

En el sistema de la *legis actionis*, el medio prevaleciente era la prueba de testigos dado el predominio de la oralidad y la solemnidad en la celebración de los actos jurídicos fundamentales. Lo que le daba relevancia al testimonio era la apreciación del juez sobre la importancia atribuible a la deposición del testigo; por ello el juez tenía cierto protagonismo en la recepción y en la valoración de esta prueba. Otro medio era el juramento de las partes que no tenía el carácter de necesario.

En el procedimiento formulario comenzó a perder protagonismo la prueba de testigos y a adquirir más importancia las pruebas escritas, los documentos (*scripta, tabulae, instrumenta, syngrapha, chirographa*) conforme surge de un pasaje de Marcelo en el Digesto.

«Marcellus libro III Digestorum.-*Census et monumenta publica potiora tstibus esse, Senatus censuit.*» (Dig. 22, 3,10) [9]

«Marcelo; Digesto libro III.- El Senado estableció, que el censo y los documentos públicos tienen más fuerza que los testigos.»

Las pruebas escritas adquirieron mayor prerrogativa; pero en general se admitían todos los medios de prueba que pudieran iluminar al juez en el pronunciamiento de su sentencia. También se tornó generalizada la inspección judicial y los dictámenes de peritos. Y junto a estos medios de prueba directos existieron las presunciones.

En esta época de la evolución del sistema procesal adquirieron utilidad las interrogaciones in iure ya que debido a la rigidez de la fórmula el juez sólo tenía dos alternativas: condenar o absolver. Por lo tanto, aquellas servían al juez para clarificar puntos dudosos mediante un interrogatorio formulado por él a las partes a modo de confesión.

Ahora bien, cualquiera fuere el medio probatorio elegido, el juez debía determinar a quién le incumbía la carga de la prueba.

Podía ser que ya en tiempos romanos se hablara de la primera "inversión de la carga de la prueba" de carácter legal ya fuera como regla general o como una excepción al principio, según consta en D. 2, 13, 3

«Mauricianus, libro II de Poenis.-S*enatus censuit, ne quisquam, eorum a quibus quis fiscuis petetur, alia instrumenta delatori cogatur, edere quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset.*» (Dig. 2, 13, 3)[10]

«Mauriciano; De las Penas, Libro II.- Determinó el Senado, que ninguno de aquellos de quienes se pidiese algo para el fisco, esté obligado a exhibir al delator otros instrumentos que los que pertenecieran a la causa por la que hubiese manifestado que denunciaba.»

En este caso en que el fisco intervenía en el proceso como actor y dado que perseguía un interés público, se hacía recaer la carga probatoria en el demandado en razón de sus mejores condiciones para probar en el proceso. En la doctrina se discutía si ésta era una aplicación de la regla general o una excepción al principio.

Con el avance en la evolución de la regulación de la prueba, la asignación de

9. GARCÍA del CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Barcelona, E. Molina, 1892, t.. II, p. 97).

10. GARCÍA DEL CORRAL, I, op. cit., t. I, p. 271

la carga probatoria no fue tan automática. Se fue afianzando cada vez más la idea de que cada parte debía probar los dichos que afirmaba. Pero, en muchos casos subsistía la convicción de que era el demandado quien mejor sabía cómo sucedieron los hechos.

La regla sentada por Paulo en el Digesto se elevó a la categoría de principio general en el dominado con la *cognitio extraordinem*.

«Paulus ad Edictum. -*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.» (Dig. 22, 3,2) [11]

«Paulo; comentarios al Edicto. -*Incumbe la prueba al que afirma, no al que niega*.»

«Idem libro IX. Responsarum. -*Ab ea parte,quae dicit, adversarium suum a aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel Constitutione, id probari oportere*.» (Dig.22, 3, 5. pr)

«El mismo. Respuestas, libro IX. -Por la parte que dice que su adversario está privado de algún derecho especialmente por una ley o una Constitución, debe probarse esto.»

El *onus probandi* consistía en que la prueba de los hechos incumbe a quien funda en ellos su pretensión; de allí que el mismo que se enunciaba con el latinismo *actori incumbit onus probandi*, se completa con la expresión *actori probat actionem, reus exceptionem*.

Interpretando este axioma dice Humberto Cuenca citando a Arangio Ruiz[12] que la fórmula de la acción estaba concebida así:

«Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, neque is arbitrio tuo a Numerio Negidio Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantae pecniae, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato: si non paret, absolvito.»

«*Si Aulo Agerio compro y le fue entregado un esclavo que si le hubiera poseído un año, este esclavo del que se litiga sería suyo por derecho de los quirites y no se le restituyese a Aulo Agerio según el arbitraje condena, oh juez, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto la cosa valga; si no consta, absuélvelo.*»

Por lo tanto, la prueba de los hechos podía concernir también a quien quería fundar en ellos su contrapretensión; así, el actor debía probar su pretensión y el demandado, su defensa o excepción. Es decir que, como regla general, la carga de la prueba recaía sobre el que afirmaba, *affirmanti incumbit probatio* -sea actor o demandado, - no sobre el que negaba. En virtud de los principios ontológicos y lógicos del onus probandi, el que negaba lisa y llanamente nada tenía que probar. Atribuirle la carga de la prueba de una negación hubiera supuesto situarle ante una probatio diabólica, imposible de cumplir.

El principio, de que sólo una parte, el actor, desarrollaba la actividad probatoria, mientras la contraparte se quedaba a la espera de la sentencia, resultará finalmente superado.

Las reglas *actori probat actionem* y *reus exceptionem* no resultan equivalentes, ya que no siempre el actor debía probar la acción y el demandado, la excepción, pues en algunas circunstancias el actor podía negar un hecho controvertido y el demandado a su vez podía afirmar otros, y es a éste –aunque sea demandado- a quien le incumbía la carga de la prueba. Entendemos que en tal sentido lo expresan las fuentes en una miríada de pasajes, algunos de los cuales citaremos infra.

Ulpiano en el Digesto señala que el demandado se convertía en actor cuando planteaba y debía probar una excepción, en aquellos casos en que era dable introducir una

11. Ibidem, t. II, p. 96.

12. CUENCA, H., *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1957, p. 69.

exceptio en la fórmula.

«Idem libro VII. Disputationum.-*In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem,velut intentionem impolere; ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere, debet, pactum conventum factum esset.*» (Dig. 22, 3, 19)[13]

«El Mismo, Disputas libro VII.- Se ha de decir, que en las excepciones debe el demandado hacer las veces de actor, y probar el mismo la excepción, como una demanda; por ejemplo, si utilizara la excepción de pacto convenido, debe probar que se hizo el pacto convenido.»

En la especie el mismo Ulpiano se pronuncia en igual sentido en otro pasaje«Ulpianus libro IV. Ad Edictum. -*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in excepcione actor est.*»(Dig. 44, 1, 1)[14]

«Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro IV.- Se considera que ejercita acción también el que usa de excepción, porque el reo es actor en la excepción.»

Los pasajes de las fuentes romanas señalados son las reglas de carácter general sobre la cuestión de la carga de la prueba. Pero en el título III del libro XXII del Digesto y en el título XIX del libro IV del Código hay una nutrida casuística orientadora de la actividad del juez respecto a saber: a la venta del esclavo fugitivo, a la voluntad del testador, al heredero, al legatario, a la emancipación, a la prenda e hipoteca, al pago por el deudor, a la designación de procurador, a la posesión, al fiador, a la injuria, a los agrimensores, entre muchas otras. Uno de ellos surge del fragmento de Marciano en Digesto 22. 3. 21 en relación con la acción del legatario sobre la propiedad de la cosa legada

«[...] *semper neessitas probandi incumbit illi qui agit.*» [15]

|«[...] siempre la necesidad de probar incumbe al que ejercita una acción.»

Pero este concepto no es completamente exacto, en opinión de Vittorio Scialoja que dice: [16]

«[...] hay casos en los cuales el actor no prueba; pues, por el hecho mismo de las cosas, se consideraba probada la verdad del hecho en que fundaba su pretensión; [...].» Y esto es precisamente lo que se expresa en res ipsa loquitur cuando según las reglas del sentido común y con arreglo al uso ordinario de las cosas y la común experiencia, el resultado dañoso sólo se explica por el comportamiento negligente del agente ocasionante.

He aquí algunos pasajes de las fuentes que de alguna manera lo reflejarían. En un pasaje de las Institutas de Gayo en libro 3°, par. 218 mediante la aclaración formulada por Sabino en la última parte del parágrafo:

S. 218. «*Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus xxx proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne PLURIMI quidem verbum adicitur. et ideo uel eum, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit, perinde habendm, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adiectum esset: nam legis latorem contentum fuisse, (quod prima parte eo verbo usus esset).* » (Gayo, L. III, 218) [17]

13. GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit., t. II, p. 98.

14. Ibidem, t. II, p. 477.

15. Ibidem, t. II, p. 99.

16. SCIALOJA V., *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJAE 1954, p.391

17. GAYO, *La Instituta*, traducida por primera vez al castellano, Madrid, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845, p. 242

S. 218. «Sin embargo, el capítulo de que tratamos, no impone al causante del daño la pena de pagar lo que la cosa valiere durante el año mismo, sino el precio que hubiere tenido en los treinta días anteriores al daño; siendo también de notar que en este capítulo no se añade la palabra PLURIMI (el mayor valor), por cuya razón han creído algunos autores que el cursante del daño puede escoger libremente entre los treinta días aquel en que la cosa haya alcanzado más valor , ó por el contrario aquel en que hubiere tenido menos. Pero Sabino decidió que la estimación debe hacerse como si en esta parte de la ley se encontrase también la palabra Plurimi, por cuanto debió contentarse el legislador con haberla usado en el primer capítulo.»

También está presente en estas líneas del Digesto:

1.- «*Summa cum utitlitate id Praaetorem edixisse, nemo est qui neget; publlice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.* » *Dig. 9, 3, 1, 1)*[18]

2.- «*Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit, an vero privates, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur non publicis viis studetur; semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fiery, eande*m *securitatem debent habere.* [...].» (Dig. 9, 3, 1, 2)

1.- «Nadie hay que niegue, que con suma utilidad comprendió esto el Pretor en su edicto; porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos.»

2.- «Y poco debe importar, que el lugar sea público o privado, con tal que por él de ordinario se transite, porque se mira por los transeúntes, y no se procura por los caminos públicos; pues siempre deben tener la misma seguridad aquellos lugares por los que de ordinario suele transitarse. [...]»

La mayor libertad del juez en la valoración y la menor libertad en la elección de las pruebas, que prevaleció en el procedimiento formulario (principio dispositivo) y en el procedimiento cognitorio clásico, se fue coartando en el procedimiento de cognición oficial postclásico como le llama Álvarez Suárez. Esta innovación vino tanto de la jurisprudencia, que poco a poco elevó a cánones de derecho ciertas prácticas admitidas por lógica natural en los procesos, como de la labor legislativa de los emperadores, que en la época tardo-clásica, mediante las constituciones imperiales comenzaron a limitar el desarrollo de las pruebas, que al decir de Scialoja,[19] a menudo no eran justificables. Es así que el criterio prevaleciente en la época clásica, según el cual si el actor no lograba probar su pretensión, la sola deficiencia de la prueba daba lugar a la absolución del demandado sin necesidad de que éste tuviera que probar nada, dio paso - según una constitución de Constantino[20] del año 325 que tuvo vigencia durante dos siglos-, a un régimen en el que el mecanismo se invirtió, interviniendo activamente el juez por sí mismo en la investigación de los hechos, (principio inquisitivo) pero sujeto a reglas fijas y predeterminadas, al punto de imponer al demandado la carga de la prueba contraria. Una de las normas que acogieron ese punto de vista era la referida al que había prometido por

18. Ibidem, t. I, pág. 592.

19. SCIALOJA, V., op. cit., pag. 390.

20. «Esta Constitución relativa a la prueba en los juicios de reivindicación modificó sustancialmente la relación tal como se hallaba constituida en el derecho clásico, aunque no tuvo valor en el derecho justinianeo, por no haber sido acogida por la compilación de Justiniano, que reproduce la regla del derecho clásico.» (Conf. SCIALOJA, V., op. cit., pp. 392-393).

estipulación dar una cantidad de dinero, que posteriormente no entregó.

«Idem a Demetriae.- *Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, xception opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi ese numeratam ; quo non impleto, absolutio sequetur.*» (Cód. 4, 30, 3)[21]

«El mismo Augusto a Demetria. - Si hubieres comenzado a ser demandada en virtud de caución tuya, aunque se haya dado hipoteca, habiéndose opuesto la excepción o de dolo o de dinero no contado, es compelido el demandante a probar, que se te entregó el dinero; y no habiéndose hecho esto, seguirá la absolución.»

Este criterio finalmente no fue acogido por la compilación justinianea receptando el punto de vista de la época clásica.

Aparecieron en esta época una serie de normas que implantaron, en oposición a aquella libertad de apreciación, el principio de la prueba reglada, cuyo criterio inspirador fue la desconfianza hacia la prueba de testigos, y la consecuente predilección por las pruebas escritas. En la apreciación de estas se tenía en cuenta el valor preferente otorgado por la ley a unas pruebas en detrimento de otras a las que les concedía categoría inferior, siendo irrelevante la convicción íntima que al respecto tuviera el juez.

Más adelante, a consecuencia del influjo que ejerció en Roma la práctica contractual literal de las provincias orientales, se afianzaron las pruebas escritas. En tal sentido en el Código, la "Epitome del rescripto griego tomado de las Basílicas" comienza diciendo:

«*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur* (Dig. 4,0, 1). »[22]

«Contra un testimonio escrito no se produce testimonio no escrito.»

Los medios de prueba ya no eran siempre los ofrecidos o proporcionados por las partes, sino que el juez adquirió la facultad de elegirlos *ex officio iudicis*, tales como la pericia, las interrogationes, que tuvieron una aplicación más amplia que las interrogationes in iure. También el juramento fue utilizado de modo general, cuando una de las partes hacía deferir a la otra sobre alguno de los aspectos de hecho, pendientes de prueba y la contraparte podía jurar o negarse a jurarlo, no mediando coacción alguna. Pero naturalmente cuando una parte juraba, su afirmación debía tener cierto valor en el ánimo del juez debido a la connotación religiosa del juramento, pero no lo ligaba totalmente, sino que quedaba siempre en libertad para la apreciación de este.

La libertad del juez en la elección de las pruebas que caracterizó a esta etapa tuvo una limitación en las *praesumtiones iuris*, que adquirieron relevancia en esta etapa como pruebas indirectas. En las *praesumtiones iure et de iure*, dados ciertos hechos de los cuales se infería la existencia de otros, probados aquéllos, no era necesaria la prueba de estos, porque la ley los daba por supuestos. Estas tuvieron la particularidad de aplicarse a todos y cada uno de los casos concretos, de lo considerado como verdad en la generalidad de los casos.

En suma, esa amplia libertad existente en el procedimiento formulario, con la posibilidad del juez de pronunciar el non liquet, se desvaneció en la época postclásica y fue reemplazada por un sistema restrictivo de interpretación de la norma en materia de carga probatoria que incluyó la inexcusabilidad del juez para dictar sentencia culminando con la prohibición del non liquiet.

21. GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit. t. IV, p. 475

22. Ibidem, t. IV, p. 440.

La prueba de la responsabilidad civil en el derecho argentino

La regulación en la legislación argentina evolucionó de la responsabilidad civil individual a la responsabilidad social.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield existía unidad en el sistema de responsabilidad civil y fenómeno resarcitorio existiendo tres artículos básicos en el tema de la responsabilidad de las personas (se trate o no de médicos). No contenía ninguna norma referida a la responsabilidad por daños causados con cosas o actividades riesgosas, ni hacía referencia específica a los profesionales liberales porque el escenario social de la época no lo ameritaba. El criterio que inspiró al codificador basó la responsabilidad en la culpa como factor de imputación (art. 512) tanto en la órbita contractual como en la aquiliana. Por lo tanto, en el sistema de responsabilidad subjetiva, sólo se reparaban patrimonialmente los daños causados con culpa. Y además, se siguió la directiva de los arts. 902 y 909 aplicable también a los servicios médicos.

Pero los avances tecnológicos fueron generando un cambio sustancial en numerosas disciplinas científicas y entre ellas en las prácticas médicas. Se han puesto a su alcance numerosas técnicas y enfoques terapéuticos imposibles de imaginar hace no más de dos décadas, lo que trajo como consecuencia el aumento de la generación de riesgos y de la producción de daños en el ámbito de la salud.

Así lo expresaba Jorge Bustamante Alsina en el prólogo a la primera edición de la obra de Alberto Bueres, Responsabilidad Civil de los médicos: [23]

«[...] Las nuevas fronteras que se abren a la responsabilidad civil en el presente y en el futuro, alejan cada vez más este sistema de aquella estructura simple y rudimentaria del acto ilícito [...]. La responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa del responsable, está cediendo lugar a una responsabilidad objetiva sin fundamento de una conducta reprochable, atribuyendo responsabilidad por el riesgo del obrar o por el peligro de ciertas cosas que, cada vez más frecuentemente, el hombre emplea en su actividad, llevado por el progreso científico y tecnológico [...]. Es por eso por lo que la responsabilidad civil, desde una óptica moderna, pone el acento no sobre el autor para castigarlo por incurrir en culpa, sino sobre la víctima, para reparar el daño que ha sufrido [...]. Es por ello que la responsabilidad individual tiende a convertirse en una responsabilidad social, instrumentándose los medios para que, con la participación colectiva, se reparen los daños que las condiciones de la vida moderna hacen más frecuentes e inevitables [...].»

Este nuevo escenario tornaba imperiosa la necesidad de impulsar una nueva regulación legal para dar solución efectiva a múltiples situaciones concretas que venían siendo resueltas por la jurisprudencia.

El desarrollo del axioma *res ipsa loquitur*, que se ha aplicado principalmente en el campo extracontractual, se hizo extensivo al ámbito contractual. Luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, se han regulado conjuntamente los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, lo que no significó uniformidad porque prevalecen algunas diferencias. Dentro de la responsabilidad civil contractual reguló expresamente la responsabilidad objetiva en las obligaciones de re-

23. BUERES, A., *Responsabilidad Civil de los médicos,* prólogo a la 1° edición de Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1979.

sultado, pero excluyó de ella a las profesiones liberales. Reglamentó la cuestión de la asunción de riesgos, receptando así la opinión de la doctrina y la jurisprudencia. En materia de prueba, si bien conservó la regla general acerca de que los factores de atribución y las eximentes de responsabilidad deben ser probados por quien los alega; introdujo, no con carácter imperativo sino potestativo de la jurisdicción, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una cuestión largamente debatida en la doctrina. Ello por mencionar sólo los aspectos de la responsabilidad que guardan relación con el tema en análisis. En suma, no se observan cambios sustanciales a partir de la letra del nuevo texto vigente.

El aforismo res ipsa loquitur en el contexto de la relación médico-paciente

Toda persona que asume la obligación de prestar un servicio asume responsabilidades inherentes a la obligación contraída, pero en el caso de que el obligado sea un profesional con capacitación superior, dicha responsabilidad adquiere un matiz especial. Esa responsabilidad puede surgir de una relación contractual o extracontractual y el deber de diligencia y la responsabilidad del médico son y deben ser las mismas.

El análisis de los perjuicios que pueden derivar del ejercicio de la profesión médica es sólo un capítulo del tema de la responsabilidad civil, que en la esfera jurídica busca la reparación de los daños causados injustamente.

Estas distintas situaciones pueden consistir en un incumplimiento contractual, una ilicitud civil o penal, casos de actuación con impericia, imprudencia o negligencia, errores de diagnóstico o de tratamiento, intervenciones quirúrgicas indebidas, omisiones o yerros en el período postoperatorio, olvidos de material dentro del cuerpo del paciente, experimentaciones prohibidas, altas apresuradas, falta de estudios previos de diagnóstico, por mencionar las más generales.

Ante todo, es dable precisar que la naturaleza del vínculo que se establece entre el médico y el paciente cuando éste requiere la prestación de servicios profesionales, se enmarca en una obligación de hacer, y siguiendo la clásica división de René Demogue puede considerarse como de medios (donde sólo se valora la conducta) o de resultados (donde se valora el cumplimiento de la finalidad perseguida) y por lo tanto no es necesaria la existencia de nexo causal alguno.

En el derecho civil, en general, para que exista responsabilidad debe haber un factor de atribución subjetivo u objetivo, que en el caso del profesional médico dependerá en el primero supuesto, si ha comprometido una obligación de medios y en el segundo, si la obligación asumida es de resultados. Compartimos la idea de Llamas Pombo, que advierte:

«[...] no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los medios de que disponen unos y otros no son los mismos. Por esta razón, la doctrina nota que la distinción "obligaciones de medios-obligaciones de resultados", admiten ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecruzan obligaciones de uno y otro tipo.»[24]

24. LLAMAS POMBO, E., Doctrina general de la llamada culpa médica en *Estudios acera de la responsabilidad civil y su*

Generalmente, se incluye entre las obligaciones de medios a la del médico porque no puede asegurar un resultado sino sólo el cumplimiento de una conducta diligente, cuidadosa, prudente y técnicamente irreprochable dirigida a la curación o mejoramiento del enfermo, salvo los singulares supuestos en que se persiga un determinado resultado como vgr. en los análisis anatomopatológicos, en la cirugía reparadora no terapéutica, en el diagnóstico por imágenes, en las pruebas genéticas.[25]

"El distingo tiene trascendencia en dos ámbitos: la diversidad del factor de atribución, subjetivo en el primer caso, y objetivo en el segundo, y en la distribución de la carga de la prueba y sus presunciones. En las obligaciones de medios, la conducta diligente, encaminada a la obtención del resultado anhelado por el paciente es esencial para dar por cumplida la prestación, aunque se haya fracasado en el logro del interés final"[26].

Así, puede distinguirse en este deber calificado un doble juego de intereses: uno inmediato, que se colma en tanto el médico, deudor de la prestación, se aboque activamente al cumplimiento de la conducta tendiente a obtener aquella finalidad. Otro mediato, constituido por la consecución efectiva del resultado, aleatorio en la medida en que su alcance no dependa sólo de los esfuerzos del médico sino también de la influencia de factores ajenos a él.

A propósito de la distinción entre obligación de medios y de resultados, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K en los autos: «R., M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario», pone luz sobre la cuestión en un fallo que condenó a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos por las quemaduras recibidas al someterse a un tratamiento de depilación definitiva con láser en el que sostuvo: [27]

«[...] Aun cuando se acepte la utilidad de la distinción, no puede dejar de señalarse que la aplicación dogmática de la misma en cuanto a establecer regímenes diversos en relación con la carga de la prueba, puede llevar a resultados disvaliosos.

En este aspecto, comparto las conclusiones de Zannoni, cuando expresa que "...como la prestación es el medio de satisfacción del interés del acreedor, este imputará al deudor, en su caso, incumplimiento o deficiente cumplimiento de laconducta debida en relación con el resultado esperado a través de esa conducta. En algunos casos la frustración del resultado permite inferir por sí mismo -*res ipsa loquitur*- que el deudor no cumplió con la conducta debida; en otros no sería suficiente, pero no porque la conducta debida sea en sí el objeto de la obligación -como lo proponen quienes aluden a la obligación de "medios"- sino porque el resultado esperado pudo frustrarse a pesar del cumplimiento por el deudor, de la conducta debida. Entonces el acreedor no puede imputar al deudor responsabilidad sino probando que por el obrar culpable de éste queda insatisfecho el objeto." (Conf. autor citado, Obligaciones de medio y de resultado Observaciones críticas

seguro, Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública, 2005, p. 244.

25. MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad civil del médico,* Astrea, Buenos Aires, 1985, p.133.

26. http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cristina-alicia-fernando-otros-responsabilidades-profesjionales-fa01020003-2001-03-04/123456789-300-0201-0ots-eupmocs ollaf?

27. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala K, R. M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario, 9 de noviembre de 2016, en: https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento. [consulta 17 de julio de 2021]

a un distingo conceptual a propósito de un fallo), en J.A. 1983-II-p. 170). [...].

En materia de responsabilidad médica, todo tratamiento, todo proceso de curación o intervención quirúrgica contiene medios y se dirige a un resultado. De allí que el medio y el resultado se entrelazan, sin que se pueda establecer entre ambos límites precisos (C N Civ. Sala H, in re 151722 del 7 de junio de 1995). Por ello, en casos como el de autos -como veremos- precisamente la deficiencia del tratamiento o medios que debieron emplearse, provocaron el incumplimiento. [...]. »

Elementos que deben concurrir para la aplicación del aforismo res ipsa loquitur

Dado que se pone a disposición del demandante un mecanismo de facilitación de la prueba para juzgar la culpa del demandado, aquel para invocar la aplicación del axioma deberá acreditar una serie de requisitos.

- Que el evento dañoso ocurra por la existencia de una conducta negligente.

Al demandante se le exige la prueba de los presupuestos fácticos sobre los que fundamenta su pretensión, que es preciso que surjan de un acto negligente del demandado; y la demostración de la probabilidad de que éste haya causado el daño para que se active el mecanismo presuntivo. Ello implica que a pesar de no haber pruebas claras sobre cómo se produjo el daño, la lógica hace presumir que es más probable que el facultativo haya causado el daño a que no lo haya generado.

Es decir, que es requisito *sine qua non* para la aplicación de la regla la prueba indiciaria de la negligencia del médico. Pero la aplicación de la regla al caso concreto, ni aún en el supuesto de que se pruebe dicha negligencia, resulta suficiente para condenar al demandado.

- Que no concurran otras causas distintas a la negligencia del demandado.

El actor sólo debe probar aquellas causas que generen dudas razonables sobre la responsabilidad del médico demandado en la causación del evento dañoso. Basta con que demuestre que aquel pudo tener el control de la situación relacionada con el campo de su actuación profesional, con lo que se persigue más que la efectividad del control de la situación por el demandado, descartar la posibilidad de la intervención de factores ajenos a la participación del médico que pudieran producir la ruptura del nexo causal. Es así como no puede invocarse el axioma res ipsa loquitur cuando el daño pudo haber sido causado por el desarrollo normal de la enfermedad, o por condiciones preexistentes en la víctima.

Ahora bien, sostiene Bullard González con fundamento en el fallo Borestein vs. Metropolitan Bottling Co, que, si de las evidencias se desprende que hubo las mismas posibilidades que el daño se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la máxima res ipsa loquitur no debe ser aplicada al caso.[28]

- Que el evento dañoso se origine en una conducta que esté exclusivamente bajo control del demandado.

Con esta exigencia, la probabilidad de intervención de otra causa, incluso la in-

28. BULLARD GONZÁLEZ, A., op. cit., pp. 217-236, p. 224

tervención de la propia víctima o de terceras personas, será remota. De este modo se pueda inferir el nexo causal entre el daño y la negligencia. Pero puede haber factores que importen la ruptura del nexo causal, determinando que el resultado lesivo ya no se encuentre dentro del ámbito de acción del médico demandado y por lo tanto el actor no se pueda beneficiar con la aplicación de la regla res ipsa loquitur, tal lo expresado en el requisito anterior.

Esos factores que determinan la ruptura del nexo causal pueden ser inherentes al comportamiento de la propia víctima (art. 1729 C.C. y C.) o de un tercero (art. 1731 C.C. y C.). En estos supuestos hay dos puntos de vistas distintos. Uno sostiene que en estos casos se excluye totalmente la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* porque la cosa o el hecho dañoso no estuvieron en exclusividad bajo el control del demandado. El otro argumenta que se debe aplicar la regla, distribuyendo la responsabilidad en la proporción de culpa que tenga el profesional y la propia víctima o el tercero.[29]

Cuando el daño es manifestación de un riesgo que se encuentra dentro de la esfera de control de un equipo médico, y éstos tienen un pleno control del riesgo resulta muy difícil determinar cuáles profesionales han desempeñado su actuación conforme a la lex artis y cuáles no. Así les compete a todos probar que actuaron con la diligencia debida en la organización del servicio y en la supervisión de los dependientes, y la responsabilidad del profesional o de la institución se ventilará en concordancia con las reglas generales de responsabilidad civil del principal por el hecho de los dependientes. Ante el silencio o la renuencia de los demandados, los jueces harán hablar a las cosas o a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Por lo tanto, en este supuesto sí resulta aplicable el axioma, porque no hay ruptura del nexo causal, sino asignación de responsabilidades acorde al nivel jerárquico de cada interviniente.

- Que el demandado tenga mayor conocimiento y mayor información con respecto de la causa del evento dañoso.

Este requisito cobra especial relevancia en la responsabilidad médica, ya que es uno de los campos en que se advierte más nítidamente la amplitud de la brecha de conocimiento e información entre el actor (paciente) y demandado (profesional de la salud) y el contexto en que los hechos se desencadenan. Deben descartarse razonablemente causas tales como el riesgo propio de una operación, la actuación de terceros, el comportamiento de la propia víctima en el cumplimiento de las instrucciones durante el post operatorio entre otras para que sea procedente la aplicación del axioma *res ipsa loquitur*.

La carga de la prueba en relación con el aforismo res ipsa loquitur

La relación jurídica, inicialmente estática entre sujeto-objeto, se dinamiza en un vínculo sujeto-objeto-acción cuando sobreviene un proceso judicial por mala praxis y ha sido materia de una complejidad progresiva pues al lado de la obligación principal fueron surgiendo obligaciones accesorias, compromisos colaterales, y más tarde, se incluyó el sistema de la responsabilidad concomitante con el factor de riesgo.

En la medición del riesgo adjudicado a una y otra parte, es esencial la posición probatoria que asume cada cual, que depende de variables tales como la facilidad o la

29. Ibidem, p. 226.

dificultad para el ofrecimiento y la obtención de la prueba, y para su producción. Inexorablemente va abriéndose paso en materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la totalidad de la carga probatoria, sino que se fue afianzando en la doctrina y aplicando en la jurisprudencia el principio de las cargas probatorias dinámicas, que resguarda el principio de buena fe y la igualdad procesal en el marco de las garantías constitucionales.

El *onus probandi* tal como lo consagraba Paulo en el Digesto dejaba inerme el legítimo derecho del paciente ante los estrados judiciales. A fin de paliar esta situación se fueron forjando mecanismos tendientes a estabilizar su situación probatoria; entre ellos surgió el axioma *res ipsa loquitur*, que tuvo como objetivo equilibrar el onus probandi en beneficio del paciente (víctima) evitando colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En muchas ocasiones, el actor (paciente) ha sufrido un daño que claramente debió ser causado por el facultativo demandado al aplicar un tratamiento o practicar una intervención. La víctima ajena al entorno médico tiene imposibilidad o serias dificultades para acceder a la prueba; no conoce con certeza cómo han ocurrido los hechos, ora porque no posee los conocimientos técnicos en la materia litigiosa, ora porque en gran parte de las actuaciones médicas más propensas a producir resultados dañosos, el paciente (actor) se mantiene en un estado de inconsciencia plena o parcial por estar bajo los efectos de la anestesia. En tales circunstancias, el médico demandado goza de una posición procesal más ventajosa, muchas veces en posesión de los elementos probatorios, o con más fácil acceso a ellos por su profesión, cuando están en poder de los centros hospitalarios. Por lo tanto, la máxima res ipsa loquitur cumple justamente la función de evitar que las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren, desaparezcan.

La modificación de las reglas generales sobre carga de la prueba tiene lugar cuando una de las partes, generalmente el médico demandado, obstruye o no coopera en la aportación de las pruebas, o cuando debiendo haber ofrecido explicaciones convincentes de los hechos fue reticente en hacerlo, conculcando los derechos de información del paciente. Sobre el particular existe un deber específico de los profesionales sanitarios de proporcionar y documentar la información relativa al paciente, según resulta de la ley N° 26529/2009 de Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado (arts. 3, 12 a 21; cap. IV historia clínica) y sus modificatorias N° 26742/2012 y N° 26812/2012 y de la ley N° 17132/1967 de Ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de estas (título VIII sanciones).

En sentido opuesto, se pronuncia Wierzba que sostiene «[...] no siempre el experto estará en mejores condiciones de probar, como viene expresándose desde ciertos sectores de opinión. Así, por ejemplo, un médico demandado al límite de la prescripción, con base en un alegado error diagnóstico cuya develación depende de estudios complementarios en poder del paciente y de documentación médica complementaria en poder de terceras instituciones, que tendrá el término de la contestación de la demanda para desplegar su posición defensiva, podrá no estar en mejores condiciones de probar que su contradictor.»[30]

No es lo que generalmente ocurre, siendo el descripto un supuesto de excepción. Lo

30. Wierzba S., «La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley Año XVII-Número 9, 2015, 5-25, p. 18.

que acontece habitualmente es a la inversa; el paciente es el que se encuentra en un estado de dificultad probatoria extrema, que torna ilusoria la concreción de sus derechos. Es por ello por lo que fueron apareciendo las presunciones judiciales de prueba favor victimae.

Las circunstancias señaladas justifican alterar la distribución general de las reglas sobre carga probatoria en función del carácter potestativo de la facultad del juez (art. 1735 C. C. y C.) desplazando la carga de la prueba hacia el profesional o hacia el centro sanitario.

La carga de probar los factores de atribución y las circunstancias eximentes (art. 1734 C. C. y C.) y la relación de causalidad (art. 1736 C. C. y C.) sigue correspondiendo a quien la alega.

No hay inversión de la carga de la prueba, sino simplemente aplicación del principio: *actori probat actionem, reus exceptionem*, en relación con el onus probandi y de esta manera flexibilizar la prueba y repartir entre los contendientes la fatiga de la comprobación judicial.

El axioma *res ipsa loquitur* comenzó a aplicarse a mediados del siglo XX y quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón, fundamentándose en el deber de colaboración con el juez y en el principio de tutela judicial efectiva.

Dicha aplicación no altera la regla general de responsabilidad subjetiva ni impone una obligación diferente para los facultativos, sino que presume la culpa a partir de la demostración del daño por el demandante. No equivale a la responsabilidad objetiva; aunque la tendencia dominante actualmente está evidenciando que el criterio objetivo puede estar más acorde con los nuevos requerimientos, que el criterio subjetivo. La diferencia radica en que la responsabilidad objetiva, lejos de querer buscar culpables directos, lo que pretende es compensar la posición de las partes permitiendo que sea el que se encuentre en mejor posición, el que demuestre cómo sucedieron los hechos. De esta forma se le permite también al demandado proporcionar pruebas que lo exoneren de responsabilidad, cumpliendo con el principio *actori probat actionem, reus exceptionem.*

Siendo la actividad médica una obligación de medios en la generalidad de los casos, ya que sólo excepcionalmente configura una obligación de resultados; en la mayoría de las situaciones mientras el demandado pruebe su diligencia, no se le podrá imputar responsabilidad alguna.

La cercanía entre la responsabilidad objetiva y el axioma *res ipsa loquitur* se debe a que ambas tratan de reducir el costo del error siendo precedente el axioma.

La regla res ipsa loquitor y las presunciones judiciales

La máxima *res ipsa loquitur* no es una presunción en el sentido técnico jurídico, sino un mecanismo de facilitación de la prueba mediante un razonamiento deductivo para juzgar la culpa del profesional médico a partir de una evidencia.

A diferencia de las presunciones, no exige al demandante demostrar el hecho indiciario y el nexo causal, sino que, a partir de la demostración del primero, el juzgador puede deducir tanto el hecho presunto como el nexo que lo conecta al indicio, por simple apreciación de la experiencia común.

En el proceso judicial, cada una de las partes procesales debe proporcionar al juez los indicios en que fundamentan sus respectivas pretensiones y a partir de aquellos, el juez valorará si tienen la entidad suficiente para formar su convicción, en relación con la certeza del hecho presunto, el nexo causal, o la culpa del profesional o del centro sanitario y acerca del vínculo entre el hecho admitido y probado, y el hecho presunto.

Uno de los casos paradigmáticos de invocación del axioma *res ipsa loquitur* es aquel determinado por el oblito de material quirúrgico en alguna cavidad del cuerpo del paciente, ya que resulta evidente que fue indispensable una acción humana capaz de depositar y olvidar dicho material durante la intervención quirúrgica. En tal sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/12/2008 en el caso «Kerdocas, Verónica del Rosario c. Medicorp Argentina S.A. y otros».[31]

«[...] Al ubicarse en el ámbito contractual, si bien la obligación es de medios, la culpa también quedará presumida, por aplicación del principio *"res ipsa loquitur"* y por la existencia de una presunción de culpa que obliga al profesional a desvirtuarla acreditando que actuó en la ocasión con idoneidad, prudencia y diligencia. La sola presencia del oblito permitirá al juez inferir la culpa del médico a partir de ciertos indicios probatorios, presumiendo, salvo prueba en contrario, que no ha adoptado los mecanismos adecuados, como el recuento de los materiales, para impedir que ello ocurra (Conf. Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico asistencial", pág. 407).»

En los casos de riesgos que se encuentran dentro de la esfera de control del profesional o de los centros sanitarios, opera sobre ellos la carga de probar y en su caso de demostrar que actuaron con la diligencia debida en la organización del servicio, en la dirección o supervisión de sus auxiliares. En otro fallo también sobre oblito quirúrgico la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J en los autos: «V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios», el 10 de octubre de 2017 ha ratificado la responsabilidad del titular por el hecho de los dependientes:[32]

« [...] Doctrinariamente predomina en quienes han estudiado el problema, que se rata de daños causados por el médico con la cosas, debido a que en ellos el hecho de la cosa sometida en un principio dócilmente al control humano se ha independizado y ha escapado del acto médico puro (Conf. Felix A. Trigo Represas "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión" en Rev. La Ley 1981 – B- 781; también Alberto J. Bueres en "Responsabilidad civil de los médicos" 3° ed. 2006, pág. 419) [...]

La mera existencia del "*oblito*" demuestra -por la fuerza de los hechos que hubo descuido en el conteo de las gasas y que ese descuido es imputable al cirujano, aun cuando no se encargara él del retiro de las mismas personalmente, ya que el cirujano es el encargado de remover todos los objetos que quedan en el cuerpo del paciente y, además, como jefe del equipo o integrante del grupo médico que intervino en el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia, sino que responde por la conducta de los componentes de ese equipo, cuyas actividades en aquel acto, el jefe o el cirujano

31. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala G, Kerdocas, Verónica del Rosario c/ Medicorp. Argentina S.A. y otros, 15/12/2008, en: www.derechoalasalud.com.ar [consulta del 5 de Julio de 2021]

32. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala: J, V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios, 10-oct-2017, en: https://aldiaargentina.microjuris.com [consulta del 5 de julio de 2021]

orienta y coordina" (CNCiv., Sala C, 20-5-93, ED-154-602; CNCom., Sala C, 23-4-99, LL.-1999-C- 441 y sus citas jurisprudenciales; Vazquez Ferreyra R., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Buenos Aires 1992, p.199 y sig.). »

El tercer tipo de riesgos en el que se puede invocar el mentado axioma es el referido a las lesiones físicas sufridas por pacientes anestesiados, mientras se encuentran en la mesa de operaciones en el transcurso de una intervención. En el caso «C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios» se determinó la responsabilidad del médico demandado por infracción al deber de seguridad debido a las lesiones que sufrió una paciente en una pierna por quemaduras provocadas con electrobisturí, aplicándose la regla res ipsa loquitur. [33]

« [...] En el caso particular del médico demandado, considero que éste "responde objetivamente por los daños causados por el hecho de la cosas en virtud de una obligación de seguridad resultando fundada en el factor de garantía" (cfr. fs. 832 vta., anteúltimo párrafo), señalando que cuando un médico emplea cosas riesgosas para el cumplimiento de su cometido debe hacerse una distinción entre el "acto médico puro" y "el hecho de la cosa" propiamente dicho, considerando que en el primer supuesto la cosa cumple un rol secundario y el acto médico absorbe la incidencia de la cosa mientras que en el segundo la cosa causa el daño como resultado de su riesgo o vicio, supuesto en el que encuadró el caso en tratamiento.»

Otro ocurre por los daños causados por el mal funcionamiento de aparatos e instrumental sanitarios, siendo misión del profesional velar por el buen estado de conservación y funcionamiento de la aparatología y su verificación, previo a llevar adelante una intervención. En el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B de fecha 20 de mayo de 2021en los autos «L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares», se admitió una demanda de mala praxis por las quemaduras que sufrió una paciente en su pierna derecha durante un tratamiento de kinesiología con electrodos.[34]

« [...] es el relato del propio kinesiólogo codemandado el que evidencia que las quemaduras sufridas por la demandante en su pierna derecha fueron provocadas por los electrodos conectados a un aparato de electromedicina programado por aquél; hecho también confirmado por la experta médica cirujana designada de oficio en autos, [...]. Y si bien tampoco se ha comprobado que el mentado equipo hubiera sido incorrectamente programado por el kinesiólogo al utilizarlo para la electroanalgesia a aplicar en la rodilla derecha de la accionante, es claro que De La Fuente no efectuó una adecuada supervisión de su buen funcionamiento durante la sesión, cuidando que no provocase lesiones térmicas a la paciente. Y ello, como es lógico, constituye una omisión culposa que compromete su responsabilidad profesional en la especie (cfr. arts. 512, 902 y 909 del Código Civil).»

También se aplica el axioma para los casos de los daños sufridos por pacientes en hospitales y centros sanitarios, por caídas mientras el paciente se encuentra o es trasladado en una camilla, o de una silla de ruedas a la cama, o en baño. Pertenece también a la esfera de riesgos asumidos por la institución sanitaria, la adopción de las medidas

33. TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala/Juzgado B, C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios, 26-sep-2017, en: https://aldiaargentina.microjuris.com [consulta 19 de julio de 2021]

34. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Sala B, L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares, 20 de mayo de 2021, en: microjuris.com [consulta 16 de septiembre de 2021]

de higiene y desinfección requeridas para evitar infecciones intrahospitalarias. De igual modo, se hace extensiva la aplicación del mentado aforismo a los riesgos derivados del obrar defectuoso del profesional médico en el sentido de constituir una infracción clara a las reglas o conocimientos médicos básicos, de modo que ningún profesional del sector incurriría en ella. La conducta se encuadra, - teniendo en cuenta las variadas gradaciones de la culpa contempladas en la compilación justinianea - en la culpa leve, tomando como parámetro la de un médico clínico promedio. En suma, son variadas las situaciones que se vienen resolviendo mediante la invocación del aforismo bajo las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield y las del Código Civil y Comercial de 2015.

La finalidad de la máxima *res ipsa loquitur* es mitigar los efectos que podría tener la aplicación rígida del principio de la carga de la prueba: «*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*» (Paulo; Dig. 22, 3, 2); dado que la complejidad de la materia dificulta sobremanera al actor la aportación de la prueba debido a la desigualdad en que se encuentran las partes en conflicto.[35]

La situación particular que se presenta cuando es demandado un profesional de la salud genera un desequilibrio ante el juzgador, ya que sólo el conocimiento científico del propio demandado puede probar si ha incurrido o no en un obrar culpable y aportar luz para que el juez califique si ha habido o no negligencia profesional. En la doctrina se debate respecto a si es compatible la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* con la aportación de pruebas, ya que la posibilidad de aportar pruebas vendría a desvirtuar lo indiscutible de la evidencia basada en máximas de la experiencia común.

Siendo un aspecto controvertido del análisis, las posturas al respecto son diversas. Por su parte, la doctrina anglosajona sostiene que el profesional del derecho no posee los conocimientos técnicos ni científicos para evaluar el daño; por lo tanto, resultaría cuanto menos inconveniente prescindir de la prueba pericial para dictar un fallo debidamente fundado.[36]

En un criterio totalmente contrapuesto la doctrina española, aunque no es unánime, sostiene que si la producción de prueba pericial resulta necesaria para afianzar el enunciado del aforismo debe entenderse que las cosas o las circunstancias no hablan por sí mismas, y que necesitan sustentación probatoria. Consecuentemente la esencia del aforismo es incompatible con la producción de prueba.[37]

Pareciera que hay un delgado límite entre esta regla y la presunción de responsabilidad, pero incompatibles entre sí. En tal sentido Díez-Picazo plantea la cuestión: «[...] lo que no es posible saber es por dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general, la carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante, y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza, y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento.»[38] Dependerá entonces de la valoración del juzgador en la casuística.

35. LLAMAS POMBO, E., «Doctrina general de la culpa médica» en LLamas Pombo, E. (Dir.) *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2014 pp. 32-42

36. NAVARRO MICHEL, M., «La aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», Anuario de Derecho Civil (ADC), 3/2003, 1197-1230, p.1209

37. BULLARD GONZÁLEZ, A., op. cit., pp. 217-236, p. 221.

38. DIEZ-PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias, 6ª edición, Civitas, 2008, p. 794.

La delimitación legal de las condiciones bajo las que tiene que operar la mentada máxima permite mantener bajo control el margen de decisión del juez respecto a la alteración de las reglas generales sobre carga de la prueba.

Existe el riesgo cierto de una invocación abusiva de la máxima, que puede llevar a atribuirle responsabilidad al demandado sin pruebas suficientes; o bien a convertir lo que es un mecanismo presuntivo en una práctica habitual, invirtiendo sistemáticamente la carga de la prueba. Para evitar que ello ocurra, el demandado tendrá la oportunidad de demostrar que su actuación se desenvolvió conforme a la lex artis, y de aportar al proceso aquellos elementos que contribuyan al esclarecimiento.

Pero no es menos cierto que la prescindencia absoluta de la máxima *res ipsa loquitur* contribuirá a que la reticencia del demandado a aportar las pruebas que puedan conducir al esclarecimiento de los hechos no tenga consecuencia disvaliosa alguna para él. Si ha desarrollado un comportamiento negligente pretenderá ocultar las pruebas que están en su poder, porque justamente lo que pretende es evitar que salga a la luz la verdad de lo acontecido. La doctrina advierte que no se debe calificar de negligente la conducta del profesional por el solo hecho de que el resultado de la intervención no haya sido satisfactorio. La producción de un daño indeseado no constituye por sí misma prueba de una falta de diligencia porque cualquier tratamiento médico comporta de por sí, los riesgos propios de su especie.

En suma, la aplicación de la regla, cumpliendo con todos los requisitos exigidos, en el análisis particular de cada caso concreto, será la mejor garante para evitar que ninguna de las partes pierda el incentivo de tomar las precauciones del caso y, por ende, sea aventajada en detrimento de la otra. Ello evitará que el paciente – a veces seudo víctima- recurra a inescrupulosos operadores jurídicos, que maximizan los daños para obtener abultadas indemnizaciones, acorde a la cuantía patrimonial del demandado. Si bien este supuesto es más probable que acontezca en otros juicios de daños, como los derivados de accidentes de tránsito, o accidentes laborales, que en los juicios de mala praxis médica por el contexto en que se producen los hechos dañosos. Y de igual modo, la aplicación de la regla podrá impedir que el demandado negligente oculte las pruebas que obran en su poder para evitar ser condenado.

Un aspecto novedoso introducido por el código unificado es la responsabilidad por daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o por actividades riesgosas regulada como objetiva, según surge del art. 1757 del C. C. y C. Por ende, el factor de atribución que seguirá reinando en la responsabilidad civil, entre las que se incluye la médica, será la culpa, aun cuando la obligación de hacer se preste con cosas, excepto que causen un daño derivado de su vicio.

No obstante, la incursión cada vez más creciente de la tecnología, el art. 1768 del C.C. y C. dispensó del reproche culpabilístico a los profesionales liberales en general, y entre ellos a los profesionales del ámbito médico.

Así se verán privados de resarcimiento un número de casos cada vez más creciente de intervenciones médicas que deriven en resultados lesivos.

Reflexión

En un sistema de responsabilidad contractual subjetivo como el nuestro, la aplicación de la regla resulta útil, porque si al ejecutarse la prestación se causan daños que a la víctima le resulta difícil o imposible probar, puede acudirse al aforismo res ipsa loquitur para determinar la existencia o no de culpa.

No obstante, celebramos que la tendencia dominante actualmente haya avanzado algo en materia de responsabilidad en pos del criterio objetivo.

Hubiera significado un mayor resguardo a los usuarios de los servicios de salud, receptar la responsabilidad objetiva romana basada en el riesgo, donde la culpa no era el único factor de atribución de responsabilidad para resarcir el resultado dañoso y no eximir de reprensión a los profesionales liberales, porque si el profesional de la salud se beneficia haciendo uso de tecnología riesgosa, resultaría lógico que afrontara los riesgos de utilizarla. El acierto o desacierto de la exclusión de responsabilidad del artículo 1.768 dependerá del recorrido interpretativo que se vaya forjando en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia, que continua resolviendo los casos mediante el uso de la regla res ipsa loquitur para posibilitar la concreción de las indemnizaciones tal como se desprende de la lectura de los fallos citados.

El aforismo latino res ipsa loquitur que vio la luz en los procesos judiciales en el 52 a.C. continúa en la invocación de los jueces para resolver con equidad los casos en que al actor le es imposible obtener la prueba, lo que nos impulsa una vez más a destacar el riquísimo legado de Roma que conserva vigencia a través de los siglos.

Bibliografía

Fuentes Documentales

García Del Corral, I. (1892). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: E. Molina.

Gayo. (1845). *La Instituta*. Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica,.
Código Civil y Comercial en: https://www.saij.gob.ar

Bibliografía Específica

Albaladejo García, M. (2011). *Derecho civil II : derecho de obligaciones*. 14ª ed. Madrid : Edisofer

Alvarez Suárez, U. (1955). *Curso de Derecho Romano*. Madrid : Revista de Derecho Privado.

Ayala J. A. (2004). En Defensa de Milón,. En: *Antología de textos latinos I*. México D. F. : UNAM. p.355

Bueres, A. (1979). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires : Abaco.

Bullard González, A. (2005). Cuando las cosas hablan : el res ipsa loquitur y la carga de prueba en la responsabilidad civil. En: *Revista de derecho*. (50):217-236.

Calvo Costa, C. (2015). La responsabilidad civil médica ante el nuevo código civil y comercial. En: *La Ley*. cita online AR/DOC/126/2015. *Daños ocasionados por la prestación médico asistencial*, 2° edición actualizada, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B, L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares, 20 de mayo de 2021, en: microjuris.com [consulta 16 de septiembre de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Kerdocas, Verónica del Rosario c/ Medicorp. Argentina S.A. y otros, 15/12/2008, en: www.derechoalasalud.com.ar [consulta del 5 de Julio de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J, V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios, 10-oct-2017, en: https://aldiaargentina.microjuris.com [consulta del 5 de julio de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K, R. M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario, 9 de noviembre de 2016, en: https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento. [consulta 17 de julio de 2021].

Cuenca, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires : E.J.E.A.

De Angel Yágüez, R. (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos : problemas de prueba*. Madrid : Civitas.

Diez Picasso, L. (2002). La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. En: *Anuario de Derecho Civil* (ADC). pp.1009-1027.

Diez-Picazo, L.; Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial II : las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid: Civitas.

Estrada, S. (2015). El onus probandi y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En: *Actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. pp.251-281.

Feliú, J. (2018). Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria. En: *Revista de derecho civil* vol. V, núm. 5(1):55-97. Recuperado el 5 de agosto de 2020: http://nreg.es/ojs/index.php

Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2° ed. Madrid : Reus.

http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewArticle/1429/1674

http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cristina-alicia-fernando-otros-responsabilidades-profesjionales-fa01020003-2001-03-04/123456789-300-0201-0ots-eupmocs ollaf?

Llamas Pombo, E., dir. (2014). *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria : un análisis interdisciplinar*. Madrid : La Ley. pp.32-42.

«Doctrina general de la llamada culpa médica» en *Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro*, Santiago de Compostela, Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública, 2005.

Lorenzetti, R. (1997). Responsabilidad civil de los médicos. 2ª ed. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Mosset ITURRASPE, J. (1985). *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires : Astrea.

Navarro Michel, M. (2003). Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario. En: *Anuario de derecho civil* (ADC). pp.1197-1230.

Padilla R. (2016). Responsabilidad civil profesional : con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. 18(1):1-21.

Reyes, A.; Romero, F.; Onis, F. de; Báez, R.; Arciniegas, G. (1950). *Grandes discursos*. vol. XIX. Buenos Aires : Jackson Editores.

Scialoja V. (1954). *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires : EJAE.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado B, C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios, 26-sep-2017. En: https://aldiaargentina.microjuris.com [consulta 19 de julio de 2021].

Wierzba S. (2015). la responsabilidad médica en el nuevo código civil y comercial de la nación. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. 17(9):5-25.

Aproximación al principio *portio portioni adcrescit, non personae* en la regulación del Código Civil español

Belén Fernández Vizcaíno[1]

1. Universidad de Alicante.

El principio *portio portioni adcrescit, non personae*, de carácter esencial en el acrecimiento y, con fundamento en la vocación universal a la herencia, indicaba que el derecho de acrecer se verificaba en relación a la cuota, sin tomar en consideración al titular de la misma. En la actualidad tiene su reflejo en la regulación del Código Civil, arts. 981 ss. y 1531 ss., así como en la doctrina y jurisprudencia.

El principio *portio portioni adcrescit, non personae* forma parte de la regulación del derecho de acrecer en el derecho hereditario romano e indica, como parte de su naturaleza jurídica de carácter esencial, que este derecho tenía su fundamento en la vocación universal a la herencia[2], desplegando su eficacia en distintos aspectos de la regulación

2. Con relación a las distintas teorías que contemplan la universalidad de la llamada realizada a todos los coherederos se puede afirmar como mayoritaria aquella que afirma que en el título de *heres* se encuentra recogida la *delatio* universal al total de la herencia, o a una cuota de la misma, surgiendo la misma del concurso efectivo que servía de base para el reparto de los bienes, entre los autores que la recogen en sus obras, en algunos casos con matizaciones que no llegan a variar el significado, destacamos MACHELARD, M.E., «Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain», en *RHD*, *III*, 1857, (reimpresión 1985), pp. 163 y ss. ; DE CILLIS, F., «Del diritto d'accrescere secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano», en *Arch. Giur., XXIII*, 1879, p.113; HOFMANN, F., *Kritische studien im römischen rechte*, Wien, 1885, p. 57; RE, C., voz: «Accrescimento», en *Digesto Italiano*, I, 1887, pp. 400 y ss.; FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi*, Milano, 1889, (reimpresión 1976), pp. 639 y ss.; GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXIX, I, Milano, 1907, pp. 589 y ss.-605; GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, *XXX-XXXII*, I, Milano, 1898, p. 662 (nota f comentario de FERRINI, C.); DERNBURG, A., *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905, pp. 334 y ss.-510 y ss.; PACCHIONI, G., *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910, pp. 746 y ss.; CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 696 ; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, *II*, Roma, 1928, pp. 555-602 y ss.-692; LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 177; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III*, Torino, 1930, pp. 323 y ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, Roma, 1934, pp. 10 y ss.; GIFFARD, A.E., *Précis de Droit romain, I*, Paris, 1938, pp. 496 y 518; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecimiento en la mejora», en Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, 1946, p. 519; BIONDI, B., Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, *(Capacità, Acquisto delle'eredita ed effetti. Divisione)*, Milano, 1948, p. 205; BETTI, E., «*"In iure cessio hereditatis"*, *"successio in ius"* e titolo di *"heres"*», en Studi Solazzi, 1948, pp. 594 y ss.; BETTI, E., en su recensión a ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, pp. 35 y ss.; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953, pp. 21 y ss.-63 y ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, z xz Milano, 1954, cit., pp. 413 y ss.-435 y ss.; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, pp. 541-542; BRETONE, M., Servus Communis. *Contributo alla storia della compropietà romana in età classica*, Napoli, 1958, pp. 110 y ss.; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, 1960, pp. 284 y ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, pp. 689-690; DI MARZO, S., Istituzioni di diritto romano, Milano, 1968, pp. 456-457; MONIER, R., *Manuel élementaire de droit romain*, I, Paris, 1977, pp. 448 y 504; GIRARD, P.F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1929 (reimpresión 1978), p. 934; JÖRS, P.-KUNKEL, W.-WENGER, L., *Römisches Recht*, Berlin, 1949 (reimpresión Springer 1978), p. 341; CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral, VI, Derecho de sucesiones, volumen II*, Madrid, 1979, p. 204; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, I, Madrid, 1980, pp. 75 y ss.-113 y ss.; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 861 (nota 804); SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1992, p. 351; DUPLÀ, T., «Consideraciones en torno al acrecimiento sucesivo en el legado de usufructo», en Revista del Poder Judicial, 53, 1999, pp. 330 y ss.; TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 2002, pp. 606-607; CASTRO, A., *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, Sevilla, 2002, p. 367; ORTÍN GARCÍA, C., *El derecho de acrecer entre coherederos*, Malaga, 2002, pp. 6 y

sucesoria en el momento de asignar la parte acrecida, ordenando que el incremento producido por la imposibilidad de asumir su cuota unos de los coherederos, a excepción del legado de usufructo[3], se verificara directamente en relación a la cuota, sin tomar en consideración al titular de la misma. A partir de esta premisa, el presente trabajo realiza una aproximación a la regulación de esta máxima en el articulado del Código Civil español, en la doctrina, así como en la jurisprudencia civilista.

La pervivencia del principio *portio portioni adcrescit, non personae*, tanto en el trabajo desarrollado por la doctrina para explicar los efectos que produce el acrecimiento una vez llevada a cabo la adquisición hereditaria, como en las distintas disposiciones de la jurisprudencia civilista actual tratan el reflejo de esta máxima en la aplicación práctica del derecho de acrecer y, en concreto, se ciñen a una triple vertiente en Derecho Moderno en paralelo a la que tenía en Derecho Romano, por un lado, como configurador del destino de la cuota vacante en el supuesto de una compraventa de herencia, por otro, como fundamento de la característica de proporcionalidad del acrecimiento, reservando la última parte a la conexión entre la máxima romana y las cargas de la cuota vacante.

Comenzando por la regulación de la venta de una herencia, podemos afirmar que cuando se produce la venta de unos derechos hereditarios no se incluye el título de heredero, sino que se trata de la adquisición de los bienes que integran la masa hereditaria, de hecho, la venta de herencia era un tipo de venta muy complejo al estar formado por cosas y derechos, lo que lleva a afirmar que la hereditas estaba considerada como un todo[4]; así, a diferencia de lo que sucede en la sucesión universal, donde el heredero ocupa el lugar del de *cuius*, en la venta de la herencia el comprador adquiere los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia como transmisión por título singular[5]; esta disposición por parte del heredero se puede llevar a cabo como una universa-

97 y ss.

Entre los detractores de esta teoría se pueden citar diversos autores que afirman distinto fundamento del derecho de acrecer, FITTING, R., «Zur lehre vom Anwachsungsrecht» en *Archiv für die Civilistische Praxis*, LVII, 1874, pp. 15 y ss.; STROHAL, E., *Transmission pendente condicione*, Graz, 1879, p. 68; HEYMANN, E., Die Grundzuge des gesetzlichen Verwandteinrecht, Berlin, 1927, p. 59; BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario» en RDP, XXXIX, Madrid, 1955, pp. 1118 y ss.; GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, cit.*, p. 592 (nota z comentada por BONFANTE); ROBBE, U., «Origine e concetto della eredità», en *Studi* Cagliari, XXV, 1937, pp. 85 y ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, VI «Le successioni»*, Milano, 1930 (reimpresión 1974), pp. 255 y ss.; BONFANTE, P., «La *successio in universum ius* e la *universitas*», en *Scritti Giuridici Varii, I, «Famiglia e successione»*, Torino, 1916, pp. 250 y ss.

3. D. 7, 1, 33.

4. FERNÁNDEZ VIZCAINO, B., «La obligación de restituir la cuota acrecida en la *venditio hereditatis», en RIDROM, abril-2011*, p. 224.

5. A este respecto sostiene GULLÓN BALLESTEROS, A., en *La venta de la herencia*, Madrid, 1959, pp. 10-20 y ss., que los efectos fundamentales de la venta de la herencia son la no transmisión al comprador de la cualidad de heredero y, el carácter aleatorio que tiene el contrato, pues el comprador puede ver disminuido el patrimonio que ha comprado debido a circunstancias surgidas con posterioridad, tales como cargas o legados, lo que se puede observar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 1ª, S 28-04-2011, nº 191/2011, rec. 282/2010. En el mismo sentido, COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, 2001, p. 245. No obstante, se muestran contrarios a la determinación de aleatorio del contrato de venta de la herencia, LACRUZ, J.L., *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1993, p. 164; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del*

lidad con la venta de sus derechos, o mediante la venta de todos o algunos bienes que la integran. En consecuencia, podemos observar dos tipos de negocios jurídicos, uno en el cual la enajenación tiene por objeto un bien determinado que forma parte de la herencia, y otro mediante el cual la venta tiene como fin el derecho hereditario como una universalidad[6], estando su objeto por determinar, pues está conformado por todos los bienes que integran la herencia o el porcentaje que le corresponda al heredero que realiza la enajenación.

Esta venta tiene como premisa la aceptación de la herencia por el heredero y, como límite temporal, la partición de la herencia o la adjudicación de bienes, de manera que, si se cumplen estas circunstancias el sujeto vende sus derechos hereditarios o su porcentaje como una totalidad, con todos sus bienes, estén o no determinados en ese momento, se conozca o se enumeren, o no.

En la regulación de la venta de los derechos hereditarios en el Código Civil español no se contempla una definición de esta, si bien recoge la disciplina general en sus arts. 1531 a 1534, complementada con otros preceptos que se expondrán a continuación.

A este respecto, el art. 1531 CC se conecta como afirma Roca Sastre[7] al principio semel heres, semper heres que implica una venta de la herencia que no comprende la cualidad de heredero, que se entiende personalísima, de tal manera que la misma solo hace referencia al contenido económico de la herencia, o porción de la que se dispone, esto es, a su activo y pasivo hereditario; en consecuencia, en este negocio jurídico el vendedor no se desvincula de la sucesión, pues en su persona queda el título de heres obteniendo el comprador únicamente el contenido económico, positivo o negativo.

En este orden de ideas, el comprador tampoco queda fuera de la sucesión, lo que Roca Sastre denomina un «verdadero tercero», ya que al adquirir una universalidad y no bienes aislados se le puede considerar un sustituto del vendedor-heredero en todo lo económico patrimonial de la herencia ya desde el Derecho Romano, a fortiori, este autor denomina al comprador como un viceheredero, ya que en algunas ocasiones hace las veces del heredero[8].

Con relación a este acto de disposición del heredero debemos exponer como norma

Derecho Sucesorio II. Perspectiva dinámica, Madrid, 1984, p. 623.

6. GULLÓN BALLESTEROS, A., en *La venta de la herencia, cit.,* pp. 6 y ss., sostiene que a favor de la venta de la herencia como universitas iuris se pueden alegar dos argumentos fundamentales, por un lado, el subingreso del comprador en las deudas hereditarias, y por otro, la garantía que ha de prestar el vendedor por los arts. 1531 y 1532 CC. Sigue la misma opinión aun con matices FEDELE, La compravendita, Milano, 1952, p. 119; MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678*, Roma, 2005, p. 57.

En contra de este fundamento se manifiestan CICU, *Succesioni per causa di morte. Parte generales*, Milano, 1954, p. 10; MESSINEO, F., «L'ereditá ed il suo carattere di *«universitum ius»*, en *Rivista di dirito civile*, 1941, pp. 363 y ss.; MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, p. 562.

7. ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», en *Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander*, septiembre, 1950, p. 670; COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, cit.*, p. 249.

8. ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», en *Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, cit.*, p. 670; COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, cit.*, p. 252.

complementaria el art. 1067 CC que establece la acción de retracto de los coherederos en la venta de una herencia, que se asimila, con algunas diferencias, a la acción de retracto de los comuneros, ya que se trata de una disposición a título oneroso, regulando la disposición de la herencia a título gratuito en el art. 1000 CC.

Así, del estudio del art. 1067 CC cabe afirmar que por «derecho hereditario» se hace referencia a todos los bienes que integran la parte de la herencia del heredero que realiza la disposición de su derecho, antes de la partición de la herencia, como se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1963: «lo que puede enajenarse antes de la partición de una herencia es el derecho hereditario, más no el derecho sobre las cosas concretas y determinadas en la herencia.»

A fortiori, esta venta de derechos hereditarios, al hacer referencia a una universalidad de bienes, comprende no solo a los conocidos en el momento de la venta, como ha quedado establecido anteriormente, sino que incluye todos los que aparecieran con posterioridad, como se sostiene en los arts. 1531 y 1532 CC y se afirma por la jurisprudencia en la Sentencia del TS del 5 de febrero de 1909[9], y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sec. 1ª, de 28-04-2011 «El hecho de relacionar los bienes sólo tiene por objetivo conocer y determinar el contenido de la herencia a efectos de su valoración y no significa que sólo integren la herencia vendida los designados pues si aparecen nuevos bienes en un momento posterior supondrá una adición a la herencia ya vendida...La venta de los derechos hereditarios supuso la de todos los bienes que la integraban y no sólo de los relacionados en la Escritura. De manera que también se vendió el bien posteriormente aparecido...».

En este sentido, y con relación a una venta de herencia se debe afirmar que la doctrina científica sostiene que el comprador de una herencia se beneficia de la porción en que pueda incrementarse su cuota a consecuencia del derecho de acrecer, pues en la compraventa de herencia su naturaleza afirma que el comprador recoge todo lo que hubiera correspondido al heredero de no haberla vendido; así, al igual que se establecía en Derecho Romano en D. 18, 4, 2, le corresponden al comprador las ventajas que le hubieran correspondido si la herencia fuese a su favor y no al vendedor, con todos los incrementos, desde el momento de la apertura de la sucesión, por lo tanto, debido a la retroacción reconstructiva del patrimonio hereditario se debe afirmar que todo lo percibido por el vendedor por causa de la herencia debe ser transferido al comprador[10], todo

9. En Derecho moderno, respecto al negocio jurídico de la compraventa de herencia afirma ROCA SASTRE, R.M., en «Problemas de la venta de herencia», Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, *cit.*, p. 673, que de la Sentencia del 5 de febrero de 1909 se puede extraer que la venta de una herencia no es la suma de los bienes singulares del patrimonio relicto, con una pluralidad de ventas, sino una sola que comprende todo el patrimonio hereditario, tanto derechos como obligaciones, lo que se puede observar de la combinación de los arts. 1351 y 1352 CC, que establece que el saneamiento por evicción no se proyecta sobre los bienes singulares sino sobre toda la herencia o la mayor parte de la misma. Asimimo, COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, cit.*, pp. 245 y ss., afirma que si bien existe un único título que comprende todos los bienes transmisibles del patrimonio hereditario, se deben realizar actos complementarios diferentes según la naturaleza del objeto por cada componente del conjunto para alcanzar plena eficacia la transmisión al comprador.

10. En este mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., en *La venta de la herencia, cit.*, pp. 12-17 y ss., sostiene que, aunque la venta de la herencia se concibe como una venta de *universitas*, para la transmisión de los elementos que la componen

ello en base a la atracción que la cuota adquirida ejerce, sobre todo lo que con posterioridad pudiera aumentar debido al llamamiento universal de la herencia, fundamento del derecho de acrecer.

En este orden de ideas, como afirma Gullón Ballesteros[11], la mayoría de la doctrina sostiene que le pertenece al comprador la porción hereditaria que incrementa la cuota del coheredero que ha vendido su parte a consecuencia del derecho de acrecer, pues si bien parte de la misma establece sus teorías en base a la voluntad de las partes expresadas en la palabras a la hora de realizar el acto de disposición, distinguiendo que si se dice que vende «su parte» queda fuera el acrecimiento, pero si se establece que se venden «derechos sucesorios» en ellos se incluye la porción que pertenece al coheredero por derecho de acrecer, como afirma García Goyena[12], el acrecimiento es inherente al título de heredero y, el vendedor no debió ignorar su expectativa al total; así, la tesis a favor del acrecimiento en este supuesto se fundamenta en la llamada solidaria realizada al coheredero, cualidad que tiene el vendedor, y al que corresponde atribuir la porción renunciada.

Las premisas expuestas sirven para ver aplicado en la actualidad el principio *portio portioni adcrescit, non personae*, ahora bien, hacemos referencia a un derecho dispositivo, en el que debe tomarse en consideración la voluntad de las partes en la realización del acto de disposición de los derechos sucesorios; sobre esta cuestión, como se puede extraer de la redacción del art. 1533 CC las partes puede pactar válidamente que no habrá acrecimiento a favor del comprador, ya que si el vendedor que ha aprovechado fruto o alguna cosa de la herencia que vende debe abonarlos al comprador, salvo pacto en contra, de igual manera parece que se podrá acordar la no ejecución del acrecimiento a favor del comprador si se pacta entre las partes en el acuerdo de la compraventa.

En el mismo sentido, cabe destacar sobre la aplicación del principio *portio portioni adcrescit, non personae* incardinado en el derecho de acrecer en la compraventa de herencia la teoría de Beltrán de Heredía[13] que afirma la existencia de varios supuestos. En primer lugar, si existe una pluralidad de herederos pero no se ha producido ninguna vacante porque todos ellos han aceptado la llamada a la herencia, o una misma porción sin especial determinación de partes como afirma el art. 982.1 CC «Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes», no se ha producido la *condictio iuris* que exige el apartado 2 del art. 982 para realizar el derecho de acrecer, esto es, «Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.»

Por otro lado, como se afirma en la disposición del apartado segundo de este artículo, en el supuesto de muerte de uno de los herederos, anterior al fallecimiento del de cuius, el acrecimiento se lleva a cabo en el momento de la apertura de la sucesión, por lo tanto, si el resto acepta, se expande la titularidad de estos sobre la cuota del que falta produ-

en Derecho moderno se necesitan los actos apropiados, contando como obligación principal la entrega de la cosa vendida por aplicación de las reglas comunes de la compraventa, así como pagar al comprador las deuda que tenía contraídas con el difunto y que se extinguían con la aceptación, no así con respecto a tercero. En el mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «La acción de petición de herencia», en *Anuario de Derecho Civil*, I, 1959, p. 212.

11. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La venta de la herencia, cit.*, p. 29.

12. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, cit.*, p. 454.

13. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer (Negocios «intervivos» y «mortis causa»)*, Madrid, 1956, pp. 138 y ss.

ciendo el derecho de acrecer un incremento material de la cuota[14].

Asimismo, en el caso de una pluralidad de herederos entre los que algunos aceptan la herencia, produciéndose una vacante por renuncia a la herencia, tendrá lugar el derecho de acrecer con efectos retroactivos al momento de la apertura de la sucesión.

Es en este supuesto en el cual Beltrán de Heredia destaca la continuidad en derecho actual del principio romano portio portioni adcrescit, non personae en la venta de una herencia.

Sobre esta cuestión, la doctrina civilista[15] ha venido manifestando la dificultad de la situación jurídica planteada, así como las variadas teorías en aras a dilucidar qué hacer si algún coheredero que ya ha aceptado la herencia, o su parte de la misma, decide disponer de esta, apareciendo más tarde una cuota vacante que da lugar al derecho de acrecer, pues es cuestión polémica establecer a quién corresponde el incremento material, si al cedente o al cesionario.

Relacionado con esta problemática, en Derecho Romano se puede afirmar que se planteaba el principio *portio portioni adcrescit, non personae* como fundamento necesario y esencial de la naturaleza del derecho de acrecer; siguiendo el iter temporal de este principio podemos establecer que con la recepción del Derecho Romano se encuentran diferentes opiniones doctrinales en el Derecho común, que establecían como idea principal que el montante de la venta correspondía al que adquiría la herencia según el principio *portio portioni adcrescit, non personae*, que si bien no fue una cuestión pacífica entonces, continua vigente la polémica en la doctrina moderna[16].

Con relación a la citada polémica doctrinal, cabe destacar aquella que sostiene los derechos iniciales del cedente y finales del cesionario, así, Ruggieri[17] sostiene que el acrecimiento posterior corresponde al cedente de la herencia, si bien este supuesto sigue el carácter *ipso iure* y el principio *portio portioni adcrescit, non personae* al afirmar que una vez adquirida la cuota vacante por el heredero debe restituirla al adquirente de la herencia o cuota de la misma; por el contrario, confirma la teoría a favor del derecho directo del cesionario Cannada-Bartoli[18] afirmando que la cuota que aparecía vacante y que acrece produce sus efectos a favor del cesionario.

Asimismo, complementan estas dos corrientes de opinión dos tesis contrapuestas

14. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer (Negocios «intervivos» y «mortis causa»), cit.*, pp. 140 y ss.

15. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer (Negocios «intervivos» y «mortis causa»), cit.*, p. 141.

16. DEGNI, F., *La successione testamentaria, II*, Padova, 1936, p. 174; ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», en *Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, cit.*, p. 678; GULLÓN BALLESTEROS, A., *La venta de la herencia, cit.*, pp. 30 y ss.; MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, cit.*, p. 56.

17. RUGGIERI, O., *Del diritto di accrescere fra coeredi e collegatari*, Roma, 1873, p. 130. En el mismo sentido, VANGEROW, K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg-Leipzig, 1863-1869, p. 315; GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), XXIX, I, cit., p. 659; BORTOLAN, G., *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, Bologna, 1913, pp. 435 y ss.; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III, cit.*, pp. 328 (nota 14).

18. CANNADA-BARTOLI, G., *Del diritto d'accrescere fra coeredi e collegatari secondo le legislazioni preesistite in Italia e secondo il codice civile imperante*, Napoli, 1898, p. 81. En el mismo sentido PACIFICI-MAZZONI, E., *Tratatto delle Successioni*, VI, Torino, 1929, p. 23; VENEZIAN, G., Usufructo, uso y habitación, Madrid, 1928, p, 425; ANDREOLI, M., «Vendita di eredità», en *Studi Senesi*, Milano, 1943, pp. 26 y ss.

muy extendidas con el mismo fundamento, la voluntad de las partes, aun con diferente solución a la cuestión planteada.

Por un lado, se afirma el acrecimiento a favor del cesionario siempre que las partes no hayan dispuesto nada en contrario en el negocio subyacente[19]. Las razones de esta postura se encuentran en que el derecho de acrecer no implica una titularidad aislada de la cuota, sino que se aloja dentro de esta, lo que supone que no existe una nueva delación hereditaria que otorga un derecho subjetivo de adquirir la cuota vacante, sino que implica el incremento de una cuota hereditaria por vacancia en el concurso, lo que va en consonancia a la esencia misma del derecho de acrecer, así como del principio *portio portioni adcrescit, non personae*, esto es, el acrecimiento sigue a la cuota y no a la persona, además, el vendedor-heredero abandona en el orden económico-patrimonial todo lo referente a la herencia, así, por la naturaleza de la venta de la herencia, el comprador se atribuye todo cuando hubiera de haber correspondido al vendedor-heredero de no haberlo hecho[20].

En este orden de ideas, Colina Garea[21] sostiene que, según el axioma que establece la permanencia del título de heredero en la persona del vendedor, sería lógico pensar que a este le corresponde cualquier incremento del activo con posterioridad a la venta, precisamente por su cualidad de sucesor a título universal, sin embargo, de la naturaleza del acrecimiento se debe afirmar que todo lo acrecido al caudal hereditario objeto de venta debe ser incluido en la misma y por ello transmitido al comprador; la explicación viene dada, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, en que se trata de un simple aumento a lo previamente adquirido y no una nueva delación; por el contrario, si se plantea una nueva delación a favor del heredero vendedor, lo que le corresponda en virtud del mismo no formará parte de la herencia vendida ni se deberá entregar al comprador, pues se configura como un derecho subjetivo para adquirir una cuota distinta, pero si el aumento aparece por derecho de acrecer los bienes le corresponderán por su propia naturaleza al comprador.

Ahondando en esta última cuestión, esta tesis no es aplicable al supuesto del aumento provocado por la absorción de legados que no llegaron a tener efectividad, ya que se trata de una mera liberación de cargas como consecuencia de la eliminación de la disminución que suponía la existencia de tales legados; y, en el mismo sentido, si ese aumento deviene de una sustitución vulgar o fideicomisaria, el heredero que ha vendido la herencia se encuentra con la llamada a una nueva cuota que podrá percibir, ya que no se trata del aumento de la cuota originaria, pues nos encontramos con dos delaciones distintas a cuotas también distintas, la primera, que es el objeto de venta, y la segunda, que es adquirida en virtud de la sustitución vulgar o fideicomisaria, al no tratarse de un aumento de la cuota los efectos traslativos del contrato de venta no la incluyen; todo sin

19. PUGLIATTI, *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni, Comentario D'Amelio*, Firenze, 1941, p. 577; MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art.* 674-678, cit., p. 56.

20. ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, *cit.*, pp. 679 y ss.; COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, cit.*, p. 247.

21. COLINA GAREA, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Derecho da Universidade da Coruña, 5, cit.*, p. 263 y ss.

perjuicio de que en el documento acreditativo de la compraventa se estipule la venta no solo de la primera cuota, sino también de la recibida por sustitución, pues se atenderá como ha quedado establecido a la voluntad de las partes.

Por otro lado, Gangi[22] sostiene que, en defecto de voluntad expresa de las partes, el acrecimiento opera a favor del cedente, opinión compartida por Maffía[23] al afirmar que lo obtenido por derecho de acrecer no está comprendido en la cesión de la herencia, por lo tanto, corresponde al heredero, ya que este se despoja de una masa de bienes y no de su cualidad de heredero que, como hemos afirmado, es intransmisible, postura que también asume el BGB en su artículo 2373[24].

Para fundamentar esta corriente de opinión, los autores que la mantienen, por un lado, afirman que los incrementos derivados del derecho de acrecer se dirigen a la condición del heredero y no a la propiedad de la cuota hereditaria, y por otro, sostienen la existencia de una nueva delación para la cuota vacante, pues establecen una configuración del derecho de acrecer como privativo del coheredero y no como un derecho perteneciente al de cuius, que ha sido transmitido al heredero por derecho sucesorio.

Termina de conformar las tesis basadas en la voluntad de las partes la opinión de D'Avanzo[25], quien sostiene una posición casuística, al afirmar que no es posible establecer una norma general, sino que se hace necesario estudiar en cada caso la voluntad establecida por las partes en la redacción del documento de disposición.

A este respecto, confirma Scognamiglio[26] la dificultad de dar una solución de a quién pertenece la cuota acrecida, si al cedente o al cesionario, por lo que pone como antecedente a cualquier decisión la voluntad de las partes, que pueden decidir en el documento de compraventa de la herencia qué hacer si una cuota vacante llega por derecho de acrecer, esto es, si forma o no parte del objeto de la venta, pues si bien hay autores que plantean una posición favorable al coheredero vendedor con fundamento en la llamada solidaria, aun con matices, ya que aun recibiendo la cuota acrecida debe a continuación restituirla al comprador, por otro lado, parte de la doctrina sostiene que la cuota vacante pertenece directamente al comprador ya que el acrecimiento opera ipso iure, sin necesidad de adquisición y se presupone que era la voluntad de las partes; otros pretenden dar como respuesta a esta cuestión únicamente la interpretación de la voluntad de las partes caso por caso ante la imposibilidad de dar un solución general, salvo que se haya previsto en el contrato esta situación. En conclusión, afirma Scognamiglio que del estudio de todas ellas se puede establecer que se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad respecto a si el objeto de la venta incluye una sola cuota o la total posición hereditaria, comprendiendo eventualmente otros derechos, entre ellos, el acrecimiento.

Planteado el amplio espectro de teorías de la doctrina que tratan esta cuestión se debe

22. GANGI, C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, II*, Milano, 1952, p. 464.

23. MAFFÍA, J.O., *Manual de Derecho sucesorio*, I-II, Buenos Aires, 1993, p. 319.

24. ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», en *Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, cit.*, p. 678.

25. D'AVANZO, *Delle successioni. Parte generale. Parte speciale, I*, Firenze, 1941, p. 192. En el mismo sentido, VITALI, V., *Delle successioni legittime e testamentarie, cit.*, p. 538.

26. SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, cit.*, pp. 211 y ss.

tomar en consideración la opinión de Beltrán de Heredia[27] al respecto, que sostiene el error en las premisas de la mayoría de estas a la hora de intentar resolver el problema que nos ocupa, ya que distinguen entre la cuota propia y la cuota ajena acrecida, lo que no se ajusta a la realidad de la institución jurídica, ya que el derecho de acrecer es un efecto de la llamada solidaria que produce una expansión en la titularidad que da lugar a poder adquirir el total de la herencia, esto es, da derecho al todo y no a un incremento material de cuota, pues el derecho del heredero forma parte de un todo derivado de un título único.

En consecuencia, esta cuestión hay que plantearla resolviendo con carácter previo la disposición de la posición jurídica del heredero por acto inter vivos realizada, esto es, la transmisibilidad del título legítimo para adquirir la herencia, y si la respuesta es afirmativa conlleva que quien ostenta el título de heredero es titular de todos los derechos que confiere y de sus efectos. De esta manera, el cesionario o adquirente al subrogarse en esta posición jurídica tiene derecho al acrecimiento.

En contra de esta teoría debemos afirmar que por el principio *semel heres, semper heres* con el negocio jurídico de disposición no se adquiría el título de heredero, sino que se obtenía el derecho a recibir la herencia a título singular, quedando en la persona del cedente la cualidad de heredero[28], si bien el comprador se coloca en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al coheredero, todo ello sin que la venta transfiera al adquirente la cualidad de heredero, ni siquiera la de simple titular futuro de los bienes y derechos que hayan de corresponder al mismo en la participación, por lo tanto, en este caso el derecho de acrecer juega a favor del cesionario en virtud de un incremento en la cuota hereditaria con independencia de la persona que obstente la titularidad de la mismas, como se afirma en *portio portioni adcrescit, non personae.*

Sigue esta opinión Masi[29] al afirmar que se debe estar a priori a los pactado por las partes en el documento de venta de la herencia, o de parte de ella, pues se puede excluir el acrecimiento como objeto del negocio jurídico, pero si la venta se lleva a cabo sin ninguna especificación al respecto no se puede negar el derecho de acrecer al vendedor heredero, ya que mantiene su cualidad como tal, pero a continuación deberá realizar los actos necesarios para transmitir los derechos adquiridos al comprador.

Esta afirmación encuentra su fundamento en la propia naturaleza del acrecimiento, que no implica una cuota nueva que se une a la ya adquirida por el coheredero que vende la herencia, ni por supuesto una nueva delación hereditaria que atribuya un derecho subjetivo para adquirirla como una adquisición asimismo nueva, distinta de la primigenia ya aceptada con anterioridad a la venta por el coheredero, sino que, en virtud del principio *portio portioni adcrescit, non personae*, lo que hace es incrementar la cuota originaria, incluso en el supuesto de venta de la misma, favoreciendo así al comprador, salvo disposición en contra expresada por las partes en las escrituras de venta de la herencia.

En conclusión, de la exposición de las distintas teorías doctrinales y de la legisla-

27. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer (Negocios «intervivos» y «mortis causa»), cit.*, pp. 142 y ss.

28. GULLÓN BALLESTEROS, A., «La acción de petición de herencia», en *Anuario de Derecho Civil, I, cit.*, pp. 217 y ss.

29. MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, cit.*, p. 58.

ción del Código Civil tomamos como referencia la tesis que sostiene como antecedente a cualquier decisión la voluntad de las partes, que pueden decidir en el documento de compraventa de la herencia si una cuota vacante por derecho de acrecer forma parte del objeto de la venta.

A falta de esta previsión, con fundamento en la llamada solidaria, se plantea una posición favorable al vendedor de la herencia. Si bien el comprador se beneficia de la porción en que pueda incrementarse su cuota a consecuencia del derecho de acrecer, pues el comprador recoge todo lo que hubiera correspondido al heredero de no haberla vendido, por lo que, desde el momento de la apertura de la sucesión, todo lo percibido por el vendedor por causa de la herencia debe ser transferido al comprador en base a la atracción que la cuota adquirida ejerce sobre todo lo que con posterioridad pudiera aumentar debido al llamamiento universal de la herencia, ya que esta situación no implica una cuota nueva que se une a la ya adquirida por el coheredero que vende la herencia, ni por supuesto una nueva delación hereditaria, sino que en virtud del principio *portio portioni adcrescit, non personae* lo que hace es incrementar la cuota originaria incluso en el supuesto de venta de la misma, favoreciendo así al comprador, salvo disposición en contra expresada por las partes en las escrituras de venta de la herencia.

Como segunda vertiente de aplicación, haremos referencia a la relación del principio *portio portioni adcrescit, non personae* y la proporcionalidad en el derecho de acrecer y, en concreto, se hará referencia a la sucesión testamentaria y los distintos tipos de llamamientos establecidos por el testador partiendo de la premisa de que el acrecimiento tiene lugar siempre en proporción a las cuotas respectivas de los coherederos; así, ante una llamada solidaria estricta o conjunción in re a la totalidad de la herencia o a una cuota de la misma, el acrecimiento se produce de forma igualitaria entre los llamados que sí aceptan su parte, si bien, también hay acrecimiento en el supuesto de que se señalen partes, tanto iguales como desiguales, si el llamamiento se realiza en la misma cláusula -*verbis tantum*- o se realiza una llamada solidaria amplia como afirma Bosch Capdevila[30], y se ejecutará en proporción a las cuotas de los llamados, con fundamento en dos razones, por un lado la regla general de proporcionalidad en toda sucesión fundamentada en el principio *portio portioni adcrescit, non personae*, a la que se puede añadir, aun referida a la sucesión testamentaria, que si la intención del testador era instituir a los herederos en partes desiguales, la cuota que quedaba vacante se debía adquirir de forma proporcional.

Esta regulación propia del Derecho Romano y de la tradición jurídica tiene su pervivencia en el derecho actual, como se puede observar en el Código Civil y en su interpretación respecto al criterio de proporcionalidad.

En este sentido, a fin de concretar el alcance de la proporción en la que cada uno de los coherederos va a incrementar su cuota, debemos partir de la voluntad del testador, que puede beneficiar a todos ellos a partes iguales, ordenar el acrecimiento en proporción a sus cuotas originarias e incluso establecer un criterio diferente a los anteriores.

No obstante, si no hubiera disposición del testador respecto a la distribución de una cuota vacante para un supuesto de derecho de acrecer, se debe acudir a la proporcionalidad con relación a la respectivas cuotas hereditarias de los llamados; de esta manera, al igual que ha quedado establecido en Derecho Romano, cada coheredero que sí ha

30. BOSCH CAPDEVILLA, E., *L'acreixement en el dret successori català*, Barcelona, 2002, pp. 302 y ss.

aceptado su parte recibirá la cuota vacante en la misma proporción que aquella que fue prevista por el de cuius en origen, ya que esto se acerca más a la voluntad presunta del mismo. Si bien, esta interpretación debe contar con el consentimiento de los propios coherederos mediante acuerdo, o en caso contrario, se deberá dilucidar en los tribunales, no pudiendo realizar tal reparto el contador-partidor[31].

En este orden de ideas, se puede observar en el Codi de Successions catalán la proporcionalidad en su art. 40.1.pr.- «*L'acreixement sempre té lloc en proporción a les respectives quotes hereditàries*», en este artículo, con claro trasfondo romanista, se regula que regula el derecho de acrecer en materia sucesoria determina la proporcionalidad del acrecimiento en relación a las cuotas de los otros coherederos y por tanto consagra el principio romano *portio portioni adcrescit, non personae*.

Una cuestión esencial en esta regulación es establecer si esta regla se puede modificar por la voluntad del testador, esto es, si como afirma Bosch Capdevila se puede plantear que si al igual que el disponente puede prohibir el derecho de acrecer según el art. 38.1 del Codi de Successions[32], se puede modificar también la regla de la proporcionalidad en el acrecimiento, o si la expresión «sempre» del art. 40.1 del CS se debe considerar imperativa y no modificable, a lo que se puede responder que es la Ley la que establece la proporcionalidad del derecho de acrecer con fundamento en la llamada solidaria de todos al total, y poder fijar la cuotas del acrecimiento por el testador significaría establecer un concepto separado de la cuota que aumenta al resto, esto es, se haría referencia a una cuota ajena; no obstante, la voluntad del testador es tomada en consideración con relación al llamamiento solidario realizado por el testador, pero los efectos del derecho de acrecer, entre ellos la proporcionalidad fundamentada en el principio portio portioni adcrescit, non personae vienen establecidos por la Ley y en la propia naturaleza de esta institución del Derecho sucesorio.

Para terminar, una cuestión de especial relevancia es la aplicación del principio *portio portioni adcrescit, non personae* en su relación con las cargas hereditarias.

En este sentido, como sostiene Zumaquero Gil[33], el art. 984 CC establece que «Los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla», en consonancia con el art. 780 CC «El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuestos expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido», lo que implica una regla general aplicable a aquél que sucede en lugar de otro, en concreto, un sujeto distinto del designado en principio por el testador y que no llegó a suceder[34], esto es, el derecho de acrecer

31. Cuenta nuestra legislación con el control del Registrador de la Propiedad, que ante la solicitud de inscripción y ante la duda de un mal reparto deberá denegar tal como lo establecen las Resoluciones de la DGRN de 26/02/2003, 10/06/2003, 8/10/2013 y 1/03/2014.

32. Con relación a la posibilidad de negar el acrecimiento en el art. 38.1 del CS debemos afirmar que no es una prohibición real del mismo, sino que posibilita al testador aclarar el sentido de su disposición, realizando o no un llamamiento solidario, pues si este no aparece no habrá acrecimiento, pero no porque lo prohíba sino porque no se dan las circunstancias jurídicas para ello.

33. ZUMAQUERO GIL, L., *El derecho de acrecer entre coherederos*, Madrid, 2011, pp. 247 y ss.

34. DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, IV*, Madrid, 2001, p. 316.

se ejecuta en Derecho Moderno *cum onere*, y el coheredero asume no solo los derechos de la cuota acrecida sino también las cargas y obligaciones que deriven de la misma.

Esta situación se puede justificar en la voluntad del testador, de manera que, al igual que el coheredero se beneficia del acrecimiento, debe hacerse cargo de las obligaciones que gravaban la cuota vacante; en este sentido se expresa Gangi[35] cuando afirma que es legítimo, conforme a la voluntad del testador, que el heredero que se beneficia del derecho de acrecer soporte asimismo las obligaciones y cargas que gravan la porción acrecida, salvo que se trate de cargas personalísimas[36] o que fueran consideradas como tales por el testador. Asimismo, se considera una excepción al acrecimiento cum onere si el testador dispensa el gravamen que pesa sobre la porción acrecida al beneficiado por acrecimiento según una aplicación por analogía del art. 780 CC., sobre la sustitución, de manera que la voluntad presunta debe ceder a la voluntad manifestada en contrario por el testador[37]

Sobre esta cuestión destacamos la tesis de Scognamiglio[38] por la claridad de su exposición al afirmar que el fundamento del acrecimiento con cargas se encuentra en que quien adquiere la cuota vacante de otro, necesariamente debe soportar las cargas que sobre la misma recaen.

A favor de estas afirmaciones se pueden señalar los siguientes argumentos, en primer lugar, las cargas y gravámenes no se vinculan al título sucesorio sino a quienes adquieren la titularidad de la cuota vacante, acorde con la máxima *portio portioni adcrescit, non personae*; si el coheredero goza de las ventajas del acrecimiento, deberá soportar asimismo las desventajas; el respeto a la voluntad del testador; y por último, el propio Derecho de sucesiones establece que quien recibe una herencia en defecto de otro queda sometido a las obligaciones de la misma impuestas en la disposición testamentaria[39].

35. GANGI, C., *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, I, Milano, 1964, pp. 460 y ss. En el mismo orden de ideas, RICCI, F., *Corso teorico-pratico di Diritto Civile, III, Delle successioni*, Torino, 1886, p. 573; CANNADA-BARTOLI, G., *Del diritto d'accrescere fra coeredi e collegatari secondo le legislazioni preesistite in Italia e secondo il codice civile imperante, cit.*, p. 80.

36. A este respecto, sostienen tal afirmación con fundamento en la aplicación analógica del art. 780 CC. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *«Comentario al art. 984 CC.» Código Civil, tomo XVII (arts. 968 a 1034)*, Madrid, 1944, p. 384; ROCA SASTRE, R.M., *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil, V*, vol. 1º, Barcelona, 1951, p. 278; OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, p. 330; ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, cit., p. 693; LACRUZ, J.L., Derecho de Sucesiones. Parte general, cit., p. 224; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama del Derecho Sucesorio II. Perspectiva dinámica, cit., p. 380; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., Derecho de Sucesiones. Común y Foral, III, Madrid, 2009, p. 2382; VILLAGÓMEZ RODIL, A., *«Comentario al art. 984 CC», Comentario al Código Civil, V*, Barcelona, 2000, p. 370; MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, cit.*, p. 59; ZUMAQUERO GIL, L., *El derecho de acrecer entre coherederos, cit.*, p. 250.

37. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *«Comentario al art. 780 CC.» Código Civil, tomo XIII*, Madrid, 1944, p. 632; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho Sucesorio II. Perspectiva dinámica, cit.*, pp. 379 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral, III, cit.*, p. 2382; VILLAGÓMEZ RODIL, A., *«Comentario al art. 984 CC», Comentario al Código Civil, V, cit.*, p. 370; ZUMAQUERO GIL, L., *El derecho de acrecer entre coherederos, cit.*, p. 250.

38. SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, cit.*, p. 224.

39. ROCA SASTRE, R.M., «Problemas de la venta de herencia», en *Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, cit.*, p. 680; ZUMAQUERO GIL, L., *El derecho de acrecer entre coherederos, cit.*, p. 249; BOSCH CAPDEVILLA, E.,

Sobre esta cuestión y en aras a seguir el principio romano, Masi[40] sostiene que estas obligaciones deben considerarse como inherentes a la cuota a consecuencia de la delación al todo, ya que no se contempla como una llamada nueva y autónoma; así, con el acrecimiento se adquiere la cuota vacante, y en consecuencia, las cargas que la gravan, ya que se afirma por la doctrina que las mismas son impuestas a la herencia más que a la persona, lo que también se puede manifestar respecto a los legados[41]; por lo tanto, si bien es una norma dispositiva, los coherederos que adquieren el acrecimiento, incluso en caso de disposición de esta cuota, si no aceptan a beneficio de inventario debe asumir las eventuales obligaciones que la graven, siempre que no tuvieran carácter personal.

Se oponen a esta tesis mayoritaria en la doctrina algunos autores que distinguen la cuota originaria y la cuota vacante que acrece al coheredero, de tal manera que, al tratarse de porciones distintas, las cargas que afectan a la cuota originaria no se extienden a la acrecida[42], así lo afirma LaCruz[43] aun con matices al mantener que el heredero acepta la porción de bienes junto a los gravámenes que pesan de forma homogénea sobre todos los bienes, pero no debe aceptar las cargas particulares impuestas a otro coheredero, así, sostiene que si la porción originaria y la nueva son dos individualidades distintas, por ser esta más onerosa, podrá repudiarla el heredero sin que proceda aplicar por analogía el art. 890.1 CC, que hace referencia a los legados, pues en este caso una de las cuotas ya ha sido recibida y, a posteriori, ofrecida una segunda en distintas condiciones.

Con relación a estas posturas de la doctrina, debemos mostrar nuestro desacuerdo por estar en contra de las características fundamentales del derecho de acrecer, en concreto del carácter automático del acrecimiento, que supone asumir la cuota vacante sin necesidad de una nueva aceptación, ya que forma parte del derecho del coheredero desde la primera aceptación, de esta forma, no se puede considerar la existencia de dos cuotas diferentes cuando este derecho surge de la llamada solidaria realizada a los coherederos al total de la herencia, como así se establece desde el Derecho Romano, de manera que si se cita a llamamientos no homogéneos, no es que el acrecimiento se ejecutará sin cargas, es que no se daría lugar al derecho de acrecer por falta la condictio iuris misma del mismo[44].

L'acreixement en el dret successori català, cit., p. 311.

40. MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, cit.*, p. 59. En el mismo sentido, CICU, A., *Testamento,* Milano, 1951, p. 211.

41. GAZZARA, G., *Contributo ad una teoría generale dell'accrescimento*, Milano, 1956, p. 158.

42. ROCA SASTRE, R.M., *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil, V,* vol. 1º, *cit.*, p. 278; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral, III, cit.*, p. 2382; VILLAGÓMEZ RODIL, A., «Comentario al art. 1984 CC», Comentario al Código Civil, V, cit., p. 371.

43. LACRUZ, J.L., *Derecho de Sucesiones. Parte general, cit.*, p. 223.

44. Sigue esta concepción ZUMAQUERO GIL, L., en *El derecho de acrecer entre coherederos, cit.*, p. 249.

El Derecho Real de superficie como límite al principio *"Superficies solo cedit"*

Romina Adriana Fernández[1]

1. Universidad de Buenos Aires 1.

**Abogada, y Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas, UBA.

Profesora de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires, Cargo Ayudante de Segunda, Cátedra del Dr. José Carlos Costa.

Roma: El principio superficies solo cedit y el Derecho Real de superficie como límite

El origen del principio *superficies solo cedit*, radica en las *mores maiorum*, siendo reconocido por el *ius civile* como absoluto e inderogable.[2]

Este precepto establece que todo aquello que se encuentra sobre el suelo es un elemento accesorio que sigue el destino jurídico de éste. Quedando, de esta manera, evidenciada la primacía del suelo frente a lo edificado en él.

Gayo en sus Institutas indica: «Además lo que otro ha edificado en nuestro suelo aunque sea en su nombre se hace nuestro por derecho natural porque la superficie cede al terreno.»[3]

En el ámbito jurídico, el hecho que lo edificado sobre el suelo acceda al mismo, impide reconocer dos titularidades jurídicas distintas, una sobre el suelo, y otra sobre la construcción o sobre las distintas partes de ésta.

La razón de ser de este principio la podemos encontrar, en primer lugar, en el concepto romano de dominio, en donde se le confiere al propietario el absoluto señorío sobre la cosa propia y, en segundo lugar, en el contexto social y económico de una sociedad, en la cual, en sus comienzos, la tenencia de tierra prima, y las necesidades tanto sociales como urbanísticas no colisionan en ningún momento con dicho principio.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, y ante una nueva realidad social y económica, el carácter de absoluto e inderogable del principio *superficies solo cedit* debió reconsiderarse.

A comienzos de la República, Roma se vio envuelta en continuas guerras con pueblos vecinos, provocando que el ejército necesitara cada vez más hombres para combatir, por lo cual, las tierras rurales fueron abandonadas, causando gran escasez de alimentos.

Ante este contexto, en busca del trabajo que proporcionaban los pequeños comerciantes y artesanos, un considerable número de personas se trasladaron hacia la ciudad de Roma, la cual no se encontraba preparada para este importante aumento de población, ya que el terreno del que se disponía era muy escaso, y en su mayoría pertenecía al *populus*, o estaba en manos de algunos pocos privados. Esta situación generó un grave problema por la falta de vivienda.

Por ello, a fin de solucionar este inconveniente, se les concedió a los particulares el derecho de edificar en suelo público, gozando de la construcción perpetuamente o por un tiempo muy prolongado, mediante el pago de un canon *o solarium*. Posteriormente, esta modalidad comenzó a ser utilizada para los terrenos privados.

A pesar de ello, la primacía y rigidez del principio *superficies solo cedit* impedía a quien construía en suelo ajeno adquirir cualquier titularidad jurídica sobre lo edificado.

2. ZAERA GARCIA Ana: "Superficies Solo Cedit", Universidad de Salamanca, Anuario da Facultade de Dereito da Univesidade da Coruña, 2008, 12: 1007-1015. ISSN: 1138-039X.

3. GAYO, "Instituta", comentario segundo, Lib. II 73

Por esta razón, ante algún inconveniente en el goce de la superficie, y teniendo en cuenta que las concesiones se realizaban a través de una locación especial, la única forma que tenía el superficiario para defender sus derechos era a través de una *actio in personam*. Por lo tanto, al tratarse de una relación contractual, si el superficiario era privado en su goce por el propietario, tenía la *actio locatio conducti*, y si era perturbado por terceros, el dueño locador debía cederle sus propias acciones.

En cuanto a la protección que podría invocar el superficiario dentro del marco de la *actio in personam*, se ha planteado una discusión doctrinaria, ya que Ulpiano, en un pasaje aislado, señala que las superficies se podrían comprar, dando lugar así a las acciones de compra (*Actio Empti*). Al respecto, el Dr. Alfredo Di Pietro padre, entre otros autores, consideran que dicha posibilidad iría en contra del principio general que establecía que por la superficie había que pagar un *solárium*, y que además en el interdicto otorgado por el pretor, el cual se desarrollará a continuación, se menciona claramente que se ampara la superficie nacida de la *locatio et conductio*, por lo que debería excluirse la posibilidad de que la superficie fuese objeto de venta o de cualquier otro negocio diferente a la locación.

Recién con el derecho honorario la superficie comienza su camino a la autonomía, aproximándose a los derechos reales, y dejando el campo obligacional, propio de la locación.

Es así que, para proteger el goce de la superficie contra atentados exteriores, el pretor concede el interdicto de *superficiebus*, de carácter prohibitorio, mediante el cual se podía rechazar cualquier intento de violencia, en perjuicio del goce de lo edificado sobre suelo ajeno.

El interdicto decía: «Prohíbo que alguien haga violencia respecto de que no disfrutéis de la lex de una *locatio o conductio* de la superficies, de que se trata, que tuvieras *nec vi, nec clam, nec* precario del uno respecto del otro.» [4]

Como se podrá observar, cumpliendo con su gran labor jurídica, el pretor protege una situación de hecho, de notoria injusticia, brindando al superficiario un remedio que excede el esquema de las relaciones contractuales.

Asimismo, el pretor podía otorgarle al superficiario, después de un análisis de los hechos, una *actio in rem utilis* para hacer valer su derecho contra todo el que lo perturbe, aún contra el mismo dueño del terreno, y una *exceptio in actum* contra la *reivindicatio* del propietario. El pretor no concede al superficiario una típica *actio in rem*, pero modela la acción que acuerda causa cognita, sobre acciones *in rem* existentes, propias de relaciones análogas a la superficie.

Con el tiempo, y teniendo en cuenta la particularidad de la concesión pública, se irá permitiendo que el constructor pueda disponer del ius que tiene sobre lo edificado, pero estas cesiones no son de la propiedad, sino de la superficie. Es así que, una vez constituida, se puede donar, legar o incluso darla en garantía.

Pese a la actividad del pretor, los cambios que comenzaron en el derecho honorario se consolidan definitivamente en el derecho justinianeo, en donde se consagra la institución como un verdadero ius in re con identidad propia.

De esta manera, el principio *superficies solo cedit* continuaría vigente, pero pasando a ser plenamente derogable, del que las partes pueden disponer.

4. ULPIANO, "Digesto", 43.18.1 pr.

El Código Velezano

En la época en la cual se sancionó el Código Civil de Vélez Sarsfield, el país estaba en pleno auge de su surgimiento como estado. Sin embargo, la clase gobernante consideraba que el territorio estaba desierto, y que para favorecer el desarrollo del país era necesario implementar distintas políticas migratorias a fin de atraer capitales e inmigrantes que pudieran explotar las grandes tierras desérticas, siendo necesario que la legislación se adecue a dicho fin.

Teniendo en cuenta ello, y la experiencia de las legislaciones de los estados europeos, Vélez Sarsfield considero que la multiplicidad de derechos reales sobre una misma propiedad perjudicaría su explotación, su libre circulación, y además desmejoraría los bienes raíces, causando muchas dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. Por este motivo, decidió mantener el concepto de derecho de dominio como absoluto y sin limitaciones, y la vigencia del principio romano "*superficies solo cedit*", prohibiendo el derecho de superficie.

Por lo tanto, en el artículo 2.506 del Código Civil definió al dominio como "El derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona", atribuyéndole, además, los caracteres de exclusividad (art. 2.508) y de perpetuidad (art. 2.510).

Con respecto al carácter absoluto del dominio, si bien Vélez Sarsfield no lo estableció en los artículos indicados, el mismo surge de la nota efectuada al artículo 2.513, que dice: "...los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. La palabra «*abuti*» de los romanos expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa...Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa..."

Asimismo, el codificador consagró el principio "*superficies solo cedit*" en el artículo 2.520 del Código Civil: "la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos".

Los fundamentos de su decisión fueron expresados por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2.502 que decía: "el Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad sin un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era, por lo tanto, privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Más desde la edad media las leyes de casi todos los estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censualista, pues las propiedades iban a la ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era el propietario del pasto que naciera y el otro de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y

los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre comuneros o a la licitación."

Asimismo, en la nota al artículo 2.503 indicó: "No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar...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..."

Como se dijo precedentemente, por estos argumentos el codificador no solo no le dio sanción legal al derecho de superficie, sino que prohibió expresamente su constitución en el artículo 2.614, y la división horizontal de la propiedad en el artículo 2.617.

No obstante, a la luz de una nueva estructura social y económica de nuestro país, la visión del siglo XIX ha ido evolucionando, motivando distintas reformas legislativas con respecto a este tema.

Es así que, previo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos mencionar las reformas introducidas por la Ley 13.512 (Propiedad Horizontal) y la Ley 25.509 (Superficie Forestal).

El objetivo principal de la Ley 13.512 fue permitir la «división de un edificio en pisos y/o departamentos adjudicándolos en propiedad a distintas personas que adquieren un derecho exclusivo sobre los sectores privativos y un derecho compartido sobre las partes de aprovechamiento común»[5]. Por ello, con esta ley en el año 1948 se incorporó al Código Civil de Vélez el Régimen de la Propiedad Horizontal, derogando el artículo 2.617, pero solo a los efectos de dicha ley.

Por su parte, en el año 2001 con la sanción de la Ley 25.509 se añadió a la nómina de derechos reales del artículo 2.503 del Código Velezano, la Superficie Forestal, (inciso 8), y se eliminó del artículo 2.614 la prohibición respecto de la superficie.

De esta manera se permite el Derecho Real de Superficie Forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura.

«El resurgimiento del Derecho de superficie se debe a la necesidad socio-económica de posibilitar la explotación del suelo por parte de otra persona que "no" sea su propietaria, cuando sus propios dueños no puedan o no quieran forestarlos o plantarlos; evitando de esta manera la improductividad de estos terrenos y facilitando la actividad productiva por parte de aquellas personas que no tienen dinero suficiente para comprar un terreno, o que desean desarrollar una actividad productiva, independientemente de ser propietario o no del suelo».[6]

5. Gurfinkel de Wendy, 2014, p.1

6. NOVELLO Vanesa A: "El Derecho de Superficie: De Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil", XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano.

Código Civil y Comercial de la Nación

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no solo se conservó el concepto jurídico del derecho de dominio, consagrado en el código Velezano siguiendo los preceptos romanos, sino que también el principio *superficies solo cedit*.

Lo que permitió este código es que, con la incorporación de algunos derechos reales, como el de superficie, se puedan establecer límites a este principio, reconociendo el desmembramiento del derecho real de dominio. Es así que, el dominio abandona su condición de perfecto, cuando su dueño se ha desprendido temporariamente de alguno de los atributos esenciales de este, en virtud de la concesión de un derecho real a un tercero.[7]

Al respecto, en el artículo 1.945 del CCCN se estableció: "El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

Es así que, el derecho de superficie fue incorporado por el Código Civil y Comercial de la Nación como un derecho real en el inciso g) de la enumeración efectuada por el artículo 1.887, y se regula sobre el particular en los artículos 2.114 al 2.128.

El concepto del derecho de superficie lo podemos encontrar en el art. 2.114, en donde se lo define como: "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."

De la propia definición que da el Código se desprenden los caracteres. Se trata de un derecho real temporario que se constituye sobre inmueble ajeno, pues como todos los derechos reales que desmiembran al dominio, tiene un límite en el tiempo. De acuerdo al objeto de la superficie variará el máximo legal, si la superficie es de construcción es de 70 años, y si el objeto del derecho son plantaciones o forestaciones de 50 años.[8]

El superficiario no solo recibe el uso y goce del bien, sino también se le otorga la disponibilidad jurídica y material sobre la superficie permitiendo realizar plantaciones, forestar y realizar todo tipo de construcción, incluso propiedad horizontal. Este último caso referido a la propiedad horizontal es una innovación por cuanto admite que puede constituirse sobre todo o parte del inmueble, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo.

Los legitimados para su constitución son los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal, y puede ser adquirido por un contrato oneroso o gratuito.

Asimismo, puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Sin embargo, no puede adquirirse por usucapión, y la prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.[9]

7. http://www.enciclopedia-juridica.com/d/dominio-desmembrado/dominio-desmembrado.htm

8. LUANA ALBERDI IMAS, "Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 16/Nº 49-2019. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386

9. GARCÍA ORTIZ Grisela Alejandra, "LOS DERECHOS REALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NA-

El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario[10].

Producida la extinción de la superficie, debe ser indemnizado el superficiario, salvo pacto en contrario, según lo establecieron las partes en el acto constitutivo o en acuerdos posteriores; en subsidio se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.[11]

Al derecho de superficie se le aplican supletoriamente las normas del usufructo, y a la propiedad superficiaria cuando se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación las del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por el Título VIII que regula a este derecho.

Conclusión

De lo expuesto, podemos observar que, en Roma, el principio *superficies solo cedit*, debió ser limitado ante la necesidad de adaptarse a la nueva realidad social y económica de la época, dando origen al derecho real de superficie.

En lo que respecta a nuestra legislación, Vélez Sarsfield, conforme a la situación de la época, considero más conveniente mantener de forma incólume la vigencia del principio romano "*superficies solo cedit*", y el concepto de derecho de dominio como absoluto y sin limitaciones, prohibiendo la constitución del derecho real de superficie.

Finalmente, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no solo no se ha modificado el concepto jurídico del derecho de dominio, consagrado en el código Velezano, sino que también se mantuvo la vigencia del principio *superficies solo cedit*, pero con la incorporación de algunos derechos reales, como el de superficie, se permitió la limitación de dicho principio.

En definitiva, podemos ver claramente como en nuestra legislación continua vigente el principio *superficies solo cedit*, simplemente, como ha sucedido en Roma también, debido a cambios de estructuras sociales y económicas, se permitieron la constitución de algunos derechos reales, como lo es el derecho real de superficie, que limitan este principio.

CIÓN", Revista Urbe Et Ius, año 2020.

10. Artículo 2120, Código civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

11. Artículo 2126, Código civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

Bibliografía

Arangio-Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires : Depalma.

Bonfante, P. (1925). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid : Reus.

Costa, J. C. (2017). El derecho real de superficie y la vigencia del Derecho Romano en el nuevo código civil y comercial. En: *Revista Aequitas*. 11(28).

Costa, J. C. (2009). Manual de Derecho Romano público y privado. 2ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Di Pietro, A. (1999). *Derecho privado romano*. Buenos Aires : Depalma. pp.151-153.

Domínguez, M.; Fernández, G. (2015). El derecho real de superficie en Roma : su influencia en nuestro derecho civil. En: *Revista Jurisprudencia Argentina*. 11(4):99-107.

Galdeano De García, N. N. (2015). Derecho real de superficie en el mundo romano. En: *Idearium*. (18/22).

García Ortiz, G. A. (2020). Los derechos reales en el nuevo código civil y comercial de la Nación. En: *Revista Urbe Et Lus*.

Gayo. (1987). Institutas. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Justiniano; García del Corral, I., tr. (1897). *Corpus Civile*. Barcelona.

Louzan de Solimano, N. D. (1990). *Curso de historia de instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires : Lumiere. pp.241-242

Alberdi Imas, L. (2019). Derecho real de superficie : una mirada registral aplicada. En: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 16(49)

Novello, V. A. El derecho de superficie : de Roma a la actualidad : el caso de Argentina y Brasil. En: *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*.

Petit, E. (1997). *Derecho Romano*. Buenos Aires : El Tribuno. pp.294-295

Rascon García, C. (1996). *Manual de Derecho Romano*. 2ª ed. Madrid : Tecnos.

Torrent, A. (1995). *Manual de derecho privado romano*. Zaragoza : Edisofer. pp.315-317.

Zaera García, A. (2008). Superficies solo cedit. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Univesidade da Coruña*.

http://www.enciclopedia-juridica.com/d/dominiodesmembrado/dominio-desmembrado.htm

Código civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

Ne bis in ídem

Hilda Fingermann[1]

1. Universidad Nacional de La Plata.

Introducción

El *ne bis in idem*, o *non bis in idem* es un aforismo latino que significa «no dos veces sobre la misma cuestión». Se prefiere usar *ne bis in ídem* pues en latín el adverbio de negación simple, *non*, es utilizado para negar un hecho real, mientras que, *ne*, se emplea para aludir a las prohibiciones[2].

Rastreando el origen de este aforismo, ha sido Demóstenes, en la *Diatriba contra Leptino*, donde alega, como abogado, en una causa donde se pretendía eliminar exenciones impositivas en perjuicio de los herederos de los beneficiarios originales, en el año 354 antes de Cristo, que «las leyes no permiten que sean dos veces contra el mismo por los mismos, afirmando luego que «Es sabido que por cada crimen público, por grave que sea, la ley no establece más que una pena.»

Sin embargo, es en Roma donde surgió la expresión latina que nos ocupa, y, más precisamente, de la obra de Quintiliano (35-95) donde se expresa, sin referirse a la fuente de la que se tomó: *Solet et illiud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: bis de eadem re ne sit actio: id est, hoc bis ad actorem an actionem*, cuya traducción aproximada sería: «También se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre lo que está escrito: que la acción no sea dos veces por la misma causa» si este, dos veces, se refiere a las partes o a la acción, poniendo de relieve que se trata de una cuestión problemática[3].

En el Libro 50 del *Digesto*, título 17, puede leerse una frase de Gayo: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*. Esta sentencia ha sido traducida del siguiente modo: «No tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo». Claro está que esta frase puede ser referida tanto a la doble imposición de condenas, como al reclamar dos veces un pago en un procedimiento civil.

La primera expresión positiva del *ne bis in* ídem en Europa, bajo el influjo de esas ideas, fue el art. 9 de la Constitución francesa de 1791, donde se formuló la prohibición volcando, por primera vez en un texto legal, el aforismo latino, resumido: *non bis in idem*, que comenzó a ser utilizado en las leyes procesales de aquel país.

Significa que lo cumplido ya no debe cumplirse, concretándose en un impedimento procesal donde se niega la posibilidad de interponer una nueva acción, y por consiguiente, abrir un nuevo proceso, reconociendo idéntico objeto.

La necesidad de que este aforismo se convierta en un principio surge de que en algún momento debe acabar la situación litigiosa, aun cuando el conocimiento del caso haya sido imperfecto, pues en el caso penal, la persona a quien se le imputa un delito (o en el caso del derecho civil quien ve comprometido su patrimonio) necesita que en un plazo razonable acaben contra ella las sospechas o las dudas sobre sus deudas obligacionales.

Es esencial para la seguridad jurídica, y debe respetarse siempre que haya existido un proceso regular, debiendo exigirse los siguientes requisitos: 1. Identidad de la persona perseguida; 2. Hecho idéntico y 3. Establecer si es un hecho único, un concurso real, un concurso ideal o un concurso aparente[4].

2. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho. Locuciones. Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*, Buenos Aires, Heliasta, 1992, 4º ed. p.175.

3. OTTAVIANO, *El Principio Ne Bis in Idem*, Repositorio Institucional Universidad Austral, 2008, pp. 16-18

4. D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación Concordado y Comentado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p.17.

Se puede concluir que el *ne bis in idem* es un principio de seguridad jurídica que se concreta en una garantía procesal, por la cual quien fue juzgado por un hecho, no puede ser vuelto a juzgar esgrimiendo idéntica causal.

Actualmente, tiene que ver con la certeza que rige sobre determinada sociedad; un sistema jurídico expresado en disposiciones normativas que son interpretadas y aplicadas por quienes administran la justicia.

Ahora, haremos un recorrido histórico desde Roma a nuestros días, para observar que el aforismo, verdadero principio de Derecho, ha tenido una evolución dispar y no del todo clara.

Recepción en el Derecho Romano

El Derecho Romano sentó este principio tradicional por el cual dos veces no podía ejercitarse una acción por igual causa entre idénticas partes, y con igual objeto reclamado, como ya hemos mencionado en la introducción.

El ámbito de aplicación del aforismo se puede vincular con tres órdenes de cuestiones: a) Como un efecto del momento del proceso conocido como *litis contestatio;* b) En su vinculación con el problema de la concurrencia de acciones; c) En sus relaciones con la excepción de cosa juzgada.

En cuanto a las partes, no procedería este principio si alguien es demandado en una causa como apoderado del demandado, y luego en otra, pero en su propia persona, aunque sí es procedente cuando una vez finalizado el litigio contra alguien, luego se pretende por igual causa demandar al heredero. D.44.2.11.8 y D 44.2.25.pr.

Sobre el objeto, según Ulpiano, no importa si se trata de un cuerpo cierto, una cantidad, o un derecho real. En el *Digesto* se dan varios ejemplos al respecto: Pedir como heredero cada cosa de la herencia, y luego en la misma calidad pedirla por entero; o en pedir un fundo, y luego los árboles cortados del mismo fundo; o en pedir una nave, y luego sus tablas; y en cuanto a la causa, debía referirse a la misma pretensión jurídica, aunque el demandante ejercite otra acción. Ulpiano nos da el siguiente ejemplo: si el comprador intenta la acción *quanti minoris*, y luego ejercita contra el vendedor la acción *redhibitoris*, alegando los mismos vicios en la cosa vendida, le será opuesta la excepción *rei iudicatae*.

En cuanto a las acciones, según Paulo, hay que distinguir las acciones *in personam* de las *in rem*. En las primeras, quien es acreedor puede serlo por varias causas, y hacer valer sólo una de ellas en la acción *in personam*, la que precisará en la *demostratio*. Es por ello que, luego, puede por otra causa iniciar otra acción personal. En cambio, en las *in rem*, todas las causas se comprenden en una misma demanda, y por lo tanto es imposible ejercer otra acción[5].

En las acciones que nacen de los delitos privados, según Paulo, D. 47, 8, fragmento 1 «El que robó una cosa responde al doble por la acción de *furtum* no manifiesto y al cuádruplo por la de cosas robadas con violencia; pero si se ha ejercido ya esta última, debe denegarse la de *furtum*; si se ejercitó antes la de *furtum*, no debe denegarse la otra,

5. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Albatros, 1975, pp. 865- 866.

pero sólo servirá para conseguir la diferencia de pena». Lo que este fragmento nos dice es que si dos leyes distintas reconocen ambas acciones penales, tendientes a la aplicación de penas pecuniarias para un mismo supuesto de hecho, y los montos de pena previstos para cada acción son diferentes, la prohibición de concurrencia opera únicamente si se inicia primero la acción que deriva en la imposición de la pena mayor. Si por el contrario se inicia, en primer lugar, la acción que establece la pena menor, el actor todavía puede intentar la otra acción pero sólo por la diferencia entre ambos montos de pena.

En la actualidad, como el robo es una forma agravada de hurto, se trataría concretamente de un supuesto de concurso aparente por especialidad. En definitiva, el delito de hurto queda desplazado por el de robo y la acción penal tiende exclusivamente a lograr la sanción de este último. Si un tribunal condenara erróneamente por hurto al autor de un robo, la configuración actual del *ne bis in* ídem, impediría iniciar una nueva acción por robo, aunque sólo se buscase imponer la "diferencia" de pena[6].

Como la *actio furti* persigue una pena y la *condictio*, y la reivindicatoria, la recuperación de la cosa resulta claro que, si se recupera la cosa, permanece íntegra la *actio furti*, y se paga la pena del doble o del cuádruplo; por la *actio furti*, se conservan la reivindicatoria y la *condictio*.

Se procederá ahora a ver como funcionó el principio en los distintos sistemas procesales. Con respecto a los dos primeros (*legis actiones* y formulario) hay un procedimiento determinado, desarrollándose cada acto en un tiempo y lugar, avanzando el procedimiento (*pro-cedere*) sin que exista ningún retroceso. En la etapa *in iure*, se realizan los actos preparatorios y se determinan los puntos litigiosos hasta la *litis contestatio*. En la etapa *in udicio*, se llega al juicio definitivo. A posteriori, ocurre el período de ejecución. En el procedimiento extraordinario ya no hay división en fases, el proceso deja de ser privado para convertirse en público, donde se dejan de lado los formalismos, y cambia el significado de la *litis contestatio*. La cosa juzgada aparecerá (sobre todo a partir de Justiniano) recién con la sentencia definitiva.

En el procedimiento de las *legis actiones*, la primera etapa, llamada *in iure*, culmina con la *litis contestatio*, que consume el derecho invocado.

En el procedimiento de las "*legis actiones*", no podía accionarse sobre un mismo asunto posteriormente, cuando por la misma razón ya se hubiera accionado, sin usarse excepciones, como acontecerá en el procedimiento formulario. Gayo IV.108.

En este sistema de riguroso formalismo, se debían repetir las palabras de las fórmulas legales en forma textual, bajo la posibilidad de perder con ello el juicio (*causam cadere*) por lo cual según consta en de las *Institutas de Gayo* (IV. 11) el formulismo era extremo, teniendo explicación en la religión por lo cual había un gran control para evitar el error, que hacía perder el pleito.

La segunda etapa, ante el Juez, *apud iudicium*, termina con la sentencia que, si es condenatoria, en su caso, da lugar a las acciones ejecutivas. La sentencia borra las pretensiones anteriores a la demanda.

El procedimiento formulario, correspondiente a la época clásica romana y originado en la ley Aebutia de aproximadamente el 120 a. C, va reemplazando paulatinamente al criticado sistema de las *legis actiones*, continuando la división procesal en dos etapas,

6. OTTAVIANO, *El Principio Ne Bis in Idem*, Repositorio Institucional Universidad Austral, 2008, pp. 16-18.

siendo predominantemente oral como el anterior, pero ahora constando de una parte escrita, la fórmula, siendo las fórmulas de carácter público.

Puestas las partes de acuerdo para celebrar el *iudicium*, el pretor establece la fórmula por el decreto de *iudicium dare*, naciendo la *litis contestatio*, transformándose la controversia de preprocesal en procesal, siendo uno de sus efectos el preclusivo, por el cual el litigio se traba en los términos de la fórmula, siendo una novación, pues la cuestión objeto del litigio ahora ya no está más en su acción, sino que ahora es un asunto materia de juicio. Aquí es donde se aplica el principio, *bis in eadem re agere non potest*, por el cual sobre la misma cuestión ya no es posible volver a accionar.

En ambos sistemas procesales (*legis actiones* y formulario) con la *litis contestatio* se produce así una suerte de novación que hace cesar el vínculo originario entre las partes, y surge la nueva obligación de atenerse a lo que decida el juez en la sentencia. La idea es que, a partir de ella, cesa la obligación originaria del deudor demandado quien debe ceñirse a lo que se resuelva en la sentencia. Es por eso que, el acreedor que realiza el reclamo de una deuda en un juicio legítimo ya no puede volver a reclamar lo mismo.

Sin embargo, este aforismo, válido como principio que ocupa el presente trabajo no funciona igual en todos los casos, ya que en las acciones *in personam*, su efecto es *ipso iure*, en el caso de acciones redactadas conforme al *ius civile* (*in ius concepta*) y en un *iudicium legitimum* (entre ciudadanos romanos) por lo cual, de oficio, se denegará una pretendida nueva acción.

En las acciones *in rem*, en las *in personam redactadas in factum*, o en juicios *imperio continentia*, opera el principio por vía de excepción. Si se intenta un nuevo juicio por el mismo objeto y causa contra la misma persona, ésta podrá oponer la *exceptio rei in iudicium deductae*, cuando se pretende el nuevo juicio entre la *litis contestatio* y la sentencia. Si el actor pretende deducir un nuevo juicio luego de la sentencia el demandado puede oponerle la *exceptio rei iudicatae*, que es la de cosa juzgada[7].

Así, enseña Gayo que los *iudicia legítima* son los que tienen lugar en la ciudad de Roma o dentro del radio de una milla de ella entre ciudadanos romanos y celebrados bajo un solo *iudex*. Los *iudicia imperio continentia*, son aquellos en los que intervienen *recuperatores*, y los que se celebran bajo un solo *iudex* interviniendo un extranjero, ya sea el *iudex*, o uno de los litigantes. También se incluyen los celebrados fuera del radio de una milla de Roma, tanto entre ciudadanos romanos, como entre extranjeros. Se los llama así pues valen solamente si aquel que los ha instruido conserva su *mperium*. Gayo IV.104.105.

El *iudex* es el Juez en sentido estricto, y en cuanto a los *recuperatores*, que siempre son de número impar, no está clara su función. Es posible que intervinieran en juicios entre peregrinos, versados en los derechos de cada parte que alegan sus propios derechos por la personalidad de las leyes, aunque en la época clásica también intervinieron en asuntos de ciudadanos romanos.

Las excepciones, por las que se podía hacer valer el principio, son una parte accesoria de la fórmula, al igual que las prescripciones (las partes principales de la fórmula eran la *designatio*, la *demostratio*, la *intentio*, la *condemnatio* y la *adjudicatio*).

Las excepciones, generalmente, van a continuación de la *intentio*, y son defensas ar-

7. DI PIETRO, *Derecho Privado Romano*, Buenos aires, De Palma, 2º ed. P. 60.

ticuladas por el demandado, redactadas en forma contraria a las afirmaciones del actor. Pueden ser perentorias o dilatorias. La *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* se encuentra entre las primeras, ya que vale a perpetuidad sin poder evitarse. Se expresa en la siguiente fórmula: *si ea res qua de agitur iudicata non est inve iudicium deducta non est* («si este asunto que es el objeto del proceso no ha sido juzgado por una sentencia del juez o no ha sido deducido en justicia») según se trate de la *exceptio rei iudicatae* o de la *exceptio rei in iudicium deductae*.

Si el demandado por error no hace uso de la excepción perentoria, ya sea la *exceptio rei iudicatae* o de la *exceptio rei in iudicium deductae*, el estado del pleito se retrotrae (*in integrum restituitur*) para que se agregue la excepción, en cambio si no se hace uso de la excepción dilatoria (por ejemplo, el pacto de no pedir durante determinado tiempo o la incompetencia del magistrado) no es claro si el estado del pleito se retrotrae. Gayo IV.119.120.121.125.

En el proceso formulario, el error en la fundamentación de la demanda, plasmado en la fórmula, tiene diversas consecuencias, dependiendo de dónde recaiga el error. En el caso de que se reclame una cosa por otra (*aliud pro alio*) o se use una acción por otra (*actio pro actio*) se absuelve al demandado, pero el actor puede intentar una nueva acción. En el caso de *plus petitio*, o exceso en el reclamo, si es cierta, hace que la demanda no sea legítima, y por lo tanto extingue la posibilidad de ejercer una nueva acción, habiendo la *litis contestatio*, extinguido su derecho. En cambio, no comete *plus petitio*, quien ha demandado algo no determinado, salvo que fuese *tempore*, o sea se reclame antes de vencer el plazo. Si se reclama menos, en un objeto cierto (*minus petitio*) puede reclamarse el resto por una nueva acción ante otro magistrado.

El procedimiento *in iudicium*, ante el Juez, concluye con la sentencia. Si esta es absolutoria, la obligación originada en la *litis contestatio*, se extingue *ipso iure*, o de pleno derecho, y si el demandado es perseguido en un nuevo juicio puede oponer, como ya dijimos, la *exceptio rei iudicatae*[8].

La *exceptio rei iudicatae* se basa en un interés de orden público, pues la decisión del Juez que dictó una sentencia definitiva ya no debe permitir que el mismo asunto sea de nuevo llevado ante la justicia, pues ya existe cosa juzgada, que puede no ser la misma verdad, pero debe tener el lugar de la verdad[9].

Desaparecido el procedimiento formulario por Diocleciano en el año 342, surge el sistema extraordinario, caracterizado, como se esbozó supra, por la supresión de la doble instancia interviniendo exclusivamente el magistrado; los jueces actúan en nombre del Estado y tienen mayor libertad a la hora de juzgar; las actuaciones se vuelven escritas y son preferidas a las orales; la instancia no puede durar más de tres años, existiendo la representación.

El proceso se inicia a través de un escrito que presenta el actor denominado *libellus conventionis*. El mismo se asemeja a lo que en la actualidad es la demanda judicial. El Magistrado puede rechazar el libelo, en cuyo caso el asunto queda terminado; o bien, aceptarlo y dictar un interlocutorio que dispone la citación del demandado un día determinado. Dicha citación la efectúa un funcionario y recibe el nombre de *conventio*. Al mismo

8. ODERIGO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Buenos Aires De Palma, 4º ed. 193, pp.147-152.

9. PETIT, Ob. Cit. p. 865.

funcionario, el accionado hace entrega de su contestación (*libellus contradictionis*).

El actor debe prestar caución de continuar el trámite hasta su finalización, abonando en caso de ser vencido, las costas del proceso.

Las partes pueden presentarse al litigio personalmente o por intermedio de sus mandatarios.

Luego de la comparecencia ante el Magistrado en la primera audiencia, el demandante expone su pretensión y el demandado responde a la misma; dicha circunstancia daba lugar a la llamada *litiscontestatio*, momento procesal surgido de la demanda y de la contestación de ella[10].

Como se afirmó anteriormente, este procedimiento carece de la división de la etapa en dos fases, por lo tanto, la *litiscontestatio* tiene efectos diferentes en relación con los procedimientos anteriores.

El demandado puede oponer excepciones (que ahora designa toda clase de defensas). Las excepciones dilatorias, no pueden alegarse con anterioridad a la *"litis contestatio"* (C.4.19.19). Sin embargo, es factible que la prueba de las mismas se realice luego de la prueba de su derecho por parte del actor. Las excepciones perentorias, de índole perpetuas, desde el emperador Justiniano, pueden oponerse en cualquier etapa procesal, inclusive, puede hacerse *a posteriori* de la *litiscontestatio*, y también de la *appellatio,* según consta en (C.7.62.6.1).

Las excepciones prejudiciales pueden ser interpuestas en el inicio del litigio; vale mencionar la competencia del magistrado, falta de firma o existencia de otro juicio previo (*exceptio praeiudicii*). Se trata de excepciones dilatorias que producen como efecto la paralización de la acción ya que, en caso de que se hiciera lugar a la *exceptio* interpuesta, el demandante no pierde el derecho a entablar nuevamente la acción una vez que la causa que diera lugar a la excepción hubiera desaparecido.

Asimismo, están las excepciones perentorias que paralizan definitivamente la acción, no pudiendo su titular intentarla nuevamente.

Peña Guzmán y Arguello afirman que fue la *conventio* la encargada de vincular a las partes entre sí y a ellas con el magistrado, dando origen a la situación procesal que recibe la denominación de *litis pendencia*, por la cual, el accionante se encontraba en la imposibilidad de entablar nuevamente la misma acción ante otro magistrado hasta que la primera no hubiera concluido, impidiendo la prescripción. Hace nacer, para la demandada, la obligación de contestar la demanda y concurrir personalmente, o por apoderado, al resto de las diligencias procesales; y para el actor la de proseguir el proceso, hasta su fin. Caso contrario, podía incurrir, cualquiera de ellos, en contumacia.

La *pluris petitio tempore*, o sea la demanda judicial que se hace antes de tiempo, expone al demandante a sanciones pecuniarias y a esperar un tiempo doble para entablar una nueva acción, pero si se hace una *pluris petitio re*, o sea, se reclama un monto superior, si es doloso, puede acarrear la pérdida de la acción.

Los efectos de la *litis contestatio* son diferentes en el procedimiento extraordinario, con respecto al formulario, puesto que, en el procedimiento extraordinario, la *litis contestio* ya no extingue los derechos deducidos en juicio, ni hace surgir la posibilidad de usar la *exceptio rei in iudicium deductae*, ya que, a partir de entonces, solo se podrá

10. GHIRARDI, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Eudecor, 1999, pp 147 -149

usar la *exceptio rei iudicatae*, si se ha llegado a la sentencia. Como ya dijimos, la única excepción que puede usarse habiendo *litiscontestatio*, pero aún no sentencia, es la de *litispendencia*, que dura mientras continúa el proceso.

La sentencia definitiva produce sus efectos propios, pero también, deja expedita la vía a la parte vencedora, para exigir su cumplimiento. El fallo adquiere el valor de cosa juzgada (*res iudicata*), lo que hace que la pretensión del accionante se considere indubitable, y por ello, no es posible discusión alguna sobre la misma, pudiendo la parte oponerla como defensa en un nuevo juicio porque principios elementales de estabilidad jurídica en las relaciones entre los particulares, requieren que un asunto fallado no pueda plantearse de nuevo, ante la autoridad judicial[11].

El *ne bis in ídem*, no tuvo demasiada aplicación en el ámbito criminal. Su desarrollo puede ubicarse en las Sentencias de Paulo; allí se decía que «por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterarse la acusación quien lo hubiese acusado». El decreto de Graciano, emperador de Occidente entre el 375 y 383 estableció que «al que ha sido acusado por uno, no puede acusarlo otro, pues haya sido condenado o absuelto, sin embargo, no se puede proceder de nuevo por el mismo delito». Ya lo decía Gayo: «no es conforme a la buena fe que se reclame dos veces lo mismo.»

Según Mommsen «En el concepto fundamental de cada delito, fijado por la ley o por la costumbre que tuviese fuerza de ley, no era posible incluir un mismo hecho más que una sola vez por la vía del procedimiento criminal; las diferentes clases y modalidades de procedimientos no podían ser empleadas sino alternativamente». Así, afirma que la acción derivada de los delitos contra el Estado podía ejercerse ante las tribus o ante las centurias, y en una etapa posterior de la evolución del Derecho Romano, ante los Comicios o ante el tribunal de la *quaestio*. Sin embargo, no era posible ejercerla ante ambos en forma sucesiva[12].

Durante la Monarquía, el poder del Soberano es absolutamente discrecional. Con el advenimiento del período republicano, aparecen magistrados especiales encomendados a la tarea de tomar conocimiento de determinados delitos.

El procedimiento penal romano alcanza su máxima expresión con la creación de las *quaestiones perpetuae*, a fin de sancionar las exacciones de los magistrados provinciales. La *lex Calpurnia* establece que el Pretor peregrino sea el director del proceso y se convoca a la formación de un jurado que intervenga en cada caso en particular.

El dictado de la sentencia trae aparejada la aplicación nuevamente del principio que nos convoca; esto es así debido a que, si el fallo era absolutorio, el acusado no puede volver a ser sometido a un mismo proceso por una misma causa.

Juan Larrea Holguín dice que la estabilidad de la sentencia es producto de la naturaleza propia de la ley que regula el «deber ser», pues el cambio constante alteraría su razón y crearía inseguridad jurídica. El Derecho cumple su objetivo al aplicarse al caso específico sometido a la decisión judicial, y pretender un nuevo juicio, sería improcedente[13].

11. PEÑA GUZMÁN Y ARGÜELLO, *Derecho Romano*, Buenos Aires, tipográfica Editora Argentina, 1962, p.545.

12. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, Bogotá, Temis, 1991.

13. LARREA HOLGUIN, *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1968, p.46.

El aforismo Ne bis in ídem en el derecho argentino

El instituto *Ne bis in idem* se encuentra plasmado implícitamente en el art. 33 de nuestra Constitución Nacional de 1853. A partir de la reforma de la Carta Madre en el año 1994, la incorporación de tratados internacionales a través del art. 75 inciso 22 le otorgó al principio recepción expresa y rango constitucional. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 inciso 7 dispone «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» o la Convención Americana que en su art. 8 inciso 4 dice «El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.»

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé el principio expresamente, estableciendo en su art. 29: «A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por un mismo delito.»

El Código Procesal Penal de la Nación en su art. 1 in fine reza: «Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho». En este caso, no se limita la garantía a la existencia de una sentencia firme, sino que amplía su formulación a casos de persecución anterior, simultánea y/o sucesiva.

En opinión de Zavala Baquerizo «este principio no solo tiene aplicación en el ámbito penal sino que es aplicable a cualquier clase de procedimientos judiciales, administrativos, etcétera, que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada o que se estuvieren juzgando en un proceso colateral. La reiteración de un juzgamiento es contrario a la seguridad jurídica de los habitantes del país, por lo que su establecimiento no solo se limita al campo penal sino que a través de la norma constitucional se extiende a toda clase de procesos (...)»[14]

Tratamiento del principio en constituciones latinoamericanas

En el sistema constitucional boliviano, el principio *ne bis in* ídem no se encuentra consagrado expresamente pero sí por intermedio de los tratados, pactos o convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueron ratificados o suscriptos por el estado boliviano.

No obstante, cabe notar que el art. 4 del Código Procesal Penal prevé la persecución penal única estableciendo que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por un mismo hecho.

En la Constitución peruana sancionada en 1979, el principio de *ne bis in* ídem estaba establecido de modo taxativo en el artículo 233º, inciso 11. En la Constitución de 1993 de ese mismo país, el principio *ne bis in* ídem se encuentra implícitamente enunciado en el inciso 13, de su artículo 139, que prescribe «La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada»; y ya expresamente, la Ley Peruana del Procedimiento Administrativo General - Ley 27.444, en el numeral 10. Del artículo 230º de su Capítulo

14. Zavala Baquerizo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Guayaquil, Edino, 2005, P.219.

II - del Procedimiento Sancionador; lo recoge, disponiendo que «No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.»

El Nuevo Código Procesal Penal peruano en su Título Preliminar, art. III, hace referencia a la interdicción de la persecución penal múltiple prescribiendo que «Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento». Este principio rige para las sanciones penales y administrativas.

La Constitución de la Republica Dominicana hace mención del principio en el art. 8, inciso 2, letra h, prescribiendo que «nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa.»

La Constitución colombiana prevé el principio de debida defensa en el art. 29: «Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.»

En el ámbito penal, rige el principio de que toda persona es *a priori* inocente mientras una sentencia judicial no haya declarado su culpabilidad, luego de haberse seguido el debido proceso, donde se resguarde su derecho de defensa en juicio. Entre los derechos de los que goza el demandado está el de que no pueda ser juzgado dos veces en referencia a un idéntico hecho.

Jurisprudencia

A título ilustrativo nos parece interesante mencionar la incidencia que tiene este principio en la jurisprudencia, trayendo a colación de esta forma la notable influencia que del Derecho Romano tiene toda nuestra legislación y la utilidad constante que tanto los juristas como los hombres del Derecho, en todas sus ramas, hacen del mismo.

En el caso Mattei, la Corte, revocando un fallo de Cámara que ordenaba volver el juicio a la etapa inicial, estableció que «ello iba en desmedro del fundamento garantizador de raigambre constitucional que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal». En el caso Polak, la Corte manifestó «no cabe retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas.»

En el año 1983, se planteó el siguiente caso, donde se procesó al imputado, Ramón de la Rosa Vallejos, por el delito de contrabando, el que fue sobreseído por la justicia en lo penal económico. Este organismo entendió que el hecho investigado no configuraba un delito. Sin embargo, la Administración General de Aduanas consideró que sí lo era, aunque en grado de tentativa, y lo condenó a penas de multa y decomiso.

Ante la apelación planteada por Ramón de la Rosa Vallejos, la Cámara en lo Penal Económico, consideró que ya se había dictado una decisión judicial sobreseyendo al demandado; y que, por ende, la sanción de la Aduana resultaba violatoria del *ne bis in* ídem. La Corte confirmó lo dispuesto por la Cámara en lo Penal Económico, considerando en que, si bien pueden coexistir el sumario administrativo y el proceso penal, con respecto a un mismo hecho, esto solo resulta aplicable solo por diferentes responsabilidades, y no, como en el caso referido, donde la sanción administrativa resulta accesoria

de la penal, y en el delito se ha dictado el sobreseimiento, pues de lo contrario, se estaría haciendo un doble juzgamiento (Carrió, 2006: 593)[15].

Corresponde hacer una interpretación amplia de la garantía en cuestión. No debe imponerse una nueva pena por el mismo delito, ni de entablar un nuevo proceso por un mismo delito, sea que el acusado haya sido absuelto o condenado.

Conclusión

El *ne bis in ídem* no surge del proceso, existe antes de él. La cosa juzgada es una derivación de este principio que es regla superior y previa al proceso que prohíbe la doble persecución. Los romanos, por medio de la *litis contestatio* y de la sentencia, en los procedimientos de las acciones de la ley y formulario; y desde la sentencia, en el extraordinario, buscaban lograr certeza a la hora del goce de los bienes. Dicha resolución final, exteriorizaba la voluntad de la ley en relación con la cosa objeto del litigio. La máxima que guiaba al proceso era que debía tenerse por verdadero lo que el juez expresaba en la sentencia. A partir del dictado de ésta, las partes no tenían otro recurso, lo resuelto era inmodificable, se aplicaba la máxima *iure et de iure*, no admitiendo en consecuencia, prueba en contrario.

En la Edad Media se hablaba de la «santidad de la cosa juzgada». Estos eran los fundamentos que justificaban la razón de ser de la sentencia una vez recaída en juicio.

En la actualidad, y desde principios de la Edad Contemporánea, luego de la Revolución Francesa en los países de tradición continental e incorporada en estados Unidos en la V Enmienda de su Constitución de los Estados Unidos representa un límite al poder punitivo del Estado establecido en favor de los ciudadanos, conocido en este Derecho como el *double jeopardi*.

El aforismo, convertido en verdadero principio de Derecho, se aplica en todas sus ramas, a nivel interno e internacional.

15. Anselmino, "Ne bis ídem. La prohibición contra la doble persecución penal», *ANALES* Nº 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. 2013, p.107.

El precepto de las XII Tablas, Tab. 1, 6, rem ubi pacunt, orato, convertido en aforismo jurídico, y su plena vigencia en el Derecho procesal vigente

Beatriz García Fueyo[1]

1. Universidad de Málaga.

Introducción

La gloria del legislador decemviral consiste en presentar a los ciudadanos una recopilación normativa genuina, autóctona y romana[2], aunque tenga influjos helenísticos, más en la forma, con su estilo escueto y lapidario[3], y por la finalidad, en cuanto pretende fijar, por escrito, normas consuetudinarias, comunes para asegurar la igualdad de todos los ciudadanos, dado el monopolio del secreto pontifical, aunque en el contenido pueden encontrarse algunas coincidencias con las normas griegas[4]. Se trata de un conjunto que responde a la peculiaridad del pueblo romano, expresión del espíritu civilizador del pueblo romano y de su genio artístico[5], singularizado, en este caso, como un arte cuali-

2. Es reiterado el elogio de los estudiosos, a partir de las afirmaciones que realizaron algunos juristas, historiadores y oradores romanos, como vemos en Ay. du RIVAIL, *Civilis Historiae iuris, sive in XII Tabularum Leges commentariorum libri quinque, iam denuo diligenter recogniti*, Lugduni, apud Ioan. Tornaesium et G.. Gazeium, 1551, p. 8: «*Leges XII Tabularum Cicero in De Oratore* I, his verbis extulit: "*Praepotens et gloriosa philosophia fontes habet omnium disputationum suarum, qui iure civili et legibus continentur... Fremant omnes licet, dicam quod sentio, bibliothecas Mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et autoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare.*»

3. Cf. Livio lib. III. «*Centuriatis comitiis Decem Tabularum leges perlatae sunt: qui nunc quoque hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est iuris. Cicero lib. IV De republica: Admiror non rerum solum sed etiam verborum elegantiam. Si iurgant, inquit etc. Aulo Gelio lib. 20, 1, 4: Eas leges cum Sex. Caecilius (Africanus), inquisitis exploratisque multarum urbium legibus, eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret... Non enim minus cupide Tabulas istas XII legi, quam illos decem libros Platonis de legibus... Diodoro Siculo lib. XII: Et hae quidem leges breviter, et absolute conscriptae, ad nostram aetatem in admiratione summa perdurarunt. Discebant pueri XII Tabul. Ut Carmen necessarium. Cicerón I de Oratore, sub Marci persona. Hoc plus ne facito, rogum ascia ne polito. Nostis quae sequuntur. Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*>>. Cf. Iac. *GOTHOFREDO, Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti: Puta, Legis XII Tabularum. Fragmenta quae supersunt, ordini suo restituta, una cum ejus Historia, probationibus, notis et glossario; Legis Iuliae et Papiae, Edicti perpetui ut et Sabinianorum librorum ordo seriesque...*, Genevae, sumpt. Ioannis Ant. et Samuelis de Tournes, 1653, pp. 37-38.

4. Señalaba Pérez y López, a mediados del siglo XIX, que "debemos convenir en la originalidad del Código Romano, entendiendo por su originalidad que este Código no ha sido copiado ni acomodado de intento a la legislación de otro país", sin negar que la civilización griega era conocida por los romanos y de la misma han recibido gran influjo, de modo que <<el espíritu de las XII Tablas es todo Romano>>. J. PÉREZ y LÓPEZ,. *Leyes de las XII Tablas. Discurso leído por... en la investidura de doctor en Derecho civil y canónico*, Madrid, establecimiento tipográfico de G. Estrada, 1862, pp. 29-38.

5. Será suficiente recordar algunas de las consideraciones que vemos en Cicerón, Tito Livio y Aulo Gelio, entre los autores literarios, pero también algún testimonio tomado de la Compilación justinianea: Cicerón, *De oratore* 1, 43: <<*Sive quis civilem scientiam contempletur totam hanc XII Tabulis contineri videbitis: sive quem ista praepotens et gloriosa philosophia delectat, dicem audacius, hosce habet fontes omnium disputationum suarum qui iure civili et legibus continentur... Fremant omnes, licet, dicam quod sentio: bibliothecas, mehercule, omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus... superare*>>. Cicerón, *De republica* 4, 8: <<*Admiror nec rerum solum, sed verborum elegantiam*>>. Cicerón, *De legibus* 2, 23: <<*Discebamus enim pueri XII Tabulas, ut carmen necessarium... quas iam nemo discit*>>. Tito Livio, 3, 34: <<*nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique iuris*>>. Aulo Gelio, Noct. Att. 20, 1: <<*Eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas*>>. Aulo Gelio, Noct. Att. 20, 1: <<*Non minus cupide tabulas istas XII legi, quam illos decem libros Platonis de legibus*>>. Inst. Iustiniani 3, 2, 3: <<*Lex XII Tabularum... simplicitatem legibus amicam amplexa (est)*>>. C. Iust. 6, 58, 14: <<*Lege XII Tabularum bene Romano generi prospectum est... Huiusmodi*

ficado a la hora de hacer leyes o interpretar las normas jurídicas, en lo que los romanos permanecen insuperables, como maestros que nunca han sido superados.

Entre los diversos contenidos de la *Lex duodecim Tabularum* romana, de mediados del siglo V a. C.[6], hay uno que examinamos, porque tiene especial relevancia a causa de su frecuente aplicación en los juicios, civiles y penales, pero también en otras jurisdicciones dentro del Derecho vigente, ya que, en razón del mismo, el acuerdo celebrado entre las partes procesales, durante la tramitación de la controversia, marca su finalización, con respaldo de la autoridad jurisdiccional.

Ramos Méndez[7] habla de una decisión importante, respecto de las alternativas al litigio, con el objeto de ‹‹evitar la confrontación, ensayando una vía de negociación, o un modo dulce de resolver la controversia››, mediante contactos previos, propios, sin perjuicio de otros recursos como la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La regla jurídica del Código decenviral, que analizamos, no presenta actualmente

itaque legis antiquae reverentiam et nos anteponi novitati legis censemus>>.

6. Además de la bibliografía consultada sobre el fragmento de las XII Tablas, que aparece en nuestro trabajo, vid. la siguiente bibliografía referida por Guillén, BOUCHAUD, *Commentaire sur la loi des douze Tables*, dedié au premier cónsul, 2ª ed., Paris, 1803; N. CORTELLINI, *Leggi delle XII Tavole, texto e traduzione*, Milano, 1900; G. GOETZ, *Ad legem XII Tabularum adnotationeas glossematicae*, Jenae,1889. Ch. G. HAUBOLD, Ch. G., *Tablas cronológicas o ilustración sinóptica de la Historia del Derecho Romano. Fragmentos de las leyes de las XII Tablas*. Publícalas en español Antonio M. Valderrama, Madrid, 1848. La traducción está hecha sobre Dirksen, Leipzig, 1824: Fr. HOTOMANUS, *De legibus XII tabularum tripartita... commentatio*, Lugduni, 1564; M. F. LEPRI, *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942; A. B. LOCELLA, Tria tentamina ad illustrandas leges XII Tabularum, Vienae, Austriae, 1754; Th. MARCILIUS, Collectanea et interpretament. Ad leges XII Tabularum, Parisiis, 1599, 1600 y 1603; V. L. da NOBREGA, *A lei das XII Tábulas*, Rio de Janeiro, 1948. J. L. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*, Paris,1844; F. PITHOEUS, *Commentaria ad legem Decemviralem*, Paris, 1586; F. POCHINTESTA, D*el diritto decemvirale*, Torino, 1865; G. RATEUS, De lege XII tabularum, Parisiis, 1600; R. SCHÖLL, *Commentationes de lege XII tabularum specimen prius*, Lipsiae, 1865. R. SCHÖLL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae, 1966; L. VALERIANI, *Leggi delle XII Tavole*, vol. I, Roma, 1796; Firenze 1839; R. VITUS, *Comment. ad leg. Regum et XII Tabularum*, Paris, 1603; C. W. WESTRUP, *The laws of the Twelve Tables*, London 1950; P. F. GIRARD, *La loi des XII tables. Leçons faites en 1913 à l'Université de Londres*, Univ. of London Press., 1914; *id.*, *Textes de Droit Romain*. Publiès et annotés, 5ª ed. rev. et augm., Paris Arthur Rousseau, 1923, p. 12: Tabula I.6. *Rem ubi pacunt, orato*, con remisión, en la nota, a las fuentes clásicas que sirven de fundamento, *Auctor ad Herennium 2*, 13, 20; Prisciano 10, 5, 52 y Quintiliano 1, 6; C. G. BRUNS, *Fontes Iuris romani antiqui. Leges et negotia*. Post curas Th. Mommsen, 5ª y 6ª ed., 7ª ed. Otto Gradenwitz, Tubingae, P. Siebeck, 1909, p. 19; Tab. I, 6: *Rem ubi pacunt, orato*. No solamente remisión a las fuentes, sino que en nota, se transcriben, a veces parcialmente, los fragmentos de los autores clásicos que permiten fundamentar el precepto: *Rhetorica ad Herennium, 2, 13, 20: Pacta sunt, quae legibus observanda sunt hoc modo: 'rem... cuicito". Prisciano, De arta grammatica 10, 5, 32: antiqui 'pago' quoque dicebant pro paciscor, citans ex Cicerone: pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo: 'rem ubi pagunt orationi (sic) pagunt'. Quintiliano 1, 6, 11: cum legeremus in XII Tab. 'ni ita pagunt'. Scaurus, De orthographia p. 2253: (testantur) XII Tabulae, ubi est: 'ni ita pacunt' pec hanc formam, quod male quídam per C enuntiant, est enim praeteritum eius pepigi a pango. Censorinus, De die nat. 23: in XII tabulis nusquam nominatas horas invenies, sed 'ante meridiem'. Nonius 267: coicere, agere. Pseudo Asconio in Verrin. 2, 1, 27. Gayo 4, 15: cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio;* P. R. COLEMAN-NORTON, *Cicero's contribution to the text of the Twelve Tables,* Class. Journ. 1950, pp. 51-60 y 127-134.

7. F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, t. I, Barcelona, Atelier, 2008, p. 85.

novedad alguna a la hora de reconstruir su primigenia redacción, por lo que se refiere a la reconstrucción de aquel primer conjunto normativo procedente de un derecho consuetudinario transformado en letra escrita, aprobada por los ciudadanos y publicada en el foro, para conocimiento universal de la comunidad política, patricios y plebeyos.

La redacción latina es concorde en los estudiosos desde inicios de la Edad Contemporánea, y como tal se explicita en los modernos estudios histórico-críticos de la romanística de nuestros días[8]: *rem ubi pacunt, orato*, tomado de la *Rethorica ad Herennium 2. 13. 20*[9].

Planteamiento general interpretativo de la Tabla I,6

El profesor Fuenteseca Díaz[10], enmarcando la regla jurídica en el conjunto de regulación del proceso civil contemplado en las XII Tablas, se muestra decidido partidario de identificar su contenido con la situación del *confessus*[11] y fruto de una transacción, frente a la reclamación del actor o demandante, ya presentada "*in iure*", pues según sus palabras: «el supuesto de que el demandado confiese y transija frente a la pretensión del demandante (*pactum*): *rem ubi pacunt orato*. Si no se llega a esta pacífica finalización de la controversia, tiene lugar la *causae coniectio*, una exposición sumaria de los términos del litigio ante el juez.»

Con un enfoque similar, el alemán Düll[12], entiende que ‹‹*Wenn sie (die Parteien) eine Sache gütlich beilegen, soll er (der Prätor) dazu sprechen*››, es decir, si las partes resuelven un asunto de manera amistosa, el pretor debe proclamarlo.

8. Cf. P. COGLIOLO, *Manuale delle Fonti del Diritto romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica, contenente 1º Le XII Tavole...*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1885, p. 3: Tabla II.1: *Rem ubi pacunt orato...*; P. F. GIRARD, *Textes de Droit Romain*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 12: Tab. 1, 6: *Rem ubi pacunt orato*. Nota: *Auctor ad Herennium* 2, 13, 20. Aulo Gelio 17, 2, 10;

9. Ruiz Castellanos interpreta el fragmento del siguiente modo: "El derecho se basa en un pacto si las partes convinieron algo entre sí, esto es, si llegaron a algún acuerdo. Hay acuerdos que las leyes obligan a respetar. Por ejemplo: 'Cuando las partes han llegado a un acuerdo, <<hay que reclamar ante el juez>>. Si no hay acuerdo, la causa debe presentarse en el comicio o en el foro antes del mediodía'". A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas...*, pp. 58-59, y el comentario pp. 105-107. *Vid.* CICERÓN, *De inventione* II, 22, 68; CICERÓN, *Retórica a Herenio. Introd., trad. y notas* de Salvador Núñez, Madrid, Gredos, 1997, pp. 132-133. Nota 43: la interpretación del pasaje es muy discutida. NOTA 44: Las XII Tablas no reconocieron eficacia jurídica a los pactos o convenciones entre las partes, y su efecto se limitaba a la alegación del pacto por el demandado frente a la acción ejercitada con el fin de evitar la *condemnatio*. Se trata de los pactos que por carecer de *causa civilis* no engendran obligaciones jurídicas entre las personas que intervienen en ellos. Este latinista confunde la vigencia del desarrollo del proceso entre las *Legis Actiones* y el *Agere per formulas*.

10. P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano*, Salamanca, 1970, p. 44.

11. Sobre la consecuencia de esta categoría procesal, vid. J. B. COSTA, *De iudiciis theorico praxis, hoc est, tractatus compendiosus*, Venetiis, apud Kac. A. Somaschum, 1610, pp. 21-22: *<<Dari iudicium sine contradictore, veluti in confessum, et contra contumacem... Occurri potest, quod in confessum nullae aliae sunt partes iudicis, nisi in condemnando, atque ita desideratur adhuc sententia, quod si confessio debiti supervenerit fere in calculo>>*.

12. R. DÜLL, *Das Zwölftafelgesetz. Texte Überzetzungen und Erläuterungen*, München, Ernst Heimeran Verlag, 1959, pp. 26-27: *Rem ubi pacunt, orato*.

Juan Iglesias entiende que el pacto de las XII Tablas tiene una naturaleza determinada por su eficacia procesal, y la regla que nos ocupa tiene, en su criterio, una relación sustancial con la transacción, acogiéndose al fragmento jurisprudencial de Gayo, recogido en D. 2, 4, 22, 1[13], adhiriéndose a la interpretación aportada por Dirksen[14], de donde deduce el romanista español que ‹‹pacto significa tanto como transacción, y se caracteriza por la renuncia, gratuitamente o mediante compensación, a la persecución judicial de un derecho››, aunque el fragmento conservado y reconstruido no habla de semejante contenido.

Montes recuerda que el significado más antiguo y originario del sustantivo *pactum*, junto a los verbos *pacere* y *pacisci*, implicó el acuerdo entre dos personas, recíprocamente vinculadas, ‹‹encaminado a eliminar total o parcialmente una acción››, sirviendo, en realidad, como medio para dirimir pacíficamente una controversia a partir del acuerdo entre las partes litigantes, ‹‹concluido ante el magistrado mismo, es decir, constituía un modo de conciliar el litigio en su fase *in iure*››, aludiendo de inmediato a la eficacia procesal del pacto en las XII Tablas, en relación con las lesiones graves, que evita la ley de talión, o el hurto, con perdón del ladrón, interpretando que ‹‹los pactos servirían, por vía de composición, para extinguir las acciones judiciales derivadas del delito››, tal como refiere Paulo, en D. 2, 14, 17, 1[15], a propósito de las acciones por injurias y hurto.

Dada su finalidad, Montes entiende que el pacto está sustancialmente compenetrado con la transacción, lo cual explica que aparezcan unidos en los Códigos posclásicos bajo un mismo título, concluyendo el romanista venezolano: ‹‹pacto, en consecuencia, viene a significar tanto como *transactio*, y se cualifica por la renuncia, gratuita o mediante precio, a perseguir judicialmente un derecho.››

Este enfoque lo encontramos en Álvaro d'Ors[16], cuando al tratar de las formas que hay para evitar el proceso por parte del pretor, antes de conceder una acción, señala tres situaciones: a) la *transactio*, que es un convenio de renuncia a la acción, a cambio de entregas efectivas o promesas formales del reo, o incluso recíprocas, aunque el negocio en Derecho clásico no es más que un pacto, de modo que pasará a ser contrato innominado en época posclásica, y entonces dispone de acción procesal para su protección; b) la *confessio in iure* o allanamiento ante la reclamación del actor, ya que el *confessus* se tiene por condenado, pudiendo pasarse a la ejecución, y c) mediante un juramento prestado voluntariamente por una parte, si la parte contraria le ofrece atenerse a lo que jura.

Warmington[17], siguiendo un enfoque que es compartido por gran parte de la doctrina actual, en su edición del Código decemviral, no duda en considerar el precepto conjuntamente con las reglas que le siguen, I, 6-9 a partir del testimonio que facilita la *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 20, ‹‹*pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo…*››, para interpre-

13. *<<Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est:... et si dum in ius venitur, de re transactum fuerit>>*. Gayo, libro 1 *ad legem duodecim tabularum*, cuyo contenido tiene correspondencia exacta con el precepto decenviral, dado el contexto en el que se sitúa el texto gayano, acorde con esta interpretación.

14. A. C. MONTES, *Curso de Derecho Romano (Derecho de obligaciones)*, Caracas, Universidad central de Venezuela, 1964, pp. 594-595.

15. *<<Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur; ut iniuriarum, ítem furti>>*. Paulo libro 3 ad ed.

16. A. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano*, 5ª ed., Pamplona, EUNSA, 2014, pp. 74-75.

17. E. H. WARMINGTON, *Remains of Old Latin, ed. vol. III. Lucilius. The Twelve Tables*, London, W. Heineman, 1957, pp. 428-430,

tarlo en un sentido literal: ‹‹When parties compromise the matter, oficial shall announce it››, si bien atribuye, más tarde, la proclamación oficial al *iudex*, que podrá anunciar el acuerdo previo de los contendientes no necesariamente en *dies fasti* o *comitiales*.

Recientemente, en la edición de la Ley de las XII Tablas, publicada por César Rascón y José María González, estos romanistas interpretan escuetamente la norma, sin aludir al término *res* del aforismo: ‹‹cuando haya pacto, proclámese››[18], aunque no indican a quién corresponde hacerlo. Por su parte, los autores de un libro de fuentes jurídicas romanas, para uso de los estudiantes de la Facultad de Derecho, añaden a la expresión latina, en su literalidad, la nota de ‹‹cosa litigiosa››[19], sin ulterior matización.

Pisani[20], reiterando la remisión a las fuentes clásicas, literarias y jurídicas que sirven de apoyo para acercar el precepto decemviral, no duda en señalar, que ‹‹è probabile si debba leggere col Mommsen *tum*: 'e allora essi perorino, essendo presenti ambedue'››.

Principales interpretaciones históricas del precepo decenviral

Muchos intérpretes de la norma decenviral explican que este fragmento ha sido muy controvertido, y expresan diversas traducciones, sin especificar ni su autor, ni lugar de exposición[21].

Para "algunos estudiosos", debe traducirse del siguiente modo: ‹‹Trátese la causa en el lugar en el que las partes acuerden que se trate›, lo cual difiere sustancialmente de ‹‹otros›, que lo entienden de esta manera: ‹‹Si las partes llegan a un acuerdo, ratifíquelo el magistrado›, aunque, ‹‹finalmente›, se le ha dado esta interpretación: ‹‹Si las partes llegan a un acuerdo, ratifíquelo el juez.››

Es decir, es posible que no tenga relación más que con la elección del lugar donde se examine la controversia. Este significado tiene como apoyo textual, que pueda corroborarlo, el adverbio *ubi*, no con un sentido temporal sino locativo, lo cual es muy poco probable, máxime en el siglo V a. C., porque el ciudadano tenía el *mundus* y *pomerium*

18. C. RASCÓN GARCÍA – J. M. GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones de...*,, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, pp. 3-4: <<*Tabula* I.6. *Rem ubi pacunt, orato*. Tabla I, 6. Cuando haya pacto, proclámese>>.

19. AA. VV., *Textos de Derecho Romano*. Coord. Rafael Domingo, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 21: Tabla I.6. <<*Rem ubi pacunt, orato* (Rh, ad Her. 2.13.20). Cuando haya pacto sobre la cosa (litigiosa), proclámese>>.

20. V. PISANI, *Testi latini arcaici et volgari, con comment glottologico*, 3ª ed. riv., Torino, Rosenberg et Sellier, 1975, p. 47: XII Tablas, V = I,6. *Rem ubi pacunt, orato*. Rhet. ad Her. II 13, 20: <<*pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo: Rem... cuicito*>>. El fragmento está así citado por Prisc. X 5, 32: <<*pacta... hoc modo: rem ubi pagunt orationi pagunt*>>. Scaurus *De orthographia* p. 15 K: <<*testatur... item XII Tabulae, ubi est ni pagunt...*>>. Nota VI. Cf. Gaius IV, 15: <<*Cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio*>>. *Caussam* &79: *coiciunto*: cf. ad B. 46. <<*Cum... praesentes*>>. *Vid*. B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto Giulianeo*, Milano, Giuffrè, 2002; U. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni literaria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, AV, 2002, pp. 66-85: *rem ubi pacunt orato*; F. M. d'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2003; *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, IUSS Press, 2005.

21. C. RASCÓN GARCÍA – J. M. GARCÍA GONZALEZ, o. c., p. 70.

como perímetro de vigencia de la *lex*, y dentro del mismo se hacía el ideal de *libertas*, de modo que la causa se disputaba en el comicio o en el foro, lugares frecuentes de reunión de los *cives*, bien para celebrar la asamblea o cuestiones relacionadas con la jurisdicción, bien por motivos de mercado.

La segunda interpretación, antes citada, se ceñiría al acuerdo privado de los contendientes sin la presencia del magistrado jurisdiccional, lo que algunos denominan los pactos que celebran las partes mientras van de camino hasta el lugar en el que ejerce la jurisdicción el magistrado[22].

Así lo admite Antequera[23]: «Tabla 1.ª 7. Si caminando hacia el juicio ambos contendientes, pactasen entre si alguna cosa sobre el punto de su discordia, tengan por válido lo que pactasen.... 8. Pero si... ni transigiesen su negocio en el camino por medio de un pacto, el Pretor, por la relación que ambos litigantes le hagan hasta el mediodía, conocerá de la causa en los comicios, o en el foro. 9. Después del mediodía, aunque no se halle presente más que uno de los dos, a ese debe dar el pretor la acción, y abrir de este modo el juicio», mientras que, en otro lugar de la obra, refiere su texto latino[24]: «*De in Ius vocando... Endo via rem uti paicunt orato. Ni paicunt, in comitio aut in foro... causam conscito cum perorant ambo presentes.*»

La primera Tabla se refiere a la *in ius vocatio*, y las leyes contenidas en ella comprenden tres puntos principales: el primero, la citación a juicio y los medios de obligar al reo a comparecer en él; el segundo, las fianzas que son bastantes a garantizar su persona, y en virtud de las cuales puede dispensársele de la comparecencia; y el tercero, la exposición judicial de la causa ante el Pretor, cuando el asunto no alcanzaba transacción o avenencia entre las partes contendientes, pero añade[25]:

También podía terminarse amigablemente el asunto[26], cuando las partes lo transigían en el camino por medio de un pacto. Mas cuando... ni entre este (el reo) y el actor había mediado pacto alguno, iban ambos delante del pretor y podían ocupar hasta el medio día en exponer

22. Es algo similar a lo que se lee en el Evangelio, cf. F. RAGUEAU, *Leges politicae, ex sacrae iurisprudentiae fontibus haustae, collectaeque et ob commodiorem usum, ad formam Iustinianei Codicis digestae, ac per titulos, edictique perpetui seriem, concinnatae*, Francofurti, 1577, pp. 48-49: titulo VIII. *<<De iurisdictione, iudicio et litibus. In evangelio secundum Mathaeum cap. 5, vers. 25 et 26: Esto amicus adversario tuo cito, dum es in via cum eo: nequando te tradat adversarius iudici, et iudex te tradat ministro, et in custodiam conijciaris. In evangelio secundum Lucam cap. 12 vers. 58 et 59: Dum abis cum adversario tuo ad magistratum, da operam in via, ut libereris ab eo: ne pertrahat te ad iudicem et iudex tradat te exactori et exactor conijciat te in carcerem>>.*

23. J. M. ANTEQUERA, *Lecciones de Historia de la Legislación romana, que comprenden los desarrollos y progresos sucesivos de esta legislación desde el establecimiento de Roma hasta el reinado de Justiniano, y sus vicisitudes desde los tiempos de este emperador hasta la época presente*, Madrid, imp. del Colegio de sordo-mudos y ciegos, 1845, pp. 280-281: Apéndice II. Fragmentos de las XII Tablas. Traducción castellana.

24. Apéndice II. Fragmentos de las XII Tablas, p. 268. *Tabula* I.

25. J. M. ANTEQUERA, *o. c.*, pp. 60-61:

26. Esta finalización concertada, por la respuesta positiva del demandado ante la petición del que inicia la reclamación, previamente a la citación para comparecer en juicio, viene defendida por Odofredo en *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudiciis*, tomi III. Pars 1, Venetiis ,1584, fol. 33. ODOFREDUS, *Brevis et utilis tractatus iudiciorum in causis civilibus. <<Ante citationem, duo sunt notanda: unum generale et ex honestate, ut antequam adversarium ad iudicium trahat, eum moneat quod sibi satisfaciat>>.*

el objeto y las razones de su contienda; principiando a correr desde esta hora en adelante el término dentro del cual debía el Pretor dar la acción al que estuviese presente, y comenzar de este modo el juicio, que no podía dilatarse más allá de la hora en que el sol se ponía.

El planteamiento parece parcialmente recogido por Terrason, a mediados del siglo XVIII[27], cuando sostiene que "las convenciones o acuerdos que las partes hagan durante el camino, deciden el contenido que debe pronunciar el juez"[28]. Con esta conducta, o bien no había que comparecer en juicio, o se evitaba el decreto de condena, cuando estando en camino, después de haber sido citado para comparecer ante el tribunal, se lograron acuerdos, o una transacción con la parte contraria.

Desde su punto de vista, las palabras *endo via* equivalen a *in via*. Los términos *rem orato* se dirigen al Juez, y tienen el mismo significado que los de *judex oret*, o *dicat sententiam*, es decir, que el juez pronuncia lo que se decide sobre el negocio por los sujetos. Las palabras *uti paicunt* admiten varias lecturas. Para algunos en lugar de *païcunt* leen *pacunt*, mientras otros ponen *paxunt*, y añade: ‹‹Para mí se diría *paxsint*, derivada del verbo *pago*, del que proviene el verbo *paciscor*. De este modo *uti paxunt* o *pacsint* significan la misma cosa que *uti pacti sint*, es decir, conforme al acuerdo que las partes celebraron entre ellas.›› Según estas explicaciones, hay coincidencia con la precedente interpretación de Jacques Godefroy, parafraseando el texto decenviral de la siguiente manera: ‹‹*item si de re transactum fuerit inter vocantem et vocatum, dum in jus venitur, ita jus ratumque esto.*››[29]

Esta manera de hacer convenciones o transaciones en el camino, habría sido tomada de las Leyes Griegas, y a ello se refiere Petit, aunque confunde el pacto con la situación generada por el *confessus*[30]:

Pactiones adversariorum coram testibus, non vi, non coacte, initae, ratae erant ex hac lege: 'Quaecumque alter cum altero volens cum volente coram testibus pactus fuerit, ratae sunto'. Legem hanc non semel laudat Demosthenes, è variis locis eam descripsimus... Cuius legis ratio pendet ex hoc iuris Attici axiomate et regula apud Harpocrationem... Stare enim unumquemque oportet suae confessioni, cum ei non possit obviare: nam confessus quodammodo sua sententia damnatur[31].

Consecuentemente, las leyes atenienses precedieron a las de la ley decenviral, aun-

27. A. TERRASON, *Histoire de la Jurisprudence romaine*, Paris, por M.- E. David Pere, 1750, p. 99: Tabla I, ley 7.

28. Esta ley se cita en el autor *Ad Herennium* libro 2 y en Prisciano libro 10: *Endo. Via. Rem. Uti. Païcunt. Orato.*

29. Ley octava: Si no hay acuerdo alguno entre las partes, el juez podrá conocer de su causa desde la salida del sol hasta mediodía, y durante la causa se situará en la plaza pública o en los comicios, teniendo presentes a las partes. Las palabras *ni ita paicunt, in comitio aut in foro*... Estas palabras *ni ita paicunt* tienen el mismo significado que estas otras: *si non ita paciscuntur inter se*, es decir, si no han hecho las partes ningún acuerdo. La otra parte de la ley, *in comitio aut in foro*, indica el lugar de finalización de los negocios, por acuerdo o por decisión de un juez... las palabras *Causam conscito* equivalen a *causam cognoscito*, y no tiene el mismo significado que *judicato*... Godefroy ha parafraseado el texto de la siguiente manera: *<<Si neque videx aliquis sit, neque de re in via transactum fuerit, tum in comitio, tum in foro, causam cognoscito ante meridiem, cum ambo litigatores praesentes perorant>>.*

30. S. PETIT, *Leges Atticae, collegit, digessit et libro commentario illustravit*, Parisiis, sumpt. C. Morelli, 1635, p. 339.

31. *<<Sed tamen videndum erat ne Legibus pactiones advesariorum adversarentur. Adversus Leges ne paciscitor. Legem hanc laudat Aristoteles, libro 1 Rhetor. cap. 25>>*. Cf. S. PETIT, *Leges Atticae..., o. c.*, pp. 339-340.

que esta última tradujo el precepto con las palabras *'Rem ubi pakunt orato ni pakunt'*, si bien esta norma está enlazada con las anteriores y con la siguientes, '*ni pakunt*', a las que atribuye este significado de dar origen a un juicio ante el pretor, «*nisi inter se velint pacisci adversarii*», previendo el lugar y tiempo del desarrollo del juicio con las normas posteriores: *'Ante meridiem, in foro aut comitio...'*[32].

La regulación prevista en las XII Tablas daba respaldo legal al pacto-transacción que hubieran celebrado las partes litigantes si no estuviera viciada la voluntad, lo que posteriormente se traducía en el uso de la *exceptio* para paralizar la *actio* del reclamante y así evitar la *condemnatio*, entendiendo Petit[33]: «*Meminit huius legis Demosthenes... Exceptione utebantur, ne res acta apud Iudices repeteretur, vel de transacta moveretur controversia, aut ubi praescriptio temporis opponitur...*».

Otra cuestión diferente es el alcance del acuerdo adoptado entre los litigantes, consistente en si estaban dispuestos a someter la controversia a un árbitro, o a nombrar un *arbitrator*, porque en el primer supuesto no sería posible, conforme a las normas áticas, disentir de su contenido, sino que las partes tenían el deber legal de asumirlo, sea cual fuere su contenido, justo o inicuo, a diferencia del *arbitrator* o mediador, que debía resolver conforme al criterio del buen varón[34].

La interpretación del acuerdo adoptado por los sujetos contendientes, mientras acuden al proceso, es la opinión de Vincenzo Ragusa[35], quien, estudiando el conjunto normativo decenviral, empieza por sostener que la regla que nos ocupa trata del «*accordo delle parti prima di presentarsi in ius*", y "*l'obligo di osservare le pattuizioni.*»

En su criterio, la ley VII de la misma Tabla primera, contempla «l'ulteriore possibilità di accordo fra i contendenti, lo cual podría tener lugar mediante la situación de *confessus*»[36], aunque ambas situaciones son distintas, si tenemos presente que uno reco-

32. S. PETIT, *Leges Atticae..., o. c.*, pp. 336-338.

33. *<<Pacta conventa facta adeo rata erant, ut de iis, quae pacti essent adversarij, litem moveri, aut iudicium reddi Lege ius non esset: 'Eorum, de quibus pacta conventa facto sunt, lites ne sunto'. Meminit Legis auctor Argumenti Orationis Demosthenicae... nam si quis iudicio experiri vellet, exceptione... utebantur, de qua Lex est: 'Exceptionem interopponito actioni ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est'>>./ S.* PETIT, *Leges Atticae..., o. c.*, p. 341.

34. *Vid.* P. PATREIUS, *Iurisprudentia vetus. Draconis et Solonis leges*, Lugduni, apud G. Rivillium, 1559, pp. 56-57: ley XI. *<<Si quidam inter se de privatis contractibus litigaverint, velintque rem ad arbitrum deferre, deligendi quem voluerint, ius esto. Postquam vero illum communiter elegerint, eius sententiae stanto: nec amplius caussam ad aliud tribunal deferanto, sed iudicia illius rata sunto. Legis huius capita duo observate adnotari possunt: altero quidem quae res ad arbitrium deferri possunt: altero vero arbitrij vis continetur: quae omnia merito iunxit Solon. Quod ad primum caput attinet, ad eos, qui privatorum sunt, contractus, spectat. Quod et ita expressit atque explicuit Javolenus libro XI ex Cassio, ley 39 De arbit. Non ex omnibus caussis... sed ex ijs duntxat quae ad solutionem pecuniae, aut operam praebendam pertinent.... Huius rei fortissimum est argumentum, quod de privatis contractibus compromitti liceat, ut ex Solone et Iavoleno liquet. Alterum huius legis caput explicat clarissimus apud Graecos Orator Demosthenes, quod et Ulpiano nostro placuit l. diem &2 ff. eodem, aienti stari debere arbitri sententiae, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit: et sibi imputet, qui compromisit... Quod observari debere Proculus ait, cum ex compromisso ad arbitrum itum est. Diversum est in arbitratore: eius enim sententia ad arbitratum boni viri redigenda est>>.*

35. V. RAGUSA, *Le XII Tavole (parte prima)*, Roma, Athenaeum, 1924, p. 44, cap. II, *tavola prima, lex VI*; ibid., pp. 63-65: Tabla 1, ley VI: *Rem ubi pacunt, orato.*

36. Vid. AA. VV., *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudiciis,*

noce de plano la petición del actor, como sería la *confessio*, o llega a un acuerdo sobre el alcance de la reclamación, en cuyo caso habrá un pacto-transacción.

Este autor italiano afirma que «*speciale importanza hanno i frammenti sesto e settimo di questa prima Tavola*», porque el primitivo legislador romano «*ebbe l'intuito e la sensazione che il modo migliore di por fine a una lite è quello di giungere a un accordo. Le liti che vengono composte fra gl'interessati sone le sole che si chiudano con sodisfazione di tutte le parti contendenti e le sole che non lasciano dietro di sè uno strascico di risentimenti e di odi*», para añadir que este recurso al acuerdo «*è l'unico modo, il più umano, il più civile, il più generoso di farsi giustizia da sé, senza bisogno dell'intervento del potere statale e senza comprimere gli altrui diritti.*»

Entiende Ragusa[37], que fue preciso, no solamente que se aprobara la regla jurídica, sino que debió imponerse a través del uso, porque implicaba un recurso civil y benéfico, ya que permitía a los litigantes resolver privadamente las controversias, con su recíproca ventaja y notorio beneficio de la paz social. Por ello, los decenviros no se limitan a exponer un consejo o invitación a los litigantes para llegar a un acuerdo en la controversia, antes de que el propio magistrado adopte alguna medida, conforme a su facultad jurisdiccional, dejando las facultades más amplias a las partes, a fin de que tomaran la resolución, por sí mismas, de eliminar la disputa, bien a través de transigir en sus propios derechos, o bien debatirlos en los cauces procesales legalmente vigentes.

Una vez que los litigantes llegan al acuerdo, ninguna de las partes, según la norma decenviral, tienen facultad alguna para apartarse del mismo, ya que «*esse devono stare all'accordo*», de modo que el legislador romano, con este precepto, *rem ubi pacunt orato*, sancionaría solemnemente esa eficacia, aunque más tarde vendría recogida en otra máxima, bien conocida: «*pacta sunt servanda, si disse più tardi*».

El carácter vinculante de las palabras pronunciadas solemnemente tenía como resultado que no cabía la retractación impune, como vemos en el *uti lingua nuncupassit*, de la *mancipatio*, por ejemplo. Si la ley decenviral hubiera permitido que alguno de los litigantes pudiera apartarse del acuerdo al que habían llegado, entiende Ragusa[38], «*sarebbe a tutto danno degli onesti e a tutto vantaggio dei furfanti, i quali, per evitare le noie e le incertezze del giudizio, si presterebbero facilmente a tutte le transazioni, salvo poi a rimangiarsi le promesse fatte e le concessioni date e metter nell'imbarazzo i paciscenti di buona fede*». El precepto normativo no lo permite, por razones de moralidad y justicia, pero también por motivos de orden público, que exigen la firmeza de los pactos y acuerdos libre y voluntariamente celebrados, de modo que sus transgresores incurrían en la sanción prevista en la Ley.

El significado de pacto, como acuerdo privado, pero respaldado por el magistrado

tomi III. pars 1, Venetiis, 1584, fol. 36r: G. de ZUZARIA, *De ordine iudiciorum*: *<<Si reus respondeat (libello actoris), dico me non teneri, et hoc dico non animo protestandi litem, nunquid facta est litis contestatio, et certe non... nunquid positioni negative est respondendum, et videtur quod non, quia negativa non potest probari, et tamen dicendum est contrarium si iudici videbitur, ut negativa positio fiat, et specialiter in defectum probationum, cum confessio sit unum genus probationis, et probationum facultas non debet angustari, sed debet pinguari et dilatari... et cum pertineat ad officium iudicis, veritatem inquirere et indagare et eam examinare... lex dicitur veritas eruatur>>*.

37. V. RAGUSA, *Le XII Tavole (parte prima)...*, o. c., p. 64.

38. V. RAGUSA, o. c., pp. 64-65.

competente, es asumido por François Bauduin[39], al estudiar el texto decenviral, porque analizando la obra de Aulo Gelio, Noct. Att. 17, 2, 10: «*ait, in XII Tabulis scriptum fuisse: Ante meridiem causam conscito, cum perorant ambos praesentes...*», temporalmente sitúa dos aspectos complementarios: la presencia de ambas partes ante el magistrado y la discusión entre los litigantes, que permite llegar al acuerdo, lo cual se correspondería con la exposición de este precepto que, de modo más completo, aparece en la *Rhetorica ad Herennium*:

Priorem huius legis partem videtur auctor Rhetoricorum ad Herennium, libro secundo, magis integram edere: Ex pacto (inquit) ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, oratione pacunt. In comitio aut in foro ante meridiem causam coniicito. Ac ita quidem etiam legendum plerisque videtur apud Gellium, non Causam Conscito. Quid olim fuerit causam conijcere, docet Asconius: Cum (inquit) ad iudicium ventum esset, antequam causa ageretur, litigatores quasi per indicem rem exponebant: idque dicebatur causae coniectio, quasi causae in breve coactio. Porro comitium, ubi et praetor ius dicebat, et iudicia exercebantur, partem Romani fori fuisse constat.

La vigencia del pacto vinculante, por disposición de la ley de las XII Tablas[40], está suficientemente probada con ocasión del régimen previsto para algunos de los delitos, especialmente en caso de hurto y de injuria, de modo que al celebrarse el acuerdo, entre agresor y víctima, después de la comisión de alguno de estos delitos, es posible la transacción, que tiene lugar a través de un acuerdo privado[41].

Con este mismo enfoque de la norma encontramos a Jacob Reyvaert[42], aunque se muestra seguidor de François Pithou o Piteo y de Théodore Marcile, acogiendo la reconstrucción de la norma con la siguiente redacción: «*Rem ubi pacunt (vel pagunt) ratum esto. Nei pacunt ante meridiem in foro aut in comitio, causam consciscito, Quum perorant ambo praesentes. 2. Post meridiem... 3. Solis occasus...*»[43], si bien admite que

39. F. BALDUINUS, *Commentarij De legibus XII Tabularum, tertia, sed plane nova editio, Cicero: Discebamus pueri XII, ut carmen necessarium*, Basileae, per Ioannen Oporinum, 1557, p. 240.

40. A. du RIVAIL, *Civilis Historiae iuris, sive in XII Tabularum Leges commentariorum libri quinque, iam denuo diligenter recogniti*, Lugduni, apud Ioan. Tornaesium et Guil. Gazeium, 1551, p. 7. *<<Pactum quod inter aliquos convenit>>.*

41. F. BALDUINUS, *Commentarij De legibus XII Tabularum, tertia, o. c.,* pp. 64-65: *<<Lex XII Tabularum, de furtis pacisci et transigere licere significavit: sicuti et membro rupto... Ulpianus l. Iurisgentium &si paciscar De pactis ait: De furto pacisci lex permittit. Id autem permittitur non quidem antequam furtum fiat, sed postquam factum est. Paulus l. si unus &pacta De pactis. Pacta (inquit) quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel iniuriarum, si feceris. Expedit enim timeri furti vel iniuriarum poenam. Sed post admissa haec pacisci possumus. Idem l. si tibi decem &1 De pactis. Quaedam (ait) actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum, furti. Sed et Diocletianus imperator meminit decisionis furti l. post decisionem C. de furtis. Decisionem vocat transactionem. Atqui idem Diocletianus alibi rescripsit, transigere aut pacisci non licere de criminibus, nisi quae sanguinis poenam irrogant. L. transigere C. de transaction. Respondeo, primum cum de actione furti transigitur, non nisi de re pecuniaria et familiari, sive (ut loquimur) de civili actione transactum videri...>>.*

42. K. RITTERSHAUSEN, *Dodecadeltos, sive in Duodecim Tabularum leges, commentarius novus*, Argentorati, sumpt. haer. Lazari Zetzneri, 1616, pp. 186-188: Cap. VII. *De pactis: item de tempore ac loco legitimo judicii: deque agendi forma et modo* etc.

43. *Vid.* P. PATREIUS, *Iurisprudentia vetus. Draconis et Solonis leges*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1559, pp. 254-255: Leyes

Francisco Hottmann hizo otra recuperación diferente, en el original de las XII Tablas, que no comparte.

Este jurista no podía menos de analizar lo concerniente al pacto que pueden celebrar los litigantes, comenzando por el momento temporal que, en su opinión, podía producirse, y que, desde su punto de vista, tenía lugar antes de acudir al magistrado y examinarse la causa: «*Et quidem primo de paciscendo sive de pactis litigatorum. Si quid igitur litigantes inter se pacti fuerint, priusquam in Jus eatur et causa cognoscatur*». Desde su planteamiento, era una posibilidad muy transcendente para la controversia, puesto que por medio de los pactos se excluyen y desaparecen tanto las comparecencias ante el tribunal, como la necesidad de garantías para la celebración del proceso, así como el examen de la causa, tal como vemos en sus términos empleados: «*per ejusmodi pacta excluduntur et removentur et in jus itiones, et vadimonia, et causae cognitiones.*»

Consecuente con la regla jurídica romana, todo lo que las partes hubieran acordado debía ser considerado como definitivo, ya que no precisaba ni de la intervención del pretor, ni del conocimiento por parte del juez, pues el órgano jurisdiccional y el juzgador debían conseguir, antes que nada, la composición de la controversia entre los litigantes, y su apartamiento del litigio: «*omninoque ratum est id quod inter litigantes convenerit. Ratio est: quia si rei paciscantur, nihil opus est cognitione praetoris vel judicis: cum etiam si ad praetorem vel judicem ventum fuerit, tum is ante omnia operam dare debeat ut causa quamprimum fieri potest componatur et a lite discedatur.*»[44]

Después de un breve *excursus* sobre la utilización de la C o de la G en el verbo pactar, *pacunt* o *pagunt*, Rittershausen estudia la posterior norma[45], que previene lo que debe aplicarse si no tuvo lugar el pacto entre los litigantes. En este caso, diserta sobre la palabra utilizada originariamente en el texto decenviral, porque entiende que sería *ni*

de las XII Tablas. LVI. *<<Ante meridiem caussam conijcito, quam perorant ambo praesentes, post meridiem litem, si ambo sint praesentes, addicito. Hanc legem a F. Balduino omissam ex XII Tab. esse scribit Alexander ab Alexandro libro VI Genialium dierum: qua litis cognoscendae, finiendaeque tempora praestituere Decemviri. Pedaneos autem iudices a summo statim diluculo in vespertinum crepusculum sedere iubet novissima Iustiniani constitutio: Const. 82. Legis autem sententia iudicia producenda in multa tempora non sunt, sed die uno absolvenda iubet expressim. Sed haec in desuetudinem abijt pragmaticorum industria...>>.*

44. *<<Unde quasi proverbium jactatum est olim: omnia judicia esse absolutoria &ultimo Instit. De perpetuis et temporalibus actionibus. Porro haec pars legis extat apud Cornificium libro 2 Rhetorica ad Herennium: et apud Gellium libro 17 cap. 2. Tangitur etiam a Quintiliano libro 1 cap. 6 et apud Scaurum in Orthographia; qui annotat a Decemviris scriptum esse pakunt per K literam graecam. Veteres enim dicebant, paco et pago: pro quo tandem in usum receptum est paciscor: quo et hodie utimur. / p. 187 Sic in veteri glossario legimus pago et comparo, pro paciscor vel compaciscor>>.*

45. *<<Sequitur altera: Ni pacunt, id est, si non possit inter litigantes convenire, sive si nihil inter se pacti sint, quo controversia sive lis componatur et a lite discedatur, ante meridiem in foro aut in comitio causam consciscito, (vel ut alii, conscito), cum perorant ambo praesentes... De loco ait lex nostra in Foro aut in Comitio. Forum aliud Romae fuit rerum venalium, sive forum promercii; aliud vero judiciale. Et de varia significatione fori videatur Isidorus libro 5 Etymologiarum, relatus etiam in Jus Canonicum cap. Forus Extra de Verb. S. Qua de re agitur etiam titulo de foro competenti. Differunt autem forum et comitium, sicut totum et pars, nam comitium est fori pars, et secundum Varronem libro 4 De Lingua Latina, comitium dictum est, quod eo litium causa coirent. Unde etiam Plautus in Poenulo Scena 6, Comitiales appellavit advocatos: quasi qui in comitio crebro commorentur. Sic apud Macrobium libro 2 cap. 12 judices dicuntur venire in comitium>>.*

pacunt... ante meridiem... conscitito, o, como quieren otros. *conscito*[46], apoyándose en Aulo Gelio, y rechazando que el término empleado sea *coniicito*, que ya había expuesto Balduino, a través de un estudio filológico, a partir de su significado, el cual le lleva a identificar el destinatario del precepto. Mientras *coniicere* implica una exposición sumaria y sintética de los términos de la disputa, por lo que sus afectados eran los litigantes, de acuerdo con el comentario de Asconio a Cicerón, y el fragmento de Paulo en D. 50, 17, 1, al definir la regla de Derecho, «*quasi causae conjectio, id est, summariam comprehensionem esse*», por el contrario, *consciscere* equivale a *cognocere*, que era la tarea propia y específica tanto del pretor como del juez, de modo que no duda en sostener:

Sed verior lectio et Hotomanno, et Marcilio, et aliis videtur, in lege nostra, Conscito vel consciscito, quam coniicito. Nam conjicere causam pertinet ad reos eorumque patronos: Conscire autem, vel consciscere, sive cognoscere, est praetoris sive judicis. Lex autem nostra directa est non ad reos sive litigantes eorumve causidicos: sed ad praetorem vel judicem: ut apparet ex particula sequenti litem addicito. Addicere enim proprium est praetoris et judicis...[47].

Este mismo enfoque lo encontramos en Raevardus[48], quien tampoco deja de presentar algunas conjeturas sobre la terminología empleada por los decenviros y su plasmación en la norma que consideramos, puesto que además de acoger la palabra *gnoscito*, en lugar de *coniicito*, trata de fundamentar su elección de modo similar a Rittershausen, ya que desde su punto de vista el precepto se dirige no a los litigantes sino al juez, deduciéndolo de la exposición verbal que hacen las partes, *perorando ambo praesentes*, a diferencia de la *causae coniectio* que afecta a los contendientes; el conocimiento de la causa, en ningún caso, es tarea de las partes, sino del juez, que entraría a conocerla antes de mediodía, después de la exposición hecha por actor y reo:

Ante meridiem caussam Gnoscito, quum perorant ambo praesentes. Post meridiem litem addicito, si ambo praesentes...

Constat quidem haec verba, caussam conscito, non ad litigatores, sed ad ipsum iudicem esse referenda, propter haec verba, quum perorant ambo praesentes. Ergo quod caussae coniectio, ut satis ex Asconio et Marcelo constat, non ad iudicem, sed ad litigatores referatur, certissimum est loco conscito, reponi non posse conicito. Ea enim legis videtur

46. Cf. Io. CRISPINI, *Iuris Civilis Romanorum initia et progressus. Ad leges XII Tabularum brevis commentatio, ex Ulpiani fragmentis tituli XXIX. Selectis notis et argumentis illustratis... Iulius Pacius recensuit, notas auxit, argumentis illustravit,* Nova editio, Coloniae Allobrogum, sumpt. S. Crispini, 1622, pp. 23-24: *<<De iure publico legis XII Tabularum. 12. In comitio aut in foro, ante meridiem causam conscito, cum perorant ambo praesentes. Tria haec fragmenta ex Gellio sunt. Extant hae reliquiae apud Gellium libro 7 cap. 2. Primus etiam versus legitur in 2 Rhetor ad Heren. Lex videtur iubere iudicem in comitio aut in foro, causam ex utriusque litigatoris oratione cognoscere. Comitium, inquit Varro, ab eo quod coibant eo comitijs curiatis et litium causa. Hinc illud Ciceronis in Bruto, In comitium veniant ad stantem Iudicem. De comitiis locus insignis ex antiqua Oratione C. Titij describitur a Macrobio* libro 3 cap. 16>>.

47. Esta afirmación lleva a un equívoco, porque si nos referimos a la sentencia, su pronunciamiento compete exclusivamente al juez, pero nunca al magistrado, mientras que el addicere tiene relación con uno de los *tria verba* que resumen la capacidad jurisdiccional del pretor: *addico.*

48. Iac. RAEVARDUS, brugensis, *Ad leges Duodecim Tabularum liber singularis*, Brugis Flandrorum, apud Hubertum Goltzium, 1563, pp. 24-25: Cap. VII. *<<De litis addictione. Quam Gellius libro XVI, cap. II allegat legem Decemviralem, eam utpote tutiosissimam sic esse restituendam probabilibus aliquot coniecturis demonstrabo>>.*

esse sententia, ut iudex ante meridiem, quum actor et reus perorassent, id est, caussam dixissent, de caussa cognosceret. Veteres autem dixisse causam conscito, pro cognoscito, non memini me legisse. Illud quidem dubium non est, pro cognitu auctore Festo gnotu dixisse veteres. Si gnotu, ergo et gnosco: nam unde gnotu, nisi a gnosco? Certe veteres gnosco dixisse, non Festus solum, sed etiam libro secundo testatus est Priscianus. Quid igitur obstat, quominus pro caussam conscito, legamus caussam gnoscito, aut certe caussam cnoscito. Si non ob aliud, certe quod latini plerunque G litteram ita formarint, ut Graeci suum gamma, quod facile in C. Latinum potuit transformari. Imo Festus libro XIII contendit C por G frequenter antiquos possuisse. Idque etiam ex antiquissimis quibusdam numis deprehendi, in quibus pro G... expresse legitur C... Sic pro pago, aliquando est in duodecim paco. Et ita quidem ex gnoscito, interdum ab antiquis cnoscito, indeque unius litterulae transpositione, ex cnoscito factum ab imperitis videri potest conscito".

El valenciano Maymó y Ribes[49] asume un planteamiento novedoso, según el cual las convenciones, que hagan las partes en el camino hasta la sede del órgano judicial, serán las que determinen el modo de pronunciar del Juez.

Desde su punto de vista interpretativo, y de reconstrucción original del precepto, la ley de las XII Tablas recogía estos términos: ‹‹*Endo. Via. Rem. Uti paicunt. Orato.*›› Cuando el emplazado daba caución, ‹‹se excusaba de comparecer ante el Juez: quando no la daba, se podia evitar la sentencia de condenación, si en el camino, desde aquel parage en que se le citaba, hasta el Tribunal, hacía el citado alguna convención, o transaccion con su parte; pues en este caso el Juez debia pronunciar su sentencia conforme a la transaccion. Con arreglo a lo dicho, extendió Gotofredo el texto de exte modo: *Item si de re transactum fuerit inter vocantem, et vocatum dum in jus venitur, ita jus, ratumque esto.*››[50]

El humanista Godefroy[51], que le sirve de autoridad, no solamente incorpora un pro-

49. J. MAYMÓ y RIBES, *Progresos de la jurisprudencia: su origen, y progresos; y comentarios a las Leyes del Código Papyriano, y XII Tablas*, t. I, Madrid, por Joachin Ibarra, 1767, pp. 492-493: Parte II, tabla I, ley VII.

50. Consistía esta fórmula en dar desde luego una idea sumaria de la causa, y de la acción que se intentaba, y esto se llamaba *causae conjectio*... estos usos eran de los Atenienses, pues entre ellos se hacia primero una breve exposicion del hecho antes de perorar en la causa. Basta lo dicho para la inteligencia de esta Ley; pues estas palabras *causam conscito* pueden significar lo mismo que estas otras, *causae conjectio*; y estas *ambo perorant*, se pueden entender de los razonamientos, informes, o discursos más extensos, que se hacían despues de la sumaria exposicion de la causa. J. MAYMÓ y RIBES, *Progresos de la* jurisprudencia..., *o.* c., pp. 496-497.

51. Jac. GOTHOFREDO,, *Opuscula varia; iuridica, politica, historica, critica*, Genevae, sumpt. Ioannis Antonij et Samuelis de Tournes, 1654. *Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti: puta, Legis XII Tabularum fragmenta quae supersunt, ordini suo restituta, una cum ejus Historia, Probationibus, Notis et Glossario...*,, Genevae, 1653, *liber primus: <<quo continentur fragmenta XII Tabularum undecunque collecta, eaque suis nunc primum Tabulis restituta, una cum Paraphrasi, tabula I. De in ius vocando. II. Endo via rem uti paicunt, orato. Paraphrasis: Item si de re transactum fuerit inter vocantem et vocatum dum in ius venitur, ita ius ratumque esto. Liber III, quo continentur probationes seu testimonia veterum, de singulis capitibus ac pene verbis XII Tabularum ad ordinem capitum disposita,* pp. 50-52: *Rem uti paicunt orato. Qui in ius vocatus it, etc. Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerint, si quid inter quos convenit. Pacta sunt quae legibus observanda sunt: hoc modo: Rem ubi pacunt orato: ni pacunt, etc. Auctor ad Herennium, libro 2. Antiqui pago quoque dicebant pro paciscor. Cicero in 2 ad Herennium. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt oratione pagunt. Priscianus libro 10. Notae,* pp. 187-188>>.

yecto de reconstrucción primigenia de las XII Tablas, sino que aporta su misma interpretación, muy en consonancia con el principio ya enunciado, según el cual, el pacto que hayan celebrado las partes es derecho, o lo que es lo mismo, es norma vinculante entre los sujetos que lo han celebrado: «*Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerint, si quid inter quos convenit. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pacunt orato: ni pacunt,* etc. *Auctor Ad Herennium libro* 2.»[52]

Despues de haber descalificado la redacción de la regla decenviral, especialmente de Cicerón, sustituyendo el *ubi* por *uti*, y de Prisciano, rechazando la expresión *orationi pagunt*, a las que califica de «*mendose*»[53], entiende, según su criterio, «*reponendum itaque. REM UTI PAGUNT, ORATO, ni pagunt* etc.»[54], así como la de *contio*, que habla de «*pacunto rato*», juntando la última vocal a *pacunt*, a pesar de que debería ir con la palabra siguiente, interpretando el fragmento decenviral del siguiente modo:

Neque enim vox Orato aut similis ad ipsos litigatores pertinens, hoc capite legitima esse potest: nempe, quod in praetoris personam hoc et proxima sequentis legis capita concepta fuisse, haec primum verba ostendant, causam conscito: mox illa, cum perorant ambo praesentes: denique haec, stlitem addicito. Huius itaque capitis haec sententia omnino fuerit: Praetorem ratum id habere debere, quod inter se litigatores, dum in ius iretur, pacti fuerint: et (ut in lege Solonia erat, unde haec nostra desumpta ac derivata est)... de eo iudicio non constituere: de qua lege videndus Demosthenes adversus Pantenetum. Et generalis tamen haec lex est de omnibus pactis alio quocunque tempore initis quacunque de re: cuiusmodi lex fuit quoque Athenis, quae omologias huiusmodi volebat... ubi tamen modus additur, si haec pacta inita fuissent.

Sigonio[55], estudiando el desarrollo del proceso civil primitivo, inserta aspectos de su regulación, que son muy posteriores al período de las XII Tablas, con otros que se corresponden con la normativa decenviral. Reconoce que las partes deben estar presentes, pero admite que pueden servirse de patronos. En sus manifestaciones relativas a la pretensión que tuviera cada parte, una se realiza con pocas palabras, antes de llegar ante el juez, y otra con amplia verbosidad, denominando a la primera *causae coniectio*, conforme a la información que proporciona Asconio: «*Cum litigatores ad iudicem venissent, antequam*

52. *<<Antiqui pago quoque dicebant pro paciscor. Cicero in 2 ad Herennium. Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt oratione pagunt. Priscianus libro 10. III. De cognitione praetoris. Ni pagunt. Los griegos ponían en lugar de G una K y la latina C>>.*

53. J. GODEFROY, *Fontes quatuor Iuris civilis in unum collecti...*, o. c., pp. 187-188, *notae a Rem uti pacunt, orato.*

54. *<<Ni ita pacunt. Vocem hanc, ita, unus Quintilianus libri 1 cap. 6 ad superiora relativam, servavit: cum tamen coeteri, qui capitis hujus meminerunt, eam omnes omittant. Ita ait lex, id est (ut immediate praecedente lege dictum est) aut vindice dato, aut transactione habita>>.* Sigue *causam conscito*, y la diferencia entre *coniicere* y *conscire. <<Coniiciebant litigatores, cum per indicem causam suam, apud iudicem arbitrumve exponebant, ut ex Asconio, Gallio, Afranioque apud Nonium liquet. Consciebat vero praetor, dum postulantibus seu perorantibus, per se vel alios, litigatoribus, de re tota cognoscebat. Verba autem haec, causam conscito, non ad litigatores; verum ad praetorem ipsum ius dicentem referri oportere vel sequentia statim verba evidenter ostendunt: haec videlicet Cum perorant ambo praesentes, mox slitem addicito. Alios esse oportet, qui perorant: alium, qui perorantibus aliis de causa cognoscat, et ijs addicat. Perperam itaque qui Causae conjectionem ex hoc capite originem sumpsisse prodidere">>.*

55. C. SIGONIUS, *De antiquo iure populi romani libri undecim*, Bononiae, apud societatem typographyae Bononiensem, 1574, pp. 485-486: *De iudicio faciendo.*

caussa ad iudicem ageretur, quasi per indicem rem exposuerunt. Atque id ipsum dictum est caussae coniectio, quasi causae sua in breve coactio. Hinc lex XII tabularum: Ante meridiem caussam conijcito, cum ambo perorant praesentes.»[56]

Una vez que el demandado conoce la acción, cabían varias situaciones, de las cuales la primera consistiría en que el actor desistiera de la misma, sin necesidad de juicio, o bien que tratase de hacer valer su pretensión[57]. Garantizado el objeto litigioso, si era una acción real, o con la figura del *vindex*, que no cita Sigonio, el motivo por el cual un actor cedió de su petición procesal puede ser triple: o asumió su petición, o porque ha llegado a un pacto con el demandado, o porque convino en una transacción: «*Si cessit, rem aut pacto, aut transactione composuit.*»

Este jurista se sirve de las fuentes jurisprudenciales clásicas, además de los discursos de Cicerón, porque en la exposición del significado de *transactio*, Ulpiano afirma que «*Qui transigebat, inquit, de re dubia, atque incerta... liberalitate remittebat*», lo que confirma el gran orador republicano en *Pro Quincto Roscio* y en una de las Verrinas: «*Cum de sua parte Roscius transegit cum Flavio, actionem sibi suam reliquit an non? Et in Verrem III: Cum Rabirio tutore, quod erat vix sestertium sexaginta millium transigunt sestertium ducentis millibus*»[58], a diferencia del pacto que procede de una mera liberalidad, sin la incertidumbre de la reclamación: «*Hinc erat in Edicto: Pacta, conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus eorum cuiquam fiat, facta erunt, servabo. Quod ad omnes pactiones, transactionesque traductum est.*»

Bernabé Brisson señala la diferencia entre pacto y transacción, conforme a las fuentes romanas, jurídicas y literarias, comenzando por la distinción entre el simple acuerdo producido por la concordancia de voluntades y la promesa bilateral[59]. Siguiendo a la jurisprudencia clásica, pactar y transigir son dos términos jurídicos distintos, porque «*qui paciscitur, rem certam et indubitatam liberalitate remittit: Qui transigit, de re dubia et lite incerta neque finita, aliquo dato, retento, vel promisso decidit.*»[60] Este enfoque se corresponde con las cláusulas del edicto pretorio, en las que se contempla el pacto celebrado, por razón de la injuria o hurto ya cometido, a cambio de abonar a la víctima

56. *<<Testis est Gellius libro XVII, apud quem tamen legitur, conscito. Idem libro V: cum ad iudices conijciendae, consistendaeque caussa gratia venisset. Afranius apud Nonium: Caussam conijcere apud te volo. Ambo adestis. Profuturos arbitros. Longioris expositionis exemplo sint caussae a Cicerone defensae P. Quintij et Q. Roscii>>.*

57. C. SIGONIUS, *De antiquo iure populi romani libri undecim...*, o. c., p. 465.

58. Cf. S. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium, liber primus-secundus*, Francofurti, sumpt. Haer. Palthenianarum, ex off. Hartmanni Palthenij, 1618, libro segundo, p. 414-415: cabe transacción, pero se disputa si vale en los delitos privados, porque unos entienden que es posible, pero otros lo niegan.

59. B. BRISSONIUS, *Lexicon iuris sive de verborum quae ad ius pertinent significatione libri XIX, cum appendice praetermissarum quarundam vocum, et parergon libro singulari. Quibus accessere hac novissima editione... item Francisci Hotomani... De legibus romanis tam certi quam incerti nominis...*, Francofurti, apud Ioan,. Wechelum, 1587, p. 410: *s. v. Pactum est duorum pluriumve in idem placitum et consensus.* D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano lib. 4 ad ed. *Quo nomine et a pollicitatione differt, quae solius offerentis promissionem habet.* D. 50, 12, 3. Ulpiano libro 4 disput. *Pacta conventa ut plurimum ea Iureconsulti vocant, quae, ut Cicero in libris Rhetoricorum loquitur, ex solo conventu valent.*

60. D. 2, 15, 1. Ulpiano libro 50 ad ed.

una cantidad en dinero[61].

Según este autor[62], transacción es un término general, que abarca todos los supuestos mediante los cuales se resuelven y concluyen las controversias, incluido el juramento, y sin olvidar al pacto relativo al alcance de un crédito o sus garantías, dejando a salvo la pronunciación en una sentencia judicial.

Desde su punto de vista, amparado en las fuentes justinianeas, la transacción implica un acuerdo que tiene lugar después de que se ha promovido un pleito, o se espera que tenga lugar la controversia procesal, a través de una modificación de alguno de los elementos que conforman la pretensión del actor, y de la cual se apartan las partes: «*transactio specialiter conventionem significat, qua a lite iam mota vel movenda aliquo dato retento promisso receditur.*» Este negocio implica que se transige sobre una cuestión dudosa y litigio incierto, aún no resuelto, pero sin que se proceda graciosamente, a diferencia del pacto, que versa sobre cosa cierta e indubitada, en la que se acuerda algo, cediendo en alguna pretensión, por mera liberalidad, apoyándose en el fragmento de Ulpiano antes citado: «*Et a pacto hoc distat, quod qui transigit de re dubia et lite incerta neque finita, non gratuito decidit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam libertate remittit.*»

Recuerda Vulteyo[63], que ni el pacto, ni la cosa juzgada, ni la transacción, ni el juramento son modos de extinguir una obligación, aunque el pretor otorgue protección a ciertos supuestos por motivos de equidad, como es el juramento. El pacto ni es modo de adquirir, ni tampoco de extinguir una obligación, del mismo modo que no sirve para adquirir el dominio, ni para perderlo, porque "*in pacto enim non jus, sed factum versatur*"[64].

Por este motivo, el simple acuerdo de voluntades o pacto no implica que surja una acción civil, sino que, merced a la protección pretoria, se concede una excepción, basada en la equidad natural, «*quia nihil tam conveniens est aequitati, quam ut ea de quibus convenit custodiantur.*» La transacción es una especie de pacto, pero por su peculiaridad y repercusión en el proceso da origen a una excepción perentoria entre los litigantes, de modo que si hubo transacción, y posteriormente quiere entablarse nueva acción sobre el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas personas, tiene esta excepción, derivada de la transacción, un efecto similar al de la excepción de cosa juzgada[65].

Una síntesis de la doctrina de los siglos XVII y XVIII, con los intentos de reconstrucción de la redacción original del fragmento que nos ocupa se encuentra en Joseph

61. <<*Caeterum si precibus impetraverit ne tecum ageretur, ad edictum non pertinet*>>.

62. B. BRISSONIUS, *Lexicon iuris sive de verborum*..., o. c., p. 595 s. v. *transigendi*.

63. H. VULTEIUS, *Tractatus de iudiciis in libros IV divisus*..., Cassellis, imp. Sebaldus Colerus, 1654, p. 503.

64. D. 2, 14, 28. Gayo libro 1 ad ed. prov.

65. H. VULTEIUS, Tractatus de iudiciis..., o. c., pp. 503-504: <<Exceptio peremptoria est transactio, nam ne transactio quidem inter controvertentes facta, hunc habet effectum, ut obligatio atque adeo actio exinde ipso jure tollatur; verum eadem in transactione est aequitas quae est in pacto, cuius illa quaedam est species. Tum demum autem ea locum habet, si petatur eadem res, et petatur ex eadem causa, et inter personas easdem, inter quas est transactum, agatur, ut appareat hanc exceptionem rei judicatae exceptioni per quam esse simile>>. La sentencia pronunciada contra una cosa juzgada es nula ipso iure, sin valor alguno, y del mismo modo que la cosa juzgada es verdad entre las partes, nadie puede pactar contra su contenido. Ibid., p. 596.

Pothier[66], para quien, siguiendo a Gayo, si un sujeto es llamado a juicio debe ser liberado de estar en el proceso en dos supuestos[67]: en caso de aparecer un *vindex*, y si llega a una transacción con su adversario, camino de la presencia ante el magistrado, para matizar: «*quid magis aequitati naturali conveniens est quam ea quae inter homines placita sunt, quum nulla inde in publicum redundant injuria, servari? Non igitur ferendus fuit, qui contra fidem transactionis, in Jus aliquem vellet trahere.*»[68]

Alfred Ernout[69], después de reconstruir el fragmento decenviral, comenta nuestra norma, afirmando, sin duda alguna que el *rem ubi pacunt* tiene lugar «*Au cas où il a transaction*»,

66. J. POTHIER, *Pandectae justinianeae, in novum ordinem Digestae, t. I, a libro I ad XXII: cum legibus Codicis et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant, t. I. Continens orationem de laudibus celeberrimi viri R. J. Pothier, prolegomena seu praefationem, et viginti-duos priores libros*, nova editio, Lugduni, sumpt. Bernuset et sociorum, 1782, p. 78, *tabula prima, caput* II: 3. *<<Endo (g = endo pro in) via rem uti pacunto (h = Veteres pro paciscor dicebant pago vel paco, C enim pro G frequenter ponebant Antiqui. A paco autem pacunt, pacunto, pacuntor) rato (i= id est, ratum esto. Vulgo haec lex ita male legitur: Rem uti pacunt, orato; nullo sensu hujus ultimae vocis; dissentiente tamen Gravina). Interpretatio: 3. Si de re transactum fuerit in via, dum in Jus venitur; quod transactum erit, ratum esto. Probationes: fragmentum eiusdem capitis in libro 2, ad Herennium ita corruptum erat: Rem uti pacunt orationem pacunt. Restituit Gothofredus Rem uti pacunto, rato: ni ita pacunt. Priora verba huic capiti adsignavit, utpote quae alteram dimittendi ejus qui in jus vocatus est causam contineant: caetera Ni ita pacunt, ad caput sequens>>.*

67. J. POTHIER, *Pandectae justinianeae, in novum ordinem Digestae,* t. I...,, o.. c, *Commentarius:* p. LXXIX: *<<Qui in jus vocatus est (inquit Gaius libro 1 ad Leges XII Tabularum) duobus casibus dimittendus est; si quis ejus personam defender; et si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit: ley 22 ff. de in Jus vocatione. II. Quoad alteram causam ex qua dimittendum statuunt Decemviri eum qui in Jus vocatus est, si in via de lite transactum fuerit>>.*

68. *<<Aliter Gravina. Vulgarem enim lectionem Rem uti pacunt, orato, retinendam censet: hoc sensu ut, secundum quod in via pactum fuerit, causa peroretur seu agitetur et peragatur in Jure. Verum id manifeste repugnat ipsius Legis sententiae, quae non de pacto secundum quod causa peragi debeat, sed de transactione per quam omnis disceptatio causae tollatur, et in Jus vocatio inutilis fiat, omnino intelligenda est. Tunc enim demum CAUSAM CONSCIRI permittitur capite mox sequenti, NI ITA ut supra dictum est pactum fuerit. Et id etiam evincit supra dicta lex 22 ff. De in Jus vocatione. Hinc et illud Evangelii: Esto consentiens adversario tuo cito, dum est in via cum eo, ne forte tradat te adversarius judici: Matteus V, 25. Ergo ex usu forensi et apud omnes notissimo, non aliter apud judicem causa disceptabatur, quam si antequam iretur, transigendo non consensissent adversarii.>>. Ibid.,* p. LXXIX: *<<Tabula prima, caput III: 1. Ni ita pacunt: in comitio aut in foro, ante meridiem, causam conscito (a): cum perorant ambo praesentes. Nota a: Raevardus legit cnoscito, id est cognoscito. Nam gnoscere dicitur pro cognoscere; unde Festus: Gnotu, cognitu. A gnoscere autem (inquit Raevardus) gnoscito vel cnoscito; quia C pro G ponebant Veteres, ut ait idem Festus. Verum idem omnino sensus utriusque lectionis. Conscito enim (ex lectione Gothofredi quam sequimur) derivatur a Consciscere vel sciscere, quod idem est ac judicare. Sic apud Livium libro 1, Senator setentiam rogatus ait: Itaque consentio Consciscoque. Hic igitur consciscere proximam habet cum verbo judicare significationem: et causam conscito, idem est ac causam cognoscito ad judicandum. Interpretatio: Si de re transactum non fuerit, tunc in comitio aut in foro praetor, quum ambo litigatores praesentes sunt ad perorandum, causam ante meridiem cognoscat. Probationes: legitima totius hujus capitis verba excepsit Gothofredus partim ex libro 2 ad Herennium, partim ex Gellio, aliisque infra laudatis auctoribus. Extat enim prima lex in dicto libro 2 ad Herennium cum fine legis praecedentis male ita conjuncta: Rem uti pagunt orationem pagunt; in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito. Gothofredus autem hunc textum ita restituit, ut novum caput ab his verbis incipiat: Ni ita pagunt. Firmarturque haec lectio auctoritate Quintiliani, Institutiones Oratoriae 1, 6, cum in XII Tabulis legeremus, Ni ita pagunt>>.*

69. A. ERNOUT, *Recueil des textes latins archaïques*, Paris, C. Kinksieck, 1916, p. 115. *Textes epigraphiques: leges duodecim Tabularum*. Tabla I, con cuatro preceptos: *<<rem ubi pacunt, orato>>*, citando las fuentes de autores clásicos.

con remisión a un texto de Festo[70], mientras que también precisa cómo los litigantes en la *causae coniectio*, *causam coiciunto*, hacen un resumen del contenido de su disputa o causa.

Es doctrina compartida por los estudiosos romanistas que el simple pacto en Roma no genera acción[71], sino que ordinariamente se protege mediante excepción[72], lo cual no implica que deje de nacer, del acuerdo celebrado, una obligación natural, aunque a partir de la jurisprudencia republicana, con desarrollo en la clásica, y en la normativa legislativa imperial, la Compilación justinianea, asumió la diversidad de protección de los pactos conforme a su celebración, como pactos vestidos, o desnudos, añadidos a los contratos de buena fe, o celebrados con independencia de los mismos[73].

Una de las grandes aportaciones del Derecho canónico consistió en el reconocimiento del carácter vinculante del pacto, para exigir su cumplimiento mediante la acción oportuna[74], que es el planteamiento asumido por el Derecho regio de Castilla, Recopilación 5, 16, 2, comentándolo algunos juristas tan relevantes como Juan de Orozco[75], el placen-

70. Cf. FESTO 296: <<*pacionem antique dicebant quam nunc pactionem dicimus*>>.

71. Cf. T. CARLEVAL, *hispanus*, *Disputationes iuris variae ad interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, et illis similium, tam ex Iure neapolitano, quam ex utroque Communi, civili et Canonico. De Iudiciis, tomus prior. Complectens titulum primum de Iudicibus et eorum legitima potestate*..., Lugduni, sumpt. Laurentii Anisson, 1668, p. 226.

72. Cf. P. BARBOSA de LUNA, *Commentarii ad interpretationem tituli FF. De iudiciis*, Francofurti, sumpt. W. Endteri, 1650, p. 41: <<*Certum est, quod quamvis pactum nudum non producat actionem, tamen parit exceptionem, &igitur nuda, utique in terminis lex si convenerit, nulla ex partibus cogetur stare praedictae conventioni, et tamen propter pactum excipere poteris. Ibid., p. 259: Pactum nudum vestitum cohaerentia contractus obligat efficaciter... iudex contractus contra eum procedere poterit &proinde*>>

73. *Vid.* por todos, además de las voces de la PW, NNDI y ED, y los principales manuales de *Derecho privado romano*, A. d' EXÉA, *Pactorum liber unus*, Lugduni, apud Seb. Gryphium, 1552. Un autor que muestra la evolución histórica, desde Roma, J. M. ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, Universidad, 1995.

74. X 1. 15. 1. <<*Pacta quantumcunque nuda servanda sunt*>>. Ex concilio Africano (del concilio Carteginense del 348 d. C.... *pax servetur, pacta custodiantur. Vid.* por todos, WERNZ, Francisco Xav., *Ius Decretalium, t. III. Ius Administrationis Ecclesiae Catholicae. Pars prima*, altera editio emendata et aucta, Romae, typ. Polyglota, 1908, pp. 228-251, cuya exposición comienza: <<*Praeter vim privatam, qua quis legitime praevenire potest iudicium, etiam per pacta lites impediuntur, aut si iam ortae sint, tolluntur*>>. *Ibid.*, p. 228. Al referirse a los efectos de los pctos, mientras en Derecho Romano los pactos desnudos no generaban acción en juicio u obligación civil, disfrutando en el fuero externo de algunos efectos, añade: <<*At ex iure canonico omnino videtur existere actio etiam ex pactis nudis. Nam* cap. 1 et 2 X. 1. 15, *pacta nuda dicuntur observanda et opere complenda. Ergo leges ecclesiasticae assistunt pactis nudis; sed pactis, quibus lex assistit, conceditur action. Idem igitur videtur asserendum in foro ecclesiastico*>>. Ibid., pp. 249-250.

75. Io. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum commentarii. Duo hi tomi, in priores integrosque Digestorum duos libros sunt*, Salmanticae, in aed. Andreae a Portonarijs, 1558, cols. 798-800: <<*Iure canonico secus esse (obligationem non parit, unde videlicet actio oriatur), crebrior opinio est, et quam doctores utriusque iuris tam antiqui, quam recentiores magis sequuntur... Et receptius est, ut pacti nudi executio in foro seculari per viam denuntiationis evangelicae peti possit... constat apud nos, expressius quam apud Pontificios, ex pacto nudo actionem produci...*>>.

tino-civitatense Juan Gutiérrez[76], además del también placentino Alfonso de Azevedo[77], entre otros, sin olvidar la protección directa otorgada a la transacción[78] en el Derecho patrio, a tenor de lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá, título XVI, ley única[79], y Recop. 4, 21, 4-5[80], que es título suficiente para la vía ejecutiva[81].

Domingo de Morató, en el siglo XIX[82], recuerda que la célebre ley única, título 16 del ordenamiento de Alcalá, trasladada literalmente a Nov. Recop. 10, 1, 1, declara que los

76. J. GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium. Super prima parte Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae, liber III, IV et V*, Antuerpiae, apud Petrum et Ioannem Belleros, 1618, pp. 301-302, partiendo del texto literal castellano de la norma Recop. 5, 16, 2, *quaestio* 97: <<que en qualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar a otro, quede obligado, pareciendo que se quiso obligar por contrato o en otra manera...>>,

77. A. de AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae regias Constitutiones*, t. III, *Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Lugduni, apud fratres Deville, 1737, pp. 418-421: <<*Jure canonico oritur actio et obligatio ex pacto nudo*: cap. 1 *Extra de pactis: nihil enim tam naturale est, quam quod fides servetur et pax custodiatur, a quo nostram legem (secundam*, Recop. 5, 16) *habuisse ortum et principium videtur, nam iuxta communes ibi doctorum sententias jure canonico ex pacto nudo oritur actio et obligatio, et firmatur etiam ex texto in lege juris gentium &igitur nuda* ff. *De pactis, ubi Oroscius hanc crebriorem firmat opinionem authorum utriusque iuris... et Antonius Gomez... et Didacus Perez... et* Villalobos>>. El texto de la ley es claro: <<*Qualitercunque constiterit aliquem se velle obligare, remanet obligatus nulla admissa exceptione... hoc disponit lex haec, quae singularis est, et in scholis et judiciis quotidie versata, et plurium jurium et ambagium jure optimo correctoria*>>.

78. Si en el Derecho posclásico romano, la transacción fue un contrato innominado, que generaba obligaciones exigibles a través de la *actio praescriptis verbis*, Juan de Orozco, en el siglo XVI, recuerda que es una especie de pacto, y consiste en un acuerdo <<sobre una cosa dudosa y litigio incierto>>, diferenciándose del pacto, porque no es gratuita. J. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum*..., o. c. col. 957.

79. <<Paresciendo que quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algun contracto, o en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos a quienes se obligò, e non pueda ser puesta excepción que no fue fue fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades de derecho... mas que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e façer contracto con el!>>. Que pasó a Recop. 3, 5, 7. Cf. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I... *El Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, imp. de La Publicidad, 1847, p. 450.

80. *Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo... que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la última impresión se han publicado por... Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, por C. de Barrio y Angulo y D. Díaz de la Carrera, 1640, fols. 350v-351v:<< IV. *Que se executen... y en las transacciones*. V. *Que las confessiones... trayan aparejada execucion*>>.

81. Cf. T. CARLEVAL, *hispanus, Disputationes iuris variae ad interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae*, o. c., pp. 49-50: <<*Iuxta iura Castellae executio fit non solum virtute sententiae diffinitivae in rem iudicatam transactae, sed etiam vigore instrumentorum publicorum, arbitrorum, transactionum confessionum, aut chirographorum recognitorum, iuxta leges 1 y 2 quae vocatur lex Toleti, leges 4, 5 y 6 titulo 21 libro 4 Recop. et ad eas late scribit Azevedo in veteri Ordinamenti leges 4 y 5 titulo 8 libro 3 Ordinamenti, quas commentatus est copiose Didacus Perez ex col. mihi 1064. Scripsit latissime Rodericus Suarez in repetitione legis post rem iudicatam ff. de re iudicata, notabili 1 et seqq. Et in declaratione leges Regni, Parladorio ley 2 Rerum quotidianarum c. finali part. 1 per 2. Paz in praxi 1 tomo 4 part. Cap. 1. Rodriguez Tractatus de executione c. 1. Hevia Volaño in Curia Philip. 2 parte ex &2 ad 7. Villadiego in sua Politica cap. 2 ex numero 1. Monterroso in Practica tractatus 3. Qui plene tractant de iis, quae illo iure paratam executionem habent.*>>

82. D. R. DOMINGO de MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, t. II, Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1868, pp. 274-275.

pactos y convenciones hechos seria y deliberadamente constituyen obligaciones firmes, sea cual fuere la forma en que resulta que uno haya querido obligarse, por lo que ha cesado prácticamente la división entre obligaciones civiles y obligaciones naturales, cuya fuente ordinaria más copiosa eran los pactos, según el esquema del Derecho Romano[83].

Una interpretación muy personal de la norma decenviral, que estudiamos, es la que hace Ulrico Zasio, seguido por Charondas[84]. La reconstrucción del fragmento original, por parte del humanista suizo Zasio no deja lugar a dudas, al entender que las partes se explican oralmente en el comicio respecto de sus planteamientos singulares, y en el mismo tiene lugar el posible acuerdo, faltando el cual se pasa al foro, en el que ya se produce una declaración sintética de la controversia, mientras están presentes ambas partes litigantes[85]: «8. *Rem ubi pagunt, oratione pagunt in comitio: at in foro ante meridiem causam coniicito...*».

Ludovico Charondas[86], jurisconsulto parisiense, en su comentario a las Doce Tablas, reproduce las fuentes utilizadas por Zasio, y después de asumir que la forma antigua en Latín del verbo *paco*, es la de *pago*, afirma que la ley decenviral dispone, en este precepto, que cuando los contendientes exponen sus respectivos puntos de vista, pueden llegar a un pacto sobre la materia, con lo cual se acaba la controversia, aunque no especifica ni su alcance, ni su respaldo por el magistrado, o bien si los sujetos que litigan explanan ampliamente sus posiciones en el comicio, lugar al que concurrían todos los ciudadanos, incluidos los que habitaban fuera de la *Urbs*. Si no terminó con pacto la divergencia entre partes, se pasa al foro, donde los litigantes hacen ante el juez una exposición, sumaria y en síntesis, del objeto litigioso, de modo que el *iudex* pronunciará su fallo después del mediodía, a favor de la parte que esté presente; no obstante, si ambos litigantes siguen en el lugar, el juez pronunciará su sentencia antes de oscurecer el día:

Et lex ita statuit, cum rem tractant sive de re paciscuntur, oratione conveniunt in comitio, id est, quae praestari volunt lingua nuncupant in eo loco, in quem convenire solebant etiam ii qui extra urben degebant: Sed in foro in quo ius redditur causa coniicienda est, et breviter, ac quasi per iudicem (sic) iudici exponenda, qui post meridiem praesenti litem addicet: quod si ambo praesentes sint, Solis occasus ultima et suprema sit tempestas.

La tercera y última interpretación de la Tabla I,6, a la que aludimos inicialmente,

83. D. R. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano...*, o. c., pp. 301 y ss.: Convención es el consentimiento de dos o más personas para dar, hacer o no hacer, y prestar alguna cosa, por lo que exige: 1. Dos o más personas hábiles para celebrarla. 2. Cosas o hechos que constituyen materia u objeto legítimo de la misma y 3. Consentimiento verdadero de entrambos contrayentes acerca del objeto del contrato, y por consiguiente que esté fundado en alguna causa, y que esta sea justa. A diferencia de la transacción, *ibid*., pp. 455-462, que es una <<decisión convenida no gratuita de cosa dudosa>>, siendo sus requisitos. 1. Que las dos partes se den, cedan mutuamente algún derecho, o prometan la entrega de alguna cosa. 2. Que verse sobre cosa o materia que pueda calificarse de dudosa, lo cual tiene lugar siempre que sobre la misma no haya recaído una sentencia que haya obtenido autoridad de cosa juzgada.

84. U. ZASIUS, *Catalogus legum antiquarum... cum adnotationibus...* L. CHARONDAS, *Leges XII Tabularum... et aliorum antiquitatis doctissimorum commentariis restitutae*, Lutetiae, apud G. Cavallat, 1555, fol. 146v.

85. *<<Ex libro 2 Rhetoricorum ad Herennium. Aulo Gellio lib. 17 cap. 2. Macrobio lib. 1 Saturnalia cap. 3. Censorino de die natali cap. 19. Sed quid si comitium Festus explicat>>.*

86. L. CHARONDAS, *Ad leges duodecim tabularum, liber singularis,...*, o. c., fol. 184rv.

entiende que debe intervenir el juez en el pacto inicial, que cierra la controversia suscitada entre los litigantes, aunque en la segunda parte de esa normativa decenviral, es necesario que se pase a una exposición posterior de la causa ante el juez, *ni pacunt... ante meridiem*[87] *causam coiiciunto*, es decir, si no hubo pacto antes de mediodía, para dar cauce a la fase *apud iudicem*, de modo que ambas situaciones temporalmente no son simultáneas, ni coincidentes, sino sucesivas.

Análisis de la regla jurídica, por parte de los estudiosos de los dos últimos siglos

Siguiendo la interpretación de Riccobono[88], es preciso tomar como punto de partida el texto en su tenor gramatical, y en el mismo se habla de *pactum*, y su carácter obligatorio, en cuanto vinculante para el que hayan celebrado los litigantes libremente, ya que como tal lo encontramos en las Noches Áticas, de Aulo Gelio, 17, 2, 10: «*Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: 'rem.... cuicito*»[89], sin olvidar que los antiguos utilizaban el verbo *pago*, a veces, en lugar de *paciscor*, tal como refiere Cicero II *ad Herennium*.

Quintiliano 1, 6[90], que no deja de ser un retórico, identifica el pacto celebrado con la confesión de la parte demandada: «*Si confessum, non poterat ibi esse quaestio. Transibam ergo ad responsum partis alterius, idem intuebar: nonnumquam etiam, quod inde obtinabatur, confessum erat. Ubi primum coeperat non convenire, quaestio oriebatur. Id tale est: 'occidisti hominem': 'occidi'. Convenit, transeo*», lo que en castellano equivaldría a lo siguiente: «Si se confesaba el hecho, no podía haber allí cuestión de litigio. Por tanto, pasaba a la respuesta de la parte contraria, y hacía la misma consideración: a veces se confesaba también lo que a partir de ahí se objetaba. Pero tan pronto como empezaba a no haber acuerdo, aparecía la cuestión en litigio. Esto ocurre así: mataste a un hombre - lo he matado. Está de acuerdo, y doy el paso siguiente.»

Consideraciones desde la Filología

Conforme a la interpretación de Alfonso Ortega, algunos ponen este caso en un grupo

87. PLINIO, *Naturalis Historia* 7, 60, 12: ... En las Doce Tablas solo se nombran el orto y el ocaso, unos años después se añadió también el mediodía, que proclamaba un heraldo de los cónsules, cuando desde la Curia veía el sol entre los Rostros y la Grecóstasis; al declinar el astro desde la columna Menia hasta la cárcel, proclamaba la última hora, pero esto sólo en los días serenos, hasta la Primera Guerra Púnica. PLINIO EL VIEJO, *Historia Natural, libros VII-XI*, trad. de E. del Barrio Sanz y otros, Madrid, Gredos, 2003, p. 113.

88. S. RICCOBONO, *Fontes Iuris Romani antejustiniani, pars prima. Leges, iterum edidit*..., Florentiae, apud S. A. G. Barbèra, 1941, p. 28: Tabla 1, 6. *Rem ubi pacunt, orato*. Nota: *Rethorica ad Herennium* 2, 13, 20. Ibid., p. 29, nota.

89. M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, vol. I, reimpr. De la ed. de Leizig 1883, Darmstadt, Scientia Verlag Aaelen, 1966, p. 696: <<II.1. *Rem, ubi pacunt, orato... Auct. Ad Her. II, 13, 20: pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, orato; ni pagunt etc. cuicito... Orato*: Festo 198 b, 23>>.

90. M. F. QUINTILIANI, *Institutiones Oratoriae libri XII*, pars tertia, libros VII-IX continens, trad. y comentarios de Alfonso Ortega Carmona, en Quintiliano de Calahorra. Obra completa. En el XIX Centenario de su muerte, ed. bil., latín-español, t. III, Salamanca, UPSA, 1999, pp. 16-17, VII, cap. 1, 6.

de controversias, en el que no hay argumento alguno que pueda conseguirse desde la ley misma, sino en el que la pregunta solamente se puede plantear acerca de aquello sobre lo que versa el litigio jurídico[91], lo cual, por otra parte, es propio del sistema procesal romano desde la etapa de las Acciones de la Ley, donde se establece la doble fase, *in jure* y *apud judicem*, correspondiendo al magistrado la concesión o denegación de la acción, mientras que el juez analiza hechos, para pronunciar su fallo.

Procediendo al análisis del aforismo moderno, o regla jurídica de las XII Tablas, concentrado en tres términos: *Res, pacunt,* y *orato*, el filólogo que ha tratado de valorar el significado de cada uno de ellos, en base a los amplios conocimientos de las fuentes clásicas, ha sido José Guillén[92], quien no duda en estudiar monográficamente la tabla I, 6: *Rem ubi pacunt, orato*, desde una triple perspectiva: las fuentes del precepto, la redacción de la regla, con la búsqueda de su inicial expresión, y el alcance jurídico de la misma[93].

En el primer aspecto, punto de partida es la *Rhetorica ad Herenn*. 2, 13, 20: «*Facta sunt, quae legibus observanda sunt hoc modo: rem ubi pacunt orato; ni pacunt in comitio aut in foro, ante meridiem caussam coicito*», matizando que en Riccobono se utiliza «*cuicito*», y por parte de Mommsen: «*coiciunto*».

Respecto al *rem ubi pacunt*, deja constancia que en Jacques Godefroy se inserta previamente «*endo via*», lo que permite a ciertos autores hablar del pacto en el camino al proceso. Prácticamente todos los estudiosos del Código decenviral incorporan el *uti*, salvo Bouchaud, y la mayoría de los autores de la Edad Moderna redactan *pagunt* en lugar de *pacunt*, como vemos, entre otros, según constata Guillén, en «Haubold, Locella, Merula, Laya, Hotomanus, Contius, Casati, Gneist, Ortolan, Lipsius[94], Rosinus, y Laya», dejando la duda, entre la C y la G, Rittershusius[95].

El verbo *pacere*[96] lo encontramos en dos reglas diferentes, 1,6 y 8, 2. Se trata de un verbo arcaico, que conserva las dos formas *pacit* (Tabla 8, 2), y *pacunt* en esta materia[97].

91. M. F. QUINTILIANI, *Institutiones Oratoriae libri XII*, pars tertia, libros VII-IX continens, trad. y comentarios de Alfonso Ortega Carmona..., o. c., p. 115.

92. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*. Tesis doctoral mecanografiada. Ponente, catedrático Dr. Antonio Tovar Llorente. Sign. USAL. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Salamanca. T. D. 27.

93. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*..., o. c., pp. 107-108.

94. Esta es la reconstrucción del texto según J. LIPSIUS, *Leges regiae et leges decemvirales*, Francofurti, apud Ioan,. Wechelum, 1587, fol. s. n. vr: XXXII. <<*Rem ubei pagunt, oranto. Nei pagunt, ante meridiem in foro aut in comitio causam coniiciunto. Post meridiem praesenti ambobus litem addicito...*>>.

95. Un humanista español que estudia parte los preceptos de la Ley de las XII Tablas, sin aludir a nuestra regla, es A. AGUSTIN, *De legibus et senatus consultis liber. Adiunctis Legum antiquarum et Senatusconsultorum fragmentis, cum notis Fulvi Ursini*, Romae, ex typ. Dominici Basae, 1583, pp. 260-266: en materia procesal, refiere algunas de las disposiciones de las XII Tablas con comentarios, como <<*si calvitur, aut status dies cum hoste, solis occasus, ante meridiem causam conicito, cum perorant ambo praesentes. Post meridiem... solis occasus,..., Si in ius vocat... arceram ne sternito,* sin olvidar *morbus sonticus* y *aeris confessi*>> con la ejecución, y su comentarista Fulvio Ursino,, pp. 8-12, en preceptos muy concretos, pero sin referirse al *rem ubi pacunt orato.*

96. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*..., o. c., pp. 398-399: *Pacunt (pacit)* 1, 6; 8, 2

97. Cf. F. HOTOMANUS, *Operum*, t. II, Lugduni, exc. haer. Vignon et Jac. Stoer, 1599, cols. 5-6: *De pactis*, D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano libro 4 ad ed.: <<*A pactione. Iampridem docui legendum esse, pacione, a verbo paco: ut in XII Tabulis. Ni cum eo pacit. Item alio loco, uti pacunt. Certe pacis nomen non a pactione, sed a pacione potius duci constat*>>.

De él se formaría *pacio -onis*, conforme señala Festo 296, 35: «*pacionem antiqui dicebant quae nunc pactionem dicimus*, y la raíz es la misma de *pax* y *pacisco*»r[98].

Nuestro fragmento está conservado en *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 20, donde se añade un aspecto que resulta del mayor interés, aunque sea tardío y fruto del mundo extrajurídico: «*Sunt item pacta quae sine legibus observantur ex conventu, quae iure praestare dicuntur*», y suele expresarse jurídicamente: «*Si qui inter se pepigerunt, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit.*»[99]

Por último, un sector de intérpretes asume el término *orato*, pero algunos utilizan *oranto*, como vemos en Justo Lipsio, mientras que Francisco Hottmann utiliza la expresión *oratione pagunt*, Contio la de *orati*, y Teodoro Marcilio, junto a Konrad Rittershausen, han preferido la de *ratum esto*.

Entiende Guillén[100], que el vocablo *orato* de esta norma pertenece a un grupo de palabras que designan el hecho de pronunciar algo con un carácter solemne, así como una fórmula ritual: una plegaria o un discurso. Se trata de un término de la lengua religiosa y jurídica, advirtiendo que, por ello, tiene estos dos sentidos: *orare deos* = dirigir plegarias a los dioses. *Multa deos orans* (como vemos en Virgilio, Eneida 9, 24; 7, 446 y 10, 96), y el de *orare litem* o *causam*: «defender un pleito, una causa», bien con el complemento, que en este caso sería el pacto alcanzado por los litigantes, bien absolutamente[101].

Existe controversia acerca del significado de *orare*, en el precepto decenviral, porque mientras los romanistas hispanos de nuestro tiempo, citados al inicio de la exposición, hablan del significado «proclámese»», sin matización por parte de quién debe hacerlo, y resto de las circunstancias de esa pronunciación pública, lingüistas latinos, como Festo[102], lo identifican con el de *agere*, o con *conicere*, según Nonius Marcellus[103], en correspondencia con el momento procesal que tenía lugar ante el magistrado, o fase *in iure*, tal como vemos en las Instituciones de Gayo 4, 15[104]: «*cum ad iudicem venerant, antequam*

98. Sobre si hay que escribir *paco* o *pago*, lo explica Terencio Scauro, *De Ortographia*, p. 2253.

99. *Vid.* AULO G*ELIO*, *Noct. Att.* 17, 2, 10. José Guillén aporta el texto de Prisciano, *De Arte Grammatica* 10, 5, 32: *<<Antiqui 'pago' quoque dicebant pro paciscor (citans ex Cicerone): pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo, 'rem ubi pagunt orationi (sic libri) pagunt">>*.

100. J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*..., o. c., pp. 397-398: *Orato*, 1, 6.

101. Los latinos hicieron de *orare* el verbo denominativo de *os, oris*, citando como fundamento a Varrón *De Lingua Latina* 6, 76; Festo, p. 193, 23 y Cicerón *De republica* 2, 7, 13. Esta etimología popular es la que propone también San Isidoro: *<<Orator ab ore vocatus, a perorando nominatus, is et dicendo: nam orare dicere est>>*, y mientras que en 6, 19, 59 *orare est petere*, de modo que en su obra se hallan los dos sentidos, religioso y jurídico, que los modernos atribuyen a este verbo.

102. Festo, 199: *<<Orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt quod et oratores, et i qui nunc quidem legati, tunc vero oratores, quod reipublicae mandatas partis agebant; Ennius quoque cum dixit in libro I Annalium: 'Face vero quod tecum precibus pater orat'... orare antique dixerunt pro agree. Unde et oratores causarum actors, et oratores, qui nunc legati, quod reipublicae mandata peragerent>>*. SEXTI POMPEI FESTI, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, ed. Q. M. Lindsay, Lipsiae, B. G. Teubneri, 1913, reimpr. Hildesheim 1965, pp. 218-219.

103. NONIUS MARCELLUS, p. 183: *coicere, 'agere'*.

104. "Cuando vinieran ante el *iuder*, previamente a que alegaran ante él acerca de la causa, solían exponer el asunto en forma breve y sumaria, lo cual se llamaba *causae coniectio* o resumen de la causa, es decir, como si se tratara de reunir su causa en breve". A di PIETRO, *Gaius. Institutas. Texto traducido, notas e introducción por*..., La Plata, Librería Jurídica, 1967, p. 283.

apud eum causam perorarent, solebant breviter et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae coniectio». De modo similar es utilizado por el Pseudo Asconius in Verrem 2, 1, 26: «*ut ad iudicium venirent, denuntiabant. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur 'causae coniectio', quasi causae suae in breve coactio*».

Tres son los términos sobre los que se asienta nuestra regla jurídica del siglo V a. C.: en primer lugar, *res*, ampliamente utilizada en las fuentes romanas y con diverso alcance, uno de cuyos significados consiste en identificar la controversia que se ha formulado en un proceso[105]: *iudex apud quem res coepta est*: D. 5, 1, 49 pr. Paulo libro 3 resp.; *res, quae in iudicio est*: D. 5, 1, 31. Celso libro 27 dig.; *rem in iudicium deducere; res quaerenda commissa praetori*: D. 2, 15, 8, 17. Ulpiano libro 5 de omn. tribun.; *De re cognoscere*: D. 2, 4, 5. Ulpiano libro 5 ad ed.; *cum res aguntur*, Gyo II, 279.

El segundo es el de *pacere*, que da origen a la noción de *pactum*, como acuerdo de voluntades entre dos sujetos[106]: *pactum est duorum consensus atque conventio*: D. 50, 12, 3 pr. Ulpiano libro 4 disput., y D. 2, 14, 1, 2. Ulpiano libro 4 ad ed.: *Est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*, sin olvidar que *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*: D. 2, 14, 38. Papiniano libro 2 quaest., y D. 2, 14, 7, 8. Ulpiano libro 4 ad ed. *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam.*

El tercero es *orare*, con los dos significados que hemos expuesto, hablar de la cuestión litigiosa o exponer la controversia, equivalente a *dicere*[107], como vemos en *causas orare*, en relación con la actividad Servio Sulpicio Rufo, jurisprudente de finales de la República y precursor de la escuela de los Sabinianos: D. 1, 2, 2, 43. Pomponio lib. sing. enchir. y C. Iust. 2, 7, 9. Impp. Honorio y Teodosio a Apolonio pp. año 442: *nec causas orare denuo quadam prohibeatur invidia*, pero también solicitar o pedir, C. Iust. 3, 14, 1, 1. Imp. Constantino a Andrónico, año 334: con cuya súplica se puede dar origen posteriormente al proceso: «*Quod si pupilli vel viduae aliique fortunae iniuria miserabiles iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere*», o también con el significado de orar, en sentido religioso: C. Th. 9, 45, 4 pr. Teodosio y Valentiniano a Antíoco, prefecto del pretorio. 23 de marzo del año 431.

Berger[108], apoyándose en un fragmento ulpianeo, reconoce que el término *res* puede indicar tanto el litigio o causa como un derecho, aunque en este caso se trataría del primero de los dos significados: «An interpretative rule by Ulpian says: the term *res* comprises both *causae* (legal relations, judicial matters) and *iura* (rights): D. 50, 16, 23. The inclusion of the vague term *causae* renders this sayins likewise indefinite. With ref-

105. Cf. H, HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 511, s. v. res, e) Rechtsfache, Rechtsstreit.

106. Cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 400, s. v. Pacisci: 1) in allgemeinen.

107. Cf. H, HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1914, p. 396, s. v. *Orare*: 1) mundlich vortragen, verhandeln.

108. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 676, s. v. res.

erence to judicial trials, res means both the object of the controversy (*qua de re agitur*) and the litigation itself.»

Por lo que se refiere a *orare*, equivale a exponer el litigio ante un juez[109], mientras que con el de *pactum*[110], aplicado en Derecho Romano tanto para los contratos como para obligaciones nacidas del delito, se trata de una composición entre ofensor y víctima, que lleva en Derecho clásico a una transacción con la persona que ha sufrido el daño, excluyendo por lo mismo la posibilidad del ejercicio de la acción penal, de tal manera que, en ocasiones, el pacto sirve para extinguir la obligación: «The agreement (*placitum*) and consent of two or more persons concerning the same subject (*in idem*): D. 2, 14, 1, 2. In the law of obligations *pactum (pacisci*) is used in the broadest sense, both with regard to contractual and delictual obligations. With regard to the latter, *pactum* referred to a composition between the offender and the person injured by the wrongdoing (*delictum*) and still in classical law a transaction with the person damaged excludet the availability of the pertinent penal action (en caso de hurto la *actio furti*, en caso de iniuria la *actio iniuriarum*). In such cases the *pactum* produced the extinction of an obligation».

Ruiz Castellanos[111] reconoce como probable que los fragmentos conservados respondan al sentido de la ley, y parcialmente a su vocabulario, pero no tanto a su expresión fonética y gramatical primigenia, como sería la primitiva forma gráfica C por un valor fónico de G[112], *pacunt* por *pagunt*, lo que denota una antigüedad de al menos el siglo III a. C.; también en la sintaxis, es arcaica la expresión de la impersonalidad, mediante el uso de la tercera persona, como sería *pagunt*[113].

Admitiendo como válida la redacción del precepto, *rem, ubi pagunt, orato*[114], que el latinista español traduce libremente: «Se podrá defender sin más su derecho cuando existan pactos»[115], explica el alcance de cada uno de los términos de la regla decenviral, a partir del *rem*, que en su criterio equivale a derecho, interpretación errónea, ya que en Roma no había derechos subjetivos sino situaciones de hecho protegidas procesalmente, aunque más adelante matiza, «lo que se juega en un pleito, por lo que se pleitea», lo cual equivale a pretensión o causa, que es más acorde con su contenido jurídico[116].

La frase «*ubi pagunt, orato*», en su criterio, es el «espacio-temporal y condicional», es decir, «cuando lo hubieran convenido si es ése el caso», de modo que asume un significado preciso pero sin precisar el lugar de su celebración, a diferencia de otros intérpretes, lo cual corresponde con bastante fidelidad al precepto de que disponemos.

109. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*..., o. c., p. 610, s. v. *orare causam: Causas dicere* (p. 383): <<To plead the causes of others before the courts as an advocate), *causam perorare* (To argue the case before the judge)>>.

110. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*..., o. c., p. 614, s. v. *pactum*.

111. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas. o. c.*, pp. 9-10.

112. A. RUIZ CASTELLANOS, Antonio, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., pp. 15-16.

113. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., p. 17.

114. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., p. 58 y nota con fuente en *Rhetorica ad Herennium* 2.13.20 y algunas propuestas de variantes.

115. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., p. 59.

116. Al estudiar el término *pagunt*, orienta su discurso sobre el aspecto fonético y gráfico, poniendo su atención en *pacunt* y *pangunt*, con remisión a diversos códices y fuentes, que ya hemos constatado anteriormente.

Más problemático es lo relativo a *orato*, que Castellanos[117] traduce por «se podrá intervenir», matizando que es un «imperativo como garantía legal de un derecho subjetivo, no como obligación», inexistente en el sistema de las *Legis Actiones*, y difícilmente concebible en el siglo V a. C., lo que no impide que nos adhiramos a su explicación en la falta de correspondencia entre el verbo citado, en singular, y *pacere* en plural, porque es impersonal[118].

Como hemos advertido, el latinista moderno que con mayor rigurosidad ha examinado el texto decenviral ha sido José Guillén, con su tesis doctoral redactada bajo la dirección de Antonio Tovar, algunas de cuyas aportaciones hemos referido más arriba. En la reflexión intelectual sobre *El Latín de las XII Tablas*, impresa por la revista *Helmantica*[119], diez años después de la defensa de su tesis doctoral, comienza por reseñar los fragmentos conservados de la Ley romana, citando en la tabla I.6 como redacción más segura: *rem ubi pacunt, orato*, para analizar a continuación diferentes aspectos verbales y sintácticos[120].

Uno de los tiempos verbales más utilizado en el Código del siglo V a. C. es el imperativo[121], con diferentes formas: el de presente, para encargos inmediatos y actuales, y el de futuro, para siempre y para todos, prevaleciendo este último, con órdenes positivas, en las que se manda hacer algo, como es la regla I.6, *orato*, y otras negativas.

Al tratar de la semántica utilizada, después de referir ampliamente los diferentes significados del término *causa*, especialmente en la lengua jurídica[122], como a) título o derecho, b) situación jurídica, c) defensa de una de las partes, d) proceso, pleito en justicia, controversia o acción en justicia, como sería su contenido en Tabla 1.7, *causam conicere* o resumir la causa, además de e) agravio, acusación, f) responsabilidad y g) la presentación de los hechos o la apreciación jurídica, sin oposición a *res*, estudia los tres términos que más interesan en la regla estudiada.

Pacunt[123], utilizado en I, 6 y 8, 2, viene de *pacere*, que es un verbo arcaico, del que se conservan las dos formas, *pacit*, y *pacunt*, en nuestro precepto, aportando los

117. A. RUIZ CASTELLANOS, *Ley de las Doce Tablas*...., o. c., pp. 105-106.

118. El significado que Festo asigna a *orare*, como *agere*, (Festo 219 y 235: *antiqui dixerunt*) concuerda plenamente con el sistema procesal romano del *Ordo iudiciorum*, ya que permite acudir al juicio para hacer valer una situación de hecho, a través del órgano jurisdiccional.

119. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 341-401; 19 (1968) 43-111 y 193-246; 20 (1969) 67-103. En este último proporciona el contexto del código decenviral y lleva a cabo una enumeración de todas las ediciones históricas conocidas del texto de las XII Tablas, y aporta amplísima bibliografía.

120. A propósito del «*cum peroranto ambo presentes*», expone la doble morfología, *cum ambo sint praesentes, peroranto*, o *tum peroranto, cum ambo sint praesentes*, aunque esta forma cambia sustancialmente respecto del sujeto, porque en la primera serán los litigantes, mientras en la segunda los oradores, separándose de la regulación procesal romana cuando afirma que «por el hecho de ser citado a juicio, perdía su personalidad y tenía que obrar por un *vindex*», aunque es correcto al diferenciar *la causae coniectio*, de la exposición total del conflicto o *causae peroratio*, de modo que la primera sería obra de las propias partes «en una especie de careo delante del magistrado». J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 352-355.

121. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 18 (1967) 370-373.

122. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 60-63.

123. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 95.

testimonios de la grafía y redacción, tomados de Terencio Scauro y de la *Rhetorica ad Herennium*, así como de Prisciano, de modo que mientras el primero, de los dos últimos, habla de «*sunt item pacta quae sine legibus observantur ex conventu, quae iure praestare dicuntur*», en Prisciano se indica textualmente: «*pacta sunt quae legibus observanda sunt hoc modo 'rem ubi pagunt...*».

Orato[124] pertenece a un grupo de palabras que designan el hecho de pronunciar algo con un carácter solemne, así como una fórmula ritual, una plegaria o un discurso, viniendo utilizado tanto en la lengua religiosa como en la jurídica[125], según indicamos más arriba. Por ello, *orare litem* o *causam* equivale a defender un pleito o causa, bien con complemento o bien absolutamente, reiterando la cita de Festo p. 193, 23, según la cual los oradores dan testimonio que «*orare antiquos dixisse pro agere*», y San Isidoro, en sus Etimologías 10, 195 reconoce que «*orator ab ore vocatus, a perorando nominatus, is et dicendo: nam orare dicere est.*»

En cuanto a la expresión utilizada por la Ley de las XII Tablas, es preciso señalar que el estilo de las proposiciones ordinarias sigue el esquema habitual: sujeto, determinantes del mismo, complementos circunstanciales del verbo, complementos directos, adverbios y verbo, y es el que aplican en nuestro fragmento[126], sin olvidar la elipsis del verbo *sint* en «*ambo praesentes*»[127]. Por lo que respecta al orden de las proposiciones con cláusula, se aplica la proposición secundaria primero y a continuación la principal: *rem ubi pacunt*, *orato*[128], anotando un eco de palabras en Tab. 1, 6-7[129], ya que en el primero dispone *ubi pacunt*, y el segundo comienza «*ni pacunt*».

La característica de la sintaxis, al tratarse de una legislación, contiene frases independientes y cortadas, con su manifestación concisa y elíptica, siguiendo el modelo griego, especialmente ateniense. Si el modelo sintáctico ordinario es sujeto, complemento y verbo, con alguna oración subordinada, en nuestra regla aparece un sujeto indeterminado[130], en tercera persona del plural, y referido de manera general a todos los ciudadanos. También encontramos una subordinada temporal[131], en la cual la prótasis está en presente de indicativo, mientras el apódosis es futuro de imperativo: *rem ubi pacunt, orato*, sin olvidar que en la expresión del tiempo de un hecho, sin matíz consecutivo, el presente con *ubi*[132] expresa una acción pasada que permanece, y no se termina hasta que finalice la acción de la otra proposición, como ocurre con nuestra regla decemviral.

124. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 94.

125. En el mismo sentido que A. ERNOUT – A. MELLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, Paris, C. Kicksieck, 1932, p. 680, *s. v. oro*, en el que advierten los dos significados, religioso y jurídico: «plaider une cause», absolutamente, *ars orandi*, o con un complemento, *litem, causam*.

126. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 229.

127. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 230.

128. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 235.

129. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 241.

130. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 194-197.

131. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 224.

132. J. GUILLÉN, «El latín de las XII Tablas», *Helmantica* 19 (1968) 225.

Análisis de la norma decemviral por la romanística más reciente

Johnson – Norton y Bourne tienen una idea muy precisa de su interpretación de la Tabla I,6 ya que sostienen que tiene lugar antes de iniciarse el proceso[133], «When the parties agree on the matter the magistrate shall announce it», aunque, en relación con su contenido, aludan más que a un pacto-transacción a una confesión del demandado, reconocida ante el magistrado y proclamada por este, si bien los autores citados hablan de juicio del magistrado, respaldando el acuerdo de las partes[134]:

The view taken in the text is that this statute refers to confession in court (confession in iure), es decir, the defendant's admission of the plaintiff's claim – a simple way to end a lawsuit[135]. Then the magistrate gives judgment accordingly[136].

But the sentence may mean surrender in court *(in iure cessio)*, es decir, the defendant instead of making a counterclaim, when asked by the magistrate whether he claims that which is in dispute, either answers negatively or is silent- an instance of fictitious or collusive litigation, to which Table VI, 6 refers. Then the magistrate awards the disputet thing to the plaintiff.

Para Ortega[137], el *pacit*, al que aluden las XII Tablas, es una forma del arcaico verbo *pacere*, por lo que *pactum* o *pactio* significaba transacción, y equivalía a conclusión de paz, si bien la transacción era potestativa de las partes.

Levy-Bruhl[138], al estudiar la Tabla I,6 sostiene que, el día señalado, los litigantes deben encontrarse ante el juez, para aportarle los elementos de su decisión. Según la regla de las XII Tablas, *rem ubi pacunt orato*, es preciso distinguir dos hipótesis: aquella en la cual las partes están de acuerdo sobre el lugar del proceso, y otra diferente, que implica la celebración de un acuerdo sobre la disputa entre ambos litigantes, con el que concluye la disputa. En el primer caso tendrá lugar el juicio, sin importar dónde, porque ya está convenido, pero en ausencia de acuerdo, la audiencia se celebrará en el comicio o en el foro, lugares situados muy cerca el uno del otro, en el centro de la vida social de la ciudad. Se busca evidentemente dar al proceso el máximum de publicidad.

Luzzatto[139], analizando el desarrollo de la fase *in iure* del proceso de las *Legis Actio-*

133. A. Ch. JOHNSON – P. R. COLEMAN-NORTON – F. C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes*. A translation with introduction, commentary, glossary, and index, Austin, University of Texas, 1961, p. 9: Table I. Proceeding Preliminary to Trial. 6.

134. A. Ch. JOHNSON – P. R COLEMAN-NORTON – F. C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes*..., o. c., p. 13, nota 9.

135. La opinión adoptada en el texto es que este estatuto se refiere a la confesión en un tribunal (confessio *in iure*), es decir, la admisión del demandado de la reclamación del demandante, una forma sencilla de poner fin a una demanda.

136. Es decir, estos autores interpretan que, si el demandado no se opone, habrá una in *iure cessio*, si en lugar de hacer una reconvención, cuando el magistrado pregunta al reo si se opone a la pretensión del actor, y responde negativamente o mantiene silencio, como si fuera una instancia de oposición ficticia, porque entonces el magistrado otorga la causa al demandante. Algunos estudiosos aportan otra traducción del fragmento: <<When the parties agree on preliminaries, each party shall plead (or the case shall be pleaded)>> = Cuando las partes acuerdan los preliminares, cada parte deberá alegar su respectiva posición sobre la materia, o el caso se defenderá.

137. A. ORTEGA CARRILLO de ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga, Universidad, 1988, p. 42.

138. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, pp. 206-207.

139. G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile romana. Parte II. Le legis actiones*. Dalle lezioni tenute nell'Università di Pàdova.

nes, entiende que presentes ambas partes ante el magistrado, estas realizan los actos y pronuncian las fórmulas solemnes prescritas por la ley, que supervisa el magistrado, a fin de que se cumplan sus prescripciones, de modo que esta actividad, del órgano jurisdiccional, se limitaría a un control sobre la legalidad de los actos realizados, evitando que llegaran a la violencia privada. Cabía que el demandado reconociera el fundamento de la pretensión del actor, *confessio in iure*, o que renunciase a su propia defensa, *indefensus*, o no se defendiera *uti oportet*, pero en estos casos concluye con la *addictio magistratual, «che atribuisce l'oggetto in contesa o la persona del convenuto all'attore»*, aunque también podía defenderse frente a la pretensión del actor, y entonces se produce el *accipere iudicium*. Durante la primera etapa de actividad de los litigantes[140], «cabe que las partes lleguen a una transacción (*rem ubi pacunt, orato*), pero si no se produce, el proceso debe tener lugar en el comicio o en el foro, a falta de acuerdo entre las partes», con lo cual interpreta dicho precepto decemviral como el acuerdo de fondo sobre la causa.

Una de las reflexiones sobre el alcance de la norma decenviral, que aglutina el análisis filológico con el contenido romanístico relativo al proceso más antiguo viene formulada por Carlos Gioffredi[141], quien resume las posiciones doctrinales más próximas[142], y dedica su atención especial a tres términos del precepto, aunque examina en su exposición tres versículos de la Tabla I, 6-9, aportando su interpretación personal: *pacunt* = encuentro de voluntades, propuesta y aceptación, que crea vínculo entre las partes[143]; *orare* = *agere*, con el significado de exponer, recitar de modo oral, e incluso debatir la causa ante quien debe pronunciarse, para lo que es preciso una reclamación formal[144]; y, *rem* = en general la causa, el caso la razón, pero en este texto legal el objeto de la controversia o causa judicial[145].

Pone el acento en que la norma legal, a través del *pacere*, trata de evitar al deudor los riesgos que soportaría, en caso de celebrarse el juicio[146], afrontando el mismo con sus posibles penas procesales. Pero también asumir la ejecución, que puede terminar con la venta *trans Tiberim* o la pena de muerte, aunque desde la posición del acreedor que reclama su crédito también puede ser beneficioso el acuerdo logrado con su deudor, ya que

Anno Accademico 1947-48, Bologna, C. Zuffi, 1948, pp. 295-301.

140. G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile romana. Parte II. Le legis actiones*..., o. c., p. 331.

141. C. GIOFFREDI, «*Rem ubi pacunt orato*: *XII Tab. I, 6-9 (*per la critica del testo decenvirale*)»,* en *BIDR* 15 (1973) 271-294.

142. Según Gioffredi, algunos estudiosos, como Luzzatto, Levy-Brühl, y dubitativamente Giovanni Pugliese, se refieren a un acuerdo entre las partes ante el juez, que el romanista italiano rechaza como nada plausible, argumentando a lo largo de su trabajo. Otros, como Max Kaser, hablan de acuerdo sobre el lugar elegido para el juicio, interpretación nada asumible a tenor de las fuentes romanas. El análisis más ajustado a la redacción del texto decenviral, y mayoritaria en la doctrina, implicaría que hubo transacción sobre el objeto del litigio, en la que intervienen las dos partes contendientes, pero en virtud del *orare,* se expresa que se ha logrado un acuerdo, que debe ser pronunciado "autoritativamente", que es la opinión defendida por este jurista, aunque desde su punto de vista hay presencia del juez, lo que no compartimos, porque si hubo acuerdo previo, no existe argumento alguno para la presencia del órgano judicial. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., p. 274.

143. Solo más tardíamente tiene el significado de *conventio*. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., p. 272.

144. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., p. 273.

145. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., p. 289.

146. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., p. 279

en la venta ulterior a través de la ejecución podría obtener menos utilidad del alcance de la deuda que reclamaba procesalmente.

En su opinión, la *pactio* tenía lugar en la fase in iure del proceso, y no previamente a la misma, de modo que el acuerdo alcanzado entre los contendientes sería pronunciado por el magistrado, quien sanciona la conciliación entre las partes, haciendo operante la *pactio*, «definiéndola él mismo o disponiendo su definición a través de un árbitro" (*sic*), circunstancia que no se acredita del tenor literal del fragmento»[147].

El romanista más moderno que ha estudiado con amplitud y rigor el contenido de las XII Tablas ha sido el italiano Nicosia[148], a través de una monografía específica sobre esta materia, poniendo en discusión todas las hipótesis posibles, tanto lingüísticas como doctrinales, y señalando los fundamentos en los que se sostienen los criterios formulados a nivel de interpretación normativa[149].

Pone de manifiesto[150] que no se puede hablar de *iurisdictio* magistratual en tiempos de las XII Tablas, tal como hoy la conocemos, con el triple poder y función del *do, dico y addico*, ya que la *addictio* de Tab. 1, 8 se refiere al juez, mientras el *iudicium* tiene lugar ante un juez privado, lo cual es asumido por la generalidad de los estudiosos modernos.

Entiende Nicosia, compartiendo el punto de vista de gran número de investigadores, que las reglas de la Tabla I, preceptos 6-9, constituyen un bloque normativo unitario, comenzando por *Rem ubi pacunt orato*[151], aunque entendemos que cada precepto tiene su propia sustantividad, si bien fueron formulados para un régimen legal complementario[152].

Después de asumir que no es precisa ninguna puntuación interna en el precepto, anota que el acusativo de *res* exige precisar de qué verbo depende, puesto que hay dos, *pacunt* y *orato*, valorando ambas posibilidades, como objeto del primero o del segundo, ya que ello condiciona evidentemente la respuesta al significado que puede asignarse al mismo.

En cuanto al *ubi*, adverbio cuyo significado preciso y propio, natural, conforme a su

147. C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato*..., o. c., pp. 282 y 292-293.

148. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. I. Le origini. Corso di Diritto romano*, rist., Torino, G. Giapichelli, 1986, pp. 69-77.

149. Comienza por recordar algo que es suficientemente conocido y compartido por todos, según lo cual el término *ius* no puede asumir el significado de "derecho", ni en sentido objetivo, o *norma agendi* o conjunto organizado de normas, equivalente a ordenamiento jurídico, ni en sentido subjetivo o *facultas agendi*, que presupone la existencia y reconocimiento de un sistema normativo estructurado, que reconociendo y tutelando la pretensión subjetiva la eleva a derecho en sentido subjetivo, sino que en su criterio, al final de su evolución, en el origen, aunque no lo compartimos porque es uno de sus diversas acepciones, tendría un significado "locativo", para indicar el lugar donde se desarrollaba el proceso. *Ius* tendría más tarde, en origen, un significado procesal, indicador del rito o esquema a emplear en el juicio, por lo que *in iure* equivalía a conforme al procedimiento establecido, que exigía ritos o esquemas rituales, aunque ya en las XII Tablas comienzan a emerger los valores sustanciales de *ius*, en las reglas *ita ius esto*.

150. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. I. Le* origini..., o. c., pp. 164-181.

151. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale. Corso di Diritto romano*, rist., Torino, G. Giappichelli, 1986, pp. 67-127.

152. Después de citar las fuentes clásicas, en las que se apoya su reconstrucción, matiza que puede ser discutible la puntuación y la división en períodos, así como la repartición en reglas, con su respectiva numeración, e incluso «al limite la stessa attribuzione alla Tavola I». G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*..., o. c., p. 69.

interpretación, es el locativo de «dónde», no obstante, reconoce que podría, abstractamente considerado, asumir otro valor semántico, como temporal o causal, lo cual cambiaría sustancialmente la interpretación de la regla.

Por lo que se refiere al verbo *pacunt*, tercera persona del plural del indicativo de presente, del antiguo verbo *paco* (o *pago*, según Scauro y Prisciano), equivalente al *paciscor*, no admite dudas acerca de su significado: significaba pactar, o llegar a un acuerdo.

Queda por aclarar, en la regla estudiada, quiénes son los sujetos entre los que se produjera el acuerdo, según el precepto, y cuál fuese el objeto del mismo[153]. Por lo que concierne al primer punto, es indudable que se trata de los litigantes, sujetos de *pacunt*, si bien no puede excluirse que en la celebración del acuerdo pudieran además intervenir otras personas, como podría ser el juez. Respecto al segundo punto, parece claro que la solución de la determinación del objeto del acuerdo está estrictamente ligada a la solución del problema sintáctico: dependerá si *rem* debe considerarse, o no, como objeto de *pacunt*.

Finalmente, en cuanto al *orato*, imperativo de *orare*, pueden formularse dos enigmas: en primer lugar, qué actividad se indica con el verbo *orare*; en segundo lugar, si *rem* es objeto de *orato*, a quien se dirige este imperativo singular, que en la práctica sería quién es la persona que deba desarrollar dicha actividad.

Consecuentemente, de las cuatro palabras de que se compone el precepto, solamente una tendría cierto su significado, a pesar de su forma arcaica: *pacunt*. Punto de partida es la hipótesis de que se ha llegado a un acuerdo sobre algo, aunque esa previsión se vincula estrictamente con la disposición inmediatamente posterior, *ni pacunt*, o lo que es lo mismo, si no tuvo lugar el acuerdo. Son dos proposiciones simétricas, que en criterio de Nicosia deben interpretarse conjuntamente, lo cual puede interpretarse de diferente manera, ya que una es la secuencial y otra la derivada.

Nicosia refiere sumariamente y con precisión los dos principales planteamientos que ha seguido la doctrina del último siglo. En una primera interpretación, defendida más recientemente por romanistas tan relevantes como Gioffredi, MacCormack, Behrends o Archi, entre otros[154], el acuerdo se refiere al objeto de la controversia, de modo que sería un pacto de transacción del litigio, que haría desaparecer la acción procesal intentada.

La segunda interpretación, defendida por prestigiosos estudiosos del proceso romano, como Luzzatto, Lévy-Bruhl, Pugliese, Kaser y Wolf, entre otros[155], dicho acuerdo se refiere no al fondo del asunto debatido entre las partes, sino al lugar en el que debía desarrollarse el proceso.

Es evidente que la interpretación que se atribuya a *pacunt* en la norma condiciona la que se asigne al *ni pacunt* de la ulterior. En la primera de las dos interpretaciones antes referidas, el *pacere* hace alusión a la composición del litigio, de modo que *ni pacunt* trata de regular el supuesto de que no se llegue a una transacción, en cuyo caso se sigue el proceso, y perentoriamente se fija, como posible, la actividad en el comicio o en el foro, además de señalar el tiempo de su desarrollo (*ante meridiem*) y la actividad que se realiza (*causam coicere*).

153. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 70.

154. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 72, nota 52.

155. G. NICOSIA, , *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 72, nota 53.

Conforme a la segunda interpretación, si se llega a un acuerdo sobre el lugar de desarrollo del proceso, este podría hacerse en el lugar acordado, pero si no hubo acuerdo, tendría lugar en el comicio o en el foro.

Con el primer criterio interpretativo, *rem* es objeto de *pacunt*, y objeto proléctico, en opinión de Bherends. Afirma Nicosía, "en la práctica es como si se leyera *ubi rem pacunt*"; la expresión *rem pacere* aludiría a una transacción sobre la pretensión, a un acuerdo que tiene por objeto el fondo de la controversia[156].

Por último, *orato* identificaría una pronunciación solemne, la cual se realizaría por un magistrado jurisdicente, cuya existencia se da por asegurada. A pesar de esta presuposición en la interpretación que exponemos, es la actividad que resulta de mayor complejidad y transcendente, pero también más enigmática en cuanto al sujeto.

En criterio de Nicosia, aunque esta construcción no parece imposible, sin embargo, es forzada, porque desde su punto de vista resulta más lógico unir *rem* a *orato*, dado que no rompe el nexo entre *ubi* y *pacunt* «che in efetti si presenta come il più sicuro di tutto il contesto.»

El romanista italiano encuentra dificultad interpretativa en el significado de *ubi*, con un contenido temporal, con implicaciones causales, «después que», o «en consecuencia del hecho que», porque, desde su punto de vista, si damos a *ubi* un valor locativo, no se concluye, con fundamento, en la posterior intervención del magistrado, que es el meollo de solución para este planteamiento. Behrends, en criterio singular, cree que *ubi* no indica el lugar establecido por el acuerdo, sino el lugar donde tenía lugar el acuerdo, para llegar a la conclusión de que en cualquier lugar en el que se produjo el acuerdo, incluso extrajudicialmente, debía el acuerdo ser reconocido por el magistrado, por lo que se identificaría *ubi* por *ubicumque*.

Nicosia estima que el *orato* no se refiere a un pronunciamiento, pero aporta la reserva, «si bien no puede excluirse». Como hemos indicado, en su opinión, el punto más difícil de asumir radica en la atribución del mismo a un supuesto magistrado jurisdicente, al que correspondería la actividad indicada con el *orato*, concluyendo que el resto de la construcción doctrinal interpretativa, formulada por este sector doctrinal, «non può considerarsi insostenibile»[157].

Como apoyo fundamental, que respalda esta hipótesis interpretativa, está el fragmento de Gayo D. 2, 4, 22, 1. Gai 1 ad leg. duod. Tab. «*qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendum est: si quis eius personam defendet (*el *vindex)*, de Tab. I,4, *et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit*» (Tab. I, 6) (si hubo transacción). Parece incuestionable que este jurisconsulto estaba comentando los preceptos de la primera Tabla, en relación con la *in ius vocatio*, y se puede observar cierto paralelismo en la hipótesis de la *transactio,* concluida *dum in ius venitur,* equivalente al *pacere* de nuestro fragmento decemviral.

156. Respecto al adverbio *ubi*, algunos autores le asignan un significado temporal, aunque Archi, en opinión singular, lo interpreta <<después que>>.

157. La transacción se realizaría antes de llegar al magistrado jurisdicente, aunque ello hace suponer que en las XII Tablas ya existía este magistrado, de modo que la hipótesis prevista es la del pacto sin que interviniera dicho magistrado. Puesto que este no estaba presente en el pacto-transacción, debería suponerse que el *orato* o pronunciamiento solemne debía realizarse o bien por el actor, que Gioffredi rechaza como poco probable, o por el juez, que el citado romanista excluye.

En opinión de Nicosia[158], a consecuencia del pacto celebrado, entendido como transacción, el actor renunciaba formalmente a proseguir el procedimiento contra el *in ius vocatus*, manifestando la falta de correspondencia con las reglas precedentes, que aluden a la actividad del actor[159], además de rechazar de plano que se atribuya el pronunciamiento a un supuesto magistrado jurisdicente, sin descartar que el pacto tuviera lugar ante el juez, elegido por las partes y ante el cual se desarrollaría el *iudicium*.

Entiende el romanista italiano, que la norma, *rem ubi pacunt orato*, debería leerse *ubi rem pacunt orato*, de modo que esta primera hipótesis interpretativa podría admitirse con el siguiente significado: dónde (es decir, en el lugar en el que) han llegado (obviamente los litigantes, y eventualmente el *iudex* también) a una composición transactiva de la controversia, venga hecha (por el actor, o bien por el *iudex*) un pronunciamiento (para proclamar formalmente que tuvo lugar esa composición y no prosecución del procedimiento). *Ubi* tendría valor locativo, y consecuentemente la proclamación de la transacción se haría en el lugar donde se produjo, mientras la prosecución del procedimiento habría que realizarla en el comicio o en foro.

El segundo criterio de interpretación[160], *pacunt-ni pacunt*, identificativo del lugar en el que se desarrolla el proceso, asumido como mejor criterio por parte de Nicosia, *rem* es objeto de *orato*, adquiriendo la norma el siguiente significado: la actividad del *rem orare* tiene lugar donde las partes han acordado según el pacto (*ubi pacunt*). El *ubi* tiene significado locativo y, desde su punto de vista, la frase quedaría mejor sintácticamente, incluso en su aspecto sustantivo, porque no se referiría a la transacción del fondo del asunto, ni al desarrollo del proceso, sino a la falta del mismo.

El proceso tendría lugar donde acordaran las partes, pero, a falta de acuerdo, se desarrollaría en el comicio o en el foro, y eso por imperativo legal. Consecuentemente, el *orato*, cuyo objeto es la *res*, se refiere sustancialmente a la actividad de prosecución del proceso, la cual se celebraba oralmente, mediante el uso de palabras. Para algunos defensores de esta hipótesis interpretativa, la actividad referida por el *rem orato* sería la del *iudex*, dirigida a tratar la causa y resolver la controversia, lo que vendría a realizarse donde lo acordaron las partes, e incluso el mismo juez.

Con este enfoque, el significado más simple y natural de la norma, para el romanista italiano, cuya doctrina referimos, es el siguiente[161]: prescribía al actor, que inició el procedimiento con la *in ius vocatio*, y al que se dirigen los mandatos precedentes, contenidos en la Tabla I, de «*agire*», para hacer valer su pretensión, llevando adelante la controversia -(*rem orare* en el sentido de *rem agere*, que no de *rem dicere*)-, en el lugar establecido en el acuerdo con su adversario; faltando el acuerdo entre los litigantes, la disposición posterior, estrictamente conexa con ella, imponía al actor desarrollar la actividad en el comicio o en el foro.

El término *orato*[162] puede ser referido como alusivo a una actividad realizada por un órgano jurisdicente, e indicio de su presencia ya en las XII Tablas, lo cual no está respal-

158. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 77.

159. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 78.

160. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 79 y ss.

161. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 81 y ss.

162. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, p. 86.

dado por el resto de las fuentes normativas que conocemos, ni tiene apoyo en la crítica histórica. No obstante, en la primera interpretación propuesta, el acuerdo, entendido como transacción sobre el fondo del asunto controvertido, aludiría a un pronunciamiento atribuible, con mayor probabilidad, al actor, y eventualmente al *iudex*.

La segunda forma de entender el fragmento, como acuerdo relativo al lugar de la controversia, *orato* no puede referirse al actor, al que se imponía la carga del impulso procesal, es decir, llevar adelante la controversia, -*rem orare* en el sentido de *rem agere*-, en el lugar acordado, si hubo tal acuerdo, *rem ubi pacunt orato* y, a falta de acuerdo, el lugar fijado legislativamente, *in comitio aut in foro*, que es una proposición autónoma, cuyo verbo sobreentendido sería *orato*. La *causae coniectio*[163] era realizada por los litigantes y tenía lugar ante el *iudex*, antes de pasar a la *peroratio*, consistiendo en una exposición breve y sumaria, como una primera información de la controversia al juez.

La *in ius vocatio* decemviral[164], según la doctrina dominante, aparece como una fase precedente, que está fuera del verdadero y propio inicio del proceso, y es considerada como una actividad extrajudicial[165]. La intervención del magistrado jurisdicente es fruto de un desarrollo histórico, y la precedente actividad, ajena al control magistratual, quedó como preparatoria. En las XII Tablas no hay todavía la escisión del proceso en *fase in iure* y *apud iudicem*, y el *in ius vocare* significaba llamar a la disputa judicial, con la eventual facultad al particular de constreñir al adversario, (incluso con el uso "formalizado" de la fuerza física), para que asumiera la disputa, de modo que esta actividad formalizada era indicativa del inicio del proceso; con ella se entraba *in ius*, mediante la actividad de los litigantes.

Coherente con este planteamiento, la norma decenviral previene que en prosecución de una formal instauración del procedimiento (*in ius vocatio*), la actividad debe continuar, si no en un lugar fijo, más tarde será el tribunal del pretor, en un lugar público, y en particular, salvo diverso acuerdo de las partes, si se admite esta interpretación del *ubi pacunt* de la Tab. I, 6, en un ámbito delimitado (*in comitio aut in foro*), que se correspondía con la zona del territorio urbano en la que se aseguraba la mayor participación de ciudadanos, y consecuentemente el control de la comunidad.

No obstante, creemos que se trata de una interpretación menos fundada que la primera, ya que el término *res* significa normalmente la controversia, y es complemento directo de *pacunt*, de modo que el *ubi*, asumiendo un posible valor temporal, con implicación causal, significa el acuerdo que pone fin a la disputa, de donde deriva que no pueda seguirse más tarde una acción sobre ese asunto, quedando la duda respecto de quien haría la proclamación del acuerdo-transacción: el actor o el *iudex*, que debería intervenir

163. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, pp. 87 y ss.

164. G. NICOSIA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale..., o. c.*, pp. 242-243.

165. En la Edad Moderna, al tratar del juicio, es de interés la doctrina de J. B. COSTA, *De iudiciis theorico praxis, hoc est, tractatus compendiosus*, Venetiis, apud Kac. A. Somaschum, 1610, p. 24: *<<Iudicium dicitur iustum ex animo, ex causa et ex ordine, cum iudicium dicatur habere principium, medium et finem. Illud a litis contestatione: medium usque ad conclusionem in causa; finis post conclusionem in causa usque ad sententiam>>. Ibid.*, p. 25: *<<ratione formae, aliud sit iudicium ordinarium, aliud extraordinarium, quando proceditur sine figura iudicii. A fine et effectu, dividitur iudicium in publicum et privatum. A materia, aliud sit civile, aliud criminale, aliud mixtum. Aliud universale, tutela, curatela, herencia, etc. aliud particulare. A causa, aliud sit seculare, aliud ecclesiasticum. Aliud ordinarium, aliud delegatum>>.*

a falta de acuerdo, con examen del fondo de la pretensión, entendiendo, desde nuestro punto de vista, que este último sería el encargado de anunciarlo, máxime si ha estado presente durante ese pacto, que es el significado más probable del precepto.

Vigencia del precepto decenviral en la LECiv hispana del año 2000

Este fragmento de las XII Tablas enuncia un principio procesal, según el cual las partes son dueñas de la pretensión y pueden eludir el fallo judicial mediante un acuerdo-transacción, que debe pronunciarse por el órgano jurisdiccional, está respaldado legislativamente en nuestro Derecho histórico, y actualmente se plasma, por ejemplo, en el art. 19 de la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000[166], en la rúbrica genérica que se intitula «Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones», en la que se incluyen la transacción, el desistimiento, la renuncia y el allanamiento, junto a otros supuestos, que dan lugar a la finalización del conflicto, mediante auto o sentencia, pero sin que se hayan realizado las diversas fases del normal desarrollo del procedimiento:

> 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia.

Recuerda Faustino Cordón[167], que se trata del principio dispositivo que ha estado vigente, con carácter general, en nuestro ordenamiento, y hoy tiene fundamento constitucional, tal como reconocen diferentes STS, como la del 17 abril de 2001: «nuestro derecho... se encuentra gobernado por el principio dispositivo de las partes sobre el objeto del proceso, en el sentido de que son dueñas del derecho material que se discute en el mismo, quedando los órganos jurisdiccionales vinculados a sus pretensiones.»[168]

166. Ley 1/200, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento civil.

167. F. CORDÓN MORENO – T. ARMENTA – J. J. MUERZA ESPARZA. – I. TAPIA FERNÁNDEZ, coord., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., vol. I, arts. 1-516, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 338 y ss.

168. Cf. A. M. LORCA NAVARRETE, en V. GUILARTE GUTIÉRREZ – A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, t. I, pp. 223-230; J. A. XIOL RÍOS, coord., *Enjuiciamiento civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Las Rozas, Sepín, 2008, pp. 232-236; J. BANACLOCHE PALAO, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, coord. por A. de la Oliva Santos y otros, Madrid, Civitas, 2001, pp. 116-118: comentarios del art. 19 de la LECiv*; Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cinco años de vigencia*, 2ª ed..

Los litigantes disponen de la pretensión, aunque como indica la ley no es posible dicha transacción en los procesos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, dejando abierto el camino de la transacción en aquellos procesos relativos a derechos e intereses pertenecientes a la libre disposición de las partes en conflicto[169].

La transacción[170], regulada en el art. 1809 del CC[171], puede ser extrajudicial «que es la que se realiza fuera del proceso e influye en éste, bien evitando que se plantee, bien sirviendo de base a un desistimiento, renuncia o allanamiento que pone fin al mismo», y la judicial, que aparece en el 19.2 de la LECiv., realizada dentro del proceso y homologada judicialmente, que pone fin al mismo. Ambas están sometidas a los mismos requisitos.

La transacción tiene efecto novatorio, tanto la judicial como la extrajudicial, y sustituye una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida. La transacción judicial puede alcanzarse dentro del proceso, como una de las actividades del mismo (art. 415), o ser concertada por las partes y presentada ante el Juez, que esté conociendo del litigio, para que sea reconocida y homologada por el mismo (19.2). Su consecuencia inmediata consiste en la terminación del proceso, y según el CC tiene la eficacia de cosa juzgada, efecto que, según el art. 1816 CC, comparte con la extrajudicial, sin perjuicio del oportuno recurso[172].

Consideraciones finales

Concluimos con las palabras de Pérez y López, al clasificar en 1862[173] las leyes de las XII Tablas en tres clases. Situa nuestra regla entre aquellas que «son verdaderos principios de Derecho admitidos hoy en todos los códigos, y sirven para admirar el

en AA. VV., Comentarios concordados a cada artículo de la LEC, Las Rozas, La Ley, 2006, pp. 79-81.

169. *Vid*. J. GARBERÍ LLOBREGAT – J. M. TORRES FERNÁNDEZ – L. CASERO LINARES, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 2ª ed. ampl. rev. y compl. Actualizada a la legislación vigente, t. 1. Arts. 1 a 247 LEC, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 238-250.

170. F. CORDÓN MORENO, y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*..., o. c., pp. 342-345.

171. Art. 1809 del Cc: <<La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Una sentencia del TS de 6/11/1993, entiende que hay transacción en un acuerdo, a pesar de que las prestaciones reales corrían a cargo de una sola de las partes en conflicto "ya que el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones>>.

172. Este criterio no es unánime en la doctrina, como vemos en M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS – J. M. RIFÁ SOLER – J. F. VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1 al 280, Barcelona, Iurgium, 2000, pp. 260-265: <<aunque está muy extendida la creencia de que la transacción produce efectos de cosa juzgada, conforme al art. 1816 CC, se trata de una creencia sin fundamento, pues esa referencia, que no se limita a la transacción judicial, sino también a la extrajudicial, no puede ser entendida en ese sentido. Por lo general se entiende que el legislador no ha querido hacer referencia con esa expresión propiamente a los efectos de cosa juzgada, sino que una forma de hacer referencia a la eficacia vinculante del acuerdo transaccional, lo que no excluye la posibilidad de que el mismo pueda ser atacado en un ulterior proceso por vicios en el consentimiento. El efecto esencial de la transacción judicial es que lo acordado puede llevarse a efecto por los trámites de la ejecución de la sentencia>>.

173. J. PÉREZ y LÓPEZ, o. c., p. 40.

adelantamiento de un pueblo que ya entonces los había consignado como tales.»

Merced a estas reglas se produjo el progresivo desarrollo del Derecho civil romano, porque, en criterio del entonces doctorando madrileño[174], se trata de «verdaderos aforismos jurídicos, fórmulas breves, precisas y sentenciosas, que se graban en la memoria y se retienen con facilidad, se generaliza su conocimiento, porque el ciudadano las repite a cada momento, en la plaza pública y en el seno de la familia, en cuyo seno las matronas las hacen aprender a sus hijos», aunque, como afirma Cicerón, en su tiempo ya nadie las conocía. No obstante, no existe caso de olvido para nuestro precepto decemviral, por su plena vigencia incluso en el derecho procesal actual.

En el siglo XVI, el eminente humanista hispano Antonio Agustín, al comentar el Derecho canónico[175], insistía en algunos axiomas básicos para actuar en los supuestos de controversia, incluso en el ámbito eclesiástico, recordando el deber prioritario de impulsar la composición o acuerdo entre las partes que tienen una disputa, sin cuya transacción podría terminar en un contencioso, puesto que en el capítulo V, afirma: «*studendum est episcopis, ut dissidentes fratres magis ad pacem, quam ad iudicium coërceantur*», y en el noveno: «*studendum est Episcopis, ut dissidentes fratres, sive clericos, sive laicos ad pacem magis quam ad iudicium cohortentur*»[176], siempre en aras de que se aplique indefectiblemente el valor de la justicia, incluso si el juez viera que debe retractarse de un fallo precedente, por injusto[177].

Algunas normas de las XII Tablas castigaban, entre los delitos, al que se dejaba corromper recibiendo dádivas, o dándolas al juez o al testigo[178], además de la pena capital

174 J. PÉREZ y LÓPEZ, o. c., pp. 54-55.

175 A. AGUSTÍN, *Iuris pontificii veteris Epitome, in tres partes divisa. De personis, de rebus et de iudiciis*, Parisiis, sumpt. M. Soly, M. Guillemot et G. Alliot, 1641. *Pars tertia, De iudiciis, liber* XXIX, *de actionibus*, tit. I, *laus iustitiae*. p, 1: cap. I: <<*Turpe est me hoc defendere, quod prius mihi non constiterit iustum esse: quia ego homines propter iustitiam diligo, non autem iustitiam propter homines postpono*>>. Cap. IV. Prov. 13, Psalmo 105: <<*Scriptum est: Iustitia elevat gentem, iniustitia vero miseros facit populos, et Psalmista: Beati qui custodiunt iudicium, et faciunt iustitiam in omni tempore*>>. Ibid., p. 2: titulo II, cap. 1: «*Praecipimus, ut Episcopi ad pacem firmiter tenendam mutuum sibi consilium et auxilium praebeant; neque alicuius amicitia, aut odio praetermittant*».

176 Otros principios aplicables serían, según AGUSTÍN, Antonio, *Iuris pontificii veteris Epitome..., o. c.*, p. 9, cap. 14: <<*maius periculum est iudicantis, quam eius, qui iudicatur. Unde unicuique providendum est, ne aliquem iniuste iudicet, aut puniat*>>. Titulo 18, cap. II, p. 14: «*Nullae causae a iudicibus ecclesiasticis audiantur, quae legibus non continentur, vel quae prohibitae esse noscuntur*».

177 A. AGUSTÍN, *Iuris pontificii veteris Epitome..., o. c.*, p. 14, cap. VI: «*Grave non oportuit videri cuiuscumque retractari iudicium: quia veritas exagitata saepius, magis splendescit in luce; et pernicies revocata in iudicium gravius, et sine poenitentia condemnatur; nam fructus divinus est, iustitiam saepius recensere*»..

178 Entiende Mommsen que entre los delitos procesales, castigados en Roma, estaba no solamente pronunciar un fallo injusto, a sabiendas, sino "proponer al juez que aceptase dádivas o aceptarlas este para dar o no dar un determinado fallo", así como corromper a un testigo mediante dádivas o aceptarlas éste para resolverse a prestar una declaración falsa. T. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976, p. 422. Falchi, al tratar de las falsedades judiciales, expresa los «tipos» que engloba este delito, entre los que están los de recibir dinero para dar un falso testimonio, o corromper al juez, conforme a D. 12, 5, 2, 2; D. 48, 10, 1, 2 y 48, 10, 21. G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (I singoli reati)*, Padova, R. Zannoni, 1932, pp. 170-171.

impuesta al testigo falso[179].

Juan de Orozco[180], en la centuria del siglo de Oro hispano-salmantino, dentro de los teólogos-juristas, recuerda una experiencia personal ocurrida, en las aulas universitarias del entonces Estudio más prestigioso del mundo, durante las votaciones de los alumnos, que debían testificar ante el juez escolástico en aras de la provisión de las cátedras, ya que su adscripción debía hacerse por méritos y cualidades personales, que reunieran los aspirantes, que no por precio y actuación corrupta de los interesados, de modo que los que procedían de este último modo, dando o recibiendo dádivas, debían tener miedo no solo a la pena de la gehenna, sino a la de la infamia, como estímulo para que mantuvieran puras sus manos, a la hora de emitir su voto:

Mihi haec memoria dignissima certe visa sunt, ut ij saltim admoneantur, qui non virtute meritisve, sed pretio et corruptis favitoribus, in nostris scholis ambiunt. Nam et testes esse scholasticos, dum suffragia ferunt, plusquam notum est. Caveat igitur quisquis is est, quam gehennae metus non terret, et poenae infamiaeque saltim suprascriptae metu aut a dando, aut ab accipiendo manus abstineat, quae in his vel maximae purae servandae sunt.

Málaga, 20 de noviembre de 2021.

179 Conforme a la Tab. 8, 23, *qui falsum testimonium dixisse*, sería condenado a la pena de muerte, ejecutada arrojando al delincuente desde la roca Tarpeya, tal como recoge AULO GELIO, *Noctes atticae* 20, 1, 53. T. MOMMSEN, *Derecho penal romano..., o. c.*, p. 419, 571-572 y 578. Como indica Ortega, esta pena había desaparecido en tiempos de Aulo Gelio, al comenzar el Principado. A. ORTEGA CARRILLO de ALBORNOZ, *De los delitos y de las sanciones en la Ley de las XII Tablas...*, o. c., p. 77. Recordaba Mommsen, que a finales de la República, prestar un testimonio falso de mala fe, era castigado con las penas previstas en la Ley Cornelia *de falsis*.

180. Io. OROSCIUS, *Ad responsa prudentum..., o. c.*, col. 79, sobre el falso testigo.

Pacta Sunt Servanda. Un principio del Derecho Romano subsistente en el Derecho argentino actual

German Giarrocco[1]

1. Universidad Católica Argentina, Universidad de Buenos Aires.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la pervivencia del principio Pacta Sunt Servanda en el Derecho argentino actual.

En tal sentido, en Digesto 2.14.7.7, Ulpiano afirma que: «Dice el Pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos.»[2]

Asimismo, en Digesto 19.2.21, explica Javoleno «...que la Buena Fe exige que se haga lo que se convino...».[3] Esto nos demuestra lo estrechamente entrelazado que está el principio de Pacta Sunt Servenda con el principio de la Bona Fides.

Al respecto, es pertinente contextualizar que el hombre romano tenía un gran apego por cumplir con su palabra empeñada, por lo que la génesis de este principio radica en la propia forma de ser y de interactuar en la Roma de antaño.

Asimismo, el cumplimiento de la palabra empeñada como criterio rector, importa un presupuesto mínimo y necesario para garantizar el tráfico jurídico en concordancia con la mentalidad netamente práctica de los romanos, como así también para garantizar la seguridad jurídica que también fue un concepto desarrollado en Roma.

Siguiendo a Garrido Gómez: «Como una derivación necesaria del concepto aportado de obligación, se consideraba tradicionalmente que el principio *Pacta Sunt Servanda* requiriese a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida era individual de calidad personal, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, estimada como comportamiento debido frente a las responsabilidades provenientes de las obligaciones nacidas del pacto concertado.»[4]

Este principio no solo es un criterio rector en materia de Derecho Civil y Comercial, sino que también se emplea en Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público, Derecho a la Integración entre otros. No obstante, solamente me limitaré en el presente estudio a desarrollar su existencia y aplicación en el Derecho Romano para luego comprender su recepción en el Derecho Civil Argentino.

En el Derecho argentino, dicho principio fue receptado originalmente en el artículo 1197 del Código de Vélez, el cual reza: «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.»[5]

Posteriormente, mediante Ley 26.994 que aprobó el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuyo artículo 959 se estipula el mismo principio de la siguiente manera: «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido

2. D. I. GARCIA DEL CORRAL, Cuerpo de Derecho Civil Romano, Tomo I Digesto, Barcelona, Jaime Molinas Editor, Tomo I, Digesto, pág. 277.

3. D. I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano, Tomo I Digesto,* Barcelona, Jaime *Molinas Editor, Tomo I, Digesto*, pág. 958.

4. M.I. GARRIDO GÓMEZ, «Lo que queda del Principio Pacta Sunt Servanda», *Derecho y Cambio Social*, ISSN-e 2224-4131, 2011, Pág. 4

5. Código Civil (Ley Nacional Nº 340 y modificatorias) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm (última consulta realizada el 26/10/2021).

sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.»[6]

En efecto, se trata del mismo principio que fue receptado desde la redacción del primer Código Civil y continua hasta nuestros días sin perjuicio del cambio de redacción que obedece a los movimientos doctrinarios actualmente imperantes, lo cuales tienen por premisa simplificar la redacción de las leyes mediante el empleo de vocablos de uso coloquial, por oposición al estilo de redacción propiamente técnico-jurídico de Vélez Sarsfield.

Sin perjuicio de lo expuesto, con la llegada del Estado Benefactor se evidenció la excepción *Rebus Sic Stantibus* en la excesiva onerosidad sobreviniente.

Afirma al respecto Garrido Gómez que «el cambio se materializa en que el principio evidencia la autonomía del poder económico, no la de los individuos, como ocurría antes. Este principio, que en circunstancias normales tiene plena justificación, quiebra con la llegada de la globalización al conducir a consecuencias excesivamente gravosas para algunos de los sujetos. Razón por la que la doctrina, la jurisprudencia y la política legislativa han intentado buscar la solución apropiada, dando un fundamento jurídico a las facultades de revisión o resolución del contrato tan difíciles de coordinar con la regla primeramente expuesta. Intentar mostrar la debilidad del *Pacta Sunt Servanda* es algo que no cuesta gran esfuerzo porque las excepciones son muy numerosas. Pero, entre las que se han puesto en práctica más habitualmente, destacan aquellas que pretenden justificar la modificación del contrato en la cláusula sobre entendida *Rebus Sic Stantibus*, en la teoría de la presuposición, en la de la desaparición de la base del negocio, en el principio de lesión o, con el empleo de una fórmula más general, en el riesgo imprevisible.»[7]

En efecto, en nuestro Derecho se contempló la cláusula *Rebus Sic Stantibus* en el párrafo segundo del artículo 1198 del Código Civil, que estipuló: «En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.»[8]

En Argentina, el contexto hiperinflacionario propició la implementación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, en numerosos casos de contratos de tracto sucesivo en los cuales, la prestación se tornó excesivamente oneroso a causa de un acontecimiento futuro e incierto.

Dicha cláusula actúa como una verdadera excepción al principio *Pacta Sunt Servanda*, eximiendo a las partes de cumplimiento de lo pactado si por hechos ajenos a su voluntad no se mantienen las condiciones que se tuvieron en cuenta a la hora de consensuar voluntades.

6. Código Civil y Comercial /Ley Nacional Nº26.994) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20 (última consulta realizada el 26/10/2021).

7. M.I, GARRIDO GÓMEZ, «Lo que queda del Principio Pacta Sunt Servanda», Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, 2011, Pág. 5.

8. Código Civil (Ley 340 y modificatorias) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm (última consulta realizada el 26/10/2021).

Cabe considerar que esta excepción no fue tratada en extensión en el Derecho Romano, ya que la naturaleza más simple de las relaciones contractuales, por una parte, y la fuerte connotación- cuasi sacra- del cumplimiento de la palabra empeñada por la otra no facilitaron su desarrollo.

Se podría decir, por lo tanto, que en la modernidad se morigeró la aplicación indefectible de este principio que obliga a las partes a estarse en lo acordado al incorporarse elementos de índole socioeconómica, que resultaban desconocidos para el hombre de la antigüedad.

No obstante, la morigeración del principio *Pacta Sunt Servanda* a través de la excepción *Rebus Sic Stantibus* no importó en modo alguno su desnaturalización, por lo que es viable afirmar que dicho principio contemplado en su correspondiente aforismo latino se encuentra plenamente vigente en el derecho argentino, con las salvedades propias que le permiten sobrevivir en el contexto social y económico de la actualidad.

En la historia argentina se evidenció una masiva aplicación de la jurisprudencia de la excepción *Rebus Sic Stantibus* en el año 1975 a raíz del fenómeno popularmente conocido como el «Rodrigazo», que consistió en una crisis económica que estalló durante el gobierno de Isabel Perón, cuando el entonces Ministro de Economía Celestino Rodrigo estableció un ajuste económico con la finalidad de eliminar la distorsión de precios.

Este fenómeno económico importó una considerable devaluación del 160% para el cambio comercial y del 100 % del cambio financiero, con una tasa de inflación que llegó hasta el 777% anual.

La variación abrupta e imprevista de estas variables económico-financieras, tornó excesivamente onerosas ciertas prestaciones en contratos de tracto sucesivo, lo que conllevó a un incremento sistemático de la judicialización de las relaciones contractuales debido a los numerosos incumplimientos de contratos.

En este contexto, la jurisprudencia argentina emitió una gran cantidad de fallos haciendo lugar a la resolución o reajuste de las condiciones contractuales fundadas en la teoría de la imprevisión que encuentra su fundamento en el acontecimiento de un hecho futuro extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa la prestación a cargo a una de las partes.

Siguiendo a Borda, el hecho tiene que ser social, no se produce por las características de la relación contractual sino por una cuestión socioeconómica que afecta a dicha relación[9] . A decir de Lily Flah y Miriam Smayevsky, «supera los cánones de la normalidad».[10]

Respecto al fundamento de la excesiva onerosidad sobreviniente, encontramos un sector de la doctrina que construye la teoría en análisis desde la moral como Ripert, y apuntan a prevenir el enriquecimiento sin causa mediante la teoría de la imprevisión, se trata de una noción empapada de Filosofía de Derecho Natural, que entiende que existe una relación determinante entre los campos del Derecho y la Moral. Simultáneamente, los que se apoyan en la noción de derecho, sostienen que la equidad es vital a la hora de entender la Imprevisión.

En cuanto las posturas de corte subjetivo se distinguen los que se apoyan en la Buena Fe como Alsina Atienza que mediante una técnica de descarte consideró que el único

9. G. BORDA, *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.

10. L FLAH y M. S MAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2002.

fundamento posible descansa en la buena fe[11], incluso entendió que atenerse a la letra del contrato atenta contra ella. En efecto, consistió un gran desafío por parte de este jurista, pues en tiempo de la cosmovisión liberal-individualista clásica en la que se inspiraron los juristas como Vélez Sarsfield, el principio de obligatoriedad del contrato era una suerte verdad absoluta. Y, por otra parte, encontramos a los doctrinarios que se apoyan en la Voluntad, que se trata de la otra postura de corte subjetivista que entienden que, al tratarse de un hecho extraordinario e imprevisible, escapa a la voluntad de las partes al momento de celebrarse el contrato, se puede destacar el caso de Conviello Nicola, quien afirmó que el contrato es una modalidad de negocio jurídico que tiende a producir sus efectos en base a la manifestación negocial[12].

Se entra en una discusión en la que cuesta aventurar conclusiones cuando se analiza si este criterio volitivo entra en contradicción -el principio contratar es prever-, lo cierto es que, si bien contratar implica adelantarse a los problemas que pueden suscitarse en el futuro, el ser humano no puede prever lo imprevisible, pues hay que tener en cuenta que el universo de posibilidades fácticas es infinito, mientras que la mente humana está limitada a los conocimientos que tiene por medio de las experiencia y del razonamiento, pero de ningún modo va a poder adelantarse a contemplar todas las posibilidades que pueden darse en el futuro.

Por otro lado, hay teorías que constituyen los requisitos en base a una doble condición, como es el caso de la teoría de Vorin, quien afirmó que la imprevisión (en la doctrina italiana Sopravvenieza), procede si se da un requisito Positivo (la imprevisibilidad perfectamente establecida) y otro negativo (que la demanda no sea contraria al orden público).

La teoría de Vorin resulta criticada por la mayoría de la doctrina. En nuestro país, Eugenio Cardini destaca que el requisito positivo de esta doctrina es vago y obliga a establecer a los requisitos para que proceda la imprevisión claramente establecida. En cuanto al requisito negativo, Cardini afirma que no se trata de un requisito de la imprevisión sino de los principios obvios de Derecho Público Universalmente admitidos[13].

Una cuestión fundamental que no puede ser dada como una mera afirmación dogmática, es que deben cumplirse todos los requisitos para que se produzcan los efectos contemplados en el art. 1.198 segunda parte. Si se comienza a prescindir de uno o más requisitos, la interpretación en cuanto a la admisibilidad de esta teoría se tornará cada vez más ambigua, dando la posibilidad de que se produzca abuso del Derecho, desnaturalizando así el fin socioeconómico al que la imprevisión apunta. El juez debe ser sumamente cauteloso y determinar con precisión que se encuentren presentes todos y cada uno de estos requisitos, pues la imprevisión procede en situaciones extremas, no se trata de supuestos corrientes.

Por otro lado, la doctrina argentina ha entendido que puede invocarse el abuso del derecho ante el desequilibrio de las prestaciones si falta alguno de los requisitos para

11. A. ALSINA, *El Principio de la Buena Fe en el Proyecto de Reforma de 1936*, Buenos Aires, Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales.

12. N. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Roma, Societá Editrice Libraria, 1914, 3ra Edición pp. 340-343.

13. E. CARDINI, *tesis sobre Teoría de la imprevisión en el Derecho Universal Comparado, en el Argentino, y en el Proyecto de Código Civil*, 1937, Buenos Aires.

que proceda la Teoría de la imprevisión, incluso aunque haya mora del deudor, y hasta el juez la puede aplicar de oficio.[14]

En definitiva, conforme Masnatta, en estos casos en los que se presenta la excesiva onerosidad sobreviniente, «la equivalencia de las prestaciones se ha quebrantado originando al acreedor un fuerte lucro y al deudor una fuerte perdida.»[15]

En cuanto a los efectos de la excesiva onerosidad sobreviniente corresponde destacar las consideraciones que a continuación se detallan.

Según señala el art. 1.198, la parte perjudicada por el acontecimiento extraordinario e imprevisible que torna excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato puede demandar la Resolución del mismo. Alterini entiende que el término correcto no es resolución sino rescisión, pues afirman que existe una incompatibilidad entre el carácter retroactivo de la resolución dispuesta en el art. 1.198 mientras que luego, en el mismo articulado se fija que «en los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.»[16]

Al no alterarse los efectos ya producidos, se puede inferir que los contratos ya ejecutados no pueden ser objetos de revisión por Imprevisión.

Es de destacar, que si la parte perjudicada demanda la resolución del contrato, la parte beneficiada puede ofrecer una mejora equitativa de las condiciones para poder conservar el contrato, en tal caso, es el juez el que analizará según los principios de la sana crítica si la mejora ofrecida resulta equitativa de acuerdo con la naturaleza de la relación contractual. Mosset Iturraspe entendió que, aunque el Código Civil no lo diga, la parte perjudicada puede pedir también la modificación del contrato, dado que, si la ley lo faculta a pedir la resolución, se encuentra implícita la facultad de peticionar una medida cuya repercusión sea menor, además que de lo contrario, se estar atentando contra el principio de validez de los actos jurídicos[17].

Por su parte el Dr. Alterini[18] distingue como efectos:

a) Efectos relativos a la extinción del contrato: pues el art. 1.198 segunda parte del Código Civil autoriza a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato.

b) Efectos relativos a las restituciones ya que el aniquilamiento del contrato obliga a restituir lo recibido quedando eximido el demandado de cumplir con su propia prestación.

c) Efectos para lo futuro (la rescisión no alcanza a los efectos ya cumplidos).

d) Suspensión de los efectos del contrato (porque la demanda por rescisión produce la suspensión de los efectos del contrato.

e) Revisión del contrato: se aprecia que la parte no perjudicada puede impedir la resolución ofreciendo mejora equitativa de los efectos.

Continuando el análisis histórico-jurídico dentro este esquema, la excepción *Rebus Sic Stantibus* también fue receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación aproba-

14. Ponencias IV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, Mar del Plata 1980.

15. H. MASNATTA, *La excesiva Onerosidad y El Contrato*, 1968, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

16. Alterini Ameal Lopez Cabana, Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, 2009, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág 430.

17. J. MOSSET ITURRASPE, *Manual de Contratos*, 1984, Editorial Ediar, Buenos Aires, pág. 315-316.

18. Atilio Alterini, *Manual de Contratos Teoría General*, 1999, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires pág. 220-223.

do por Ley 26.994 bajo la denominación de Teoría de la Imprevisión. Al respecto, el artículo 1.091 del mencionado Código estipula: «Si un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas al riesgo propio que la operación conlleva».[19]

En conclusión, podemos apreciar que, en la tradición jurídica argentina de construcción netamente romanista, pervivió el principio *Pacta Sunt Servanda* como criterio general en el Derecho Civil, y que a lo largo de la historia del país se ponderó la excepción *Rebuc Sic Stantibus*, cuando las condiciones económicas del contrato variaron extraordinaria e imprevisiblemente.

No obstante, la implementación de la excepción no desnaturaliza la esencia ni el carácter vinculante del principio general, ya que esta obedece estrictamente a la búsqueda de la justicia conmutativa en casos concretos.

19. Còdigo Civil y Comercial del a Nación en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20 (última consulta realizada el 26/10/2021).

El principio iura novit curia en el sistema procesal romano

María Olga Gil García[1]

1. Universidad de Burgos.

Introducción

Este brocardo latino forma parte de nuestra cultura jurídica actual, está integrado en nuestro derecho, su contenido indica que el juez conoce el derecho. Forma parte de los aforismos que conforman la estructura jurídica procesal europea del Derecho continental, extendiendo su in-fluencia a Latinoamérica e incluso Asia. Aforismo que consigue formular un concepto atemporal que se ha adaptado a diferentes ordenamientos jurídicos, ya históricos, como coetáneos.

Revisar los orígenes de esta máxima en el Derecho Romano, hacer una pequeña referencia a su reflejo en la recepción, cuándo se reafirma, y a su expresión articulada a partir de la codificación es el fin de este estudio, para con todo ello comprender mejor su extenso contenido actual, incluso con reflejo en el presente derecho europeo[2].

Aunque como ya observó Javoleno, uno de los máximos exponentes de la escuela Sabiniana (D. 50.17.202 *Libro XI Epistolarum)*, *Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit"*[3]. Sin embargo, en los aforismos se recogen axiomas que, aunque mantienen una formulación histórica pasada, como en el caso que nos ocupa, su esencia se mantiene en el tiempo, formando parte de un cierto derecho integral[4] en el sentido más laxo del término, como normal, habitual, frecuente en varios ordenamientos presentes y pasados.

Aproximación a su concepto

Su contenido viene a expresar que en el contexto de un juicio se presume que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*, por lo tanto, le damos los hechos y él nos dará el derecho, *da mihi fac-tum dabo tibi ius*, principios unidos y vinculados íntimamente aplicables en el proceso civil[5].

Se dice que proviene de una misma anécdota procesal, un juez medieval interrumpió el discurso desmedido de un abogado con la recriminación v*enite ad factum, iura novit curia*[6],

2. REINOSO- BARBERO, F., "*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea" GLOSSAE. *European Journal of Legal History* 13, 2016, p. 593-594 indica que los brocardos nacen con un criterio de utilidad probablemente para facilitar un triple fin: a) la asimilación conjunta de los grandes hilos conductores de las doctrinas jurisprudenciales de los jurisconsultos, b) permitir con ello una visión global del sistema jurídico y c) enseñar el derecho a los discípulos mediante epítomes y colecciones de brocardos, con sus aplicaciones y sus excepciones.

3. En derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada.

4. No utilizamos el término global porque ese concepto explicado por DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?* CGPJ. Madrid. 2008, no permite incluir este aforismo en el derecho global definido por el autor, sino que más bien nos referimos al derecho habitual o frecuente en varios ordenamientos.

5. En ocasiones se habla de él como si fuera una presunción *iuris et de iure*, el juez conoce el derecho y esto es indiscutible y no admite prueba en contrario, sin embargo, en técnica procesal no es presunción porque las presunciones son probatorias y afectan a los hechos no al derecho, como es el caso, siendo un método probatorio, no un medio de prueba al uso.

6. Según relata el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* permiten al tribunal no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar la sentencia, pudiendo apoyarse en otros, aunque no hayan sido invocados por los litigantes. En SENTIS MELENDO, S., *El Juez y el derecho. (Iura novit curia)*. Ediciones jurídicas Europa-América.

también expresado como *"Venite ad factum. Curia iura novit"*[7]. Con la expresión queda nítido que en un proceso las partes aportan los hechos: *venite ad factum* y el juez el derecho: *iura novit curia*, dicho de otro modo, los hechos son el dominio de las partes y el derecho es el reino del juez[8].

Es importante reseñar que, aunque unidos, estos dos principios son diversos, en derecho procesal romano *iura novit curia* simplemente es que el juez conoce el derecho, pero al no tener su definición en textos, y dado que es un principio de origen medieval, deberemos considerar si en Derecho Romano también existe, aunque sea *de facto*. En definitiva, si el juez romano tiene el deber conocer, y el deber de aplicar el derecho[9].

El adagio, en versión abreviada, "*iura novit curia*" elimina la referencia a la actividad o esfera de las partes, en otras palabras, al principio dispositivo o de aportación de parte, centrándose sólo en el deber de la autoridad, rompiendo la armonía que mantiene en pie de igualdad el dominio de las partes que aportan los hechos en el proceso, y el del juzgador, cuya aportación es la aplicación del derecho en la sentencia[10], una vez ha considerado los hechos demostrados.

Origen

No encontramos su origen literal en Derecho Romano, se formula[11] en época medieval en el *Corpus Iuris Canonici*[12], cuando, como advierte Brunelli, el conocimiento del derecho era patrimonio exclusivo de los hombres de leyes, y las leyes no eran tan numerosas, ni se renovaban con tanta frecuencia como ahora, cuando es difícil, incluso para

Buenos Aires, 1957, p. 14-16 cita a AUGENTI G., *L´onore de la prova*, Roma 1932, p. 42 y a PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil. Paris. 1923, 9 ed. T. II, p 2 como los que recogen esta anécdota. Señala que el primero de estos dos autores refiere textos con el aforismo ya en el siglo XIV, y en Francia se dice que la ley y la costumbre deben ser conocidas por el juez, ya en el siglo XII.

7. También se formula como *iura novit curia, o iura curia novit, o incluso curia novit leges.*

8. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004. p. 22.

9. *Da mihi factum*, se refiere al principio de aportación de parte, cuya formulación original es *"iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam"* sin referencia a *partium* como demuestra PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona. 2007.. Según el resultado de este estudio la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, basado en D. 1.18.6,1, repercute incluso en la actualidad. Demuestra como una máxima erróneamente admitida, formulada como: *"iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"* o *"secundum allegata et probata partium judex judicare debet"* o *"Judex secundum allegata et probata partium iudicare debet"* se extiende y generaliza, e incluso se ve recibida en la ley de enjuiciamiento civil española ley 1/2000 art. 216, siendo un claro ejemplo de cómo la historia -inexactamente recibida- influye en la regulación vigente.

10. CALVINHO, G., "El brocárdico *iura novit curia*." Revista de derecho procesal nº 1- 2009.

11. ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Marcial Pons. Madrid Barcelona, 2007: p. 22 Según el autor la máxima no tiene su origen en las fuentes romanas y desde sus orígenes medievales hasta la actualidad ha experimentado una notable transformación o más bien, una considerable ampliación de su significado.

12. IURA NOVIT CURIA, ya aparecía en el *Corpus Iuris Canonici*.

jurisconsultos expertos, conocer todo el patrimonio legislativo del Estado[13].

Se dice que hoy día esta máxima comporta, no solo que el juez conoce el derecho, lo que parece imposible dada la ingente cantidad de normas que se publican que lo hace inabarcable, sino que tiene el deber de conocerlo y aplicarlo, de encontrar la norma e interpretarla adecuadamente. De ahí que se diga, que este deber solo se le pueda exigir respecto del derecho interno, escrito y vigente, pero no respecto a las otras manifestaciones del derecho, como es el derecho extranjero o el consuetudinario, de las que deberá probarse tanto su existencia como su vigencia[14].

Admitido el origen del brocardo en época de la Recepción, es curioso como Coing nos informa de su origen en la relación *ius commune- ius municipale*. Así, en la época de los Glosadores, se concebía el Derecho Romano como derecho universal, como *ius commune* frente a los estatutos de las ciudades y su derecho local[15]. Cuando el ordenamiento local, al que debe referirse el juez no tiene norma aplicable, debe buscar la respuesta en el *ius commune*. Como advierte este autor estos derechos se interpretan con reglas distintas, de tal manera que el *iura novit curia* se aplica siempre respecto al *ius commune*, pero no con relación a los derechos locales, puesto que el *ius commune* está vigente en todo el territorio, por tanto, es el que debe conocer el juzgador, siendo el ordenamiento general que completa el *ius locii*. Así las costumbres o los fueros locales, no incluidos en estos repertorios de normas, debían ser aportados por la parte y tratados como hechos, es decir, debían ser probados. Una vez probados, vinculaban al juez. Esta postura es interesante, porque no solo refiere el origen del principio, sino que incluso se observa el inicio simultáneo de sus excepciones, la necesidad de probar las costumbres y el derecho del lugar. Pero sea como fuere como advierte Sentis Melendo los brocardos no siempre son, en su formación, el producto de un momento sino a veces el resultado de una lenta elaboración...Sabemos cómo nos ha llegado la máxima, pero no cuándo ni cómo se formó[16].

Si tratamos de esta máxima en Derecho Romano, tenemos que considerar quién es la "*curia*": el órgano llamado a juzgar. Suponemos que conocer todo el Derecho Romano, por parte de los llamados a impartir su justicia debía ser igualmente complicado, dada la complejidad de su historia, la carencia de derogación expresa de multitud de normas, la dificultad de su sistema de fuentes, inicialmente orales, la continua creación y construcción a la que se ve sometido un derecho en continua formación, situaciones que harán difícil saber si el órgano llamado a impartir justicia era conocedor de un derecho tan poco delimitado... Sin embargo, como vamos a ver, tanto en aquel tiempo como ahora

13. BRUNELLI voz: *"Iura novit curia". Nuovo Digesto italiano*. Vol. VII., p. 474. *"Questo aforisma, molto lusinghiero per la curia, è di formazione medioevale, quando la cononcenza del diritto era patrimonio exclusivo degli uomini di legge e le leggi non erano cosi numerose e di rápido rinnovamento come oggi, in cui é difficile che anche giureconsulti esperti e attenti abbiano conoscenza del patrimonio legislativo del proprio Stato. L´aforisma, però, contine un principio che è fundamentalmente guisto, vale a dire che il magistrato deve conoscere la legge."* Además, este autor añade que no sólo es el conocimiento de la ley propiamente tal, sino también reglamentos, decretos, Tratados Internacionales....

14. En la actualidad en un estado autonómico como España se habla de extender las excepciones del *iura novit* curia al derecho autonómico, que también debería probarse y aportarlo por la parte, junto al derecho extranjero y las costumbres.

15. COING, H. *Derecho Privado europeo I*. Derecho Común más antiguo (1500-1800). Traducido Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, 1996, Madrid, pp. 124 y ss.

16. SENTIS MELENDO, S., *El juez* ... cit., p. 30-31.

existirán mecanismos para que el que imparte justicia, se aproxime en su sentencia a las normas existentes, que en el fondo es lo que subyace en esta máxima, es decir, que el juez decida en derecho.

Este principio es básico porque en la *litis* observamos la verdadera aplicación práctica del derecho al caso concreto. En ese momento el derecho se hace vivo y ejecutivo. El proceso será garantía de que el derecho existe, cuando se ve plasmado en la realidad de las cosas, en la resolución pacífica de los conflictos. Con este principio entendemos que lo que se procura es romper la arbitrariedad para hacer justicia. Supone que ante un mismo caso se debe dar una solución similar, seguridad en la resolución del caso e igualdad para los iguales, puesto que el juez conoce el derecho y este es el mismo para todos los que están la misma situación jurídica.

Evidentemente, que el juez sepa derecho no es útil si sólo lo mantiene en su fuero interno, si no lo aplica, lo que verdaderamente expresamos con el *iura novit curia* es que el derecho debe aplicarse, con independencia de que, con carácter anterior al caso, quien dicta la sentencia fuera o no lego, e incluso que las partes lo hayan aportado o no al juicio. En Derecho Romano también será un reflejo de la paulatina sumisión del juez al derecho, evitando la arbitrariedad.

Es indiscutible que si contamos con actores jurídicos conocedores del derecho y éste está codificado todo será más sencillo, como sucede con el derecho positivo codificado, pero esta circunstancia no es imprescindible si finalmente, el contenido de la sentencia dice derecho y contiene las normas del momento. Pues bien, esta circunstancia, ya sabemos que sucedió en Derecho Romano, el derecho se aplicó en sus sentencias, aunque no en todas sus etapas, ni en todos sus procedimientos, sobre todo en los más antiguos.

Como premisa queremos señalar que hablaremos de proceso, de Derecho procesal romano, porque el aforismo se refiere a que el juez conoce el derecho en su quehacer judicial, en el proceso, con su máxima expresión en la sentencia. El proceso existió con sus características principales como son: conseguir la resolución pacífica de los conflictos siguiendo una sucesión de trámites ordenados, ante un órgano juzgador imparcial, en los que se llegan a aplicar principios tales como la dualidad, la contradicción, la defensa, la igualdad de armas, en materias de Derecho civil también el principio dispositivo, el de aportación de parte, el de valoración y carga de la prueba, el de oralidad que a su vez comporta inmediación, concentración, publicidad, ... y que finalizan por una sentencia, en ocasiones apelable, a la que se atribuye el principio, este sí de origen romano de *res iudicata*[17], dato este último que distingue claramente cualquier mero procedimiento o trámite de un verdadero proceso[18].

17. Ulpiano en D. 1.5.25 y en D. 50.17.207. *Res iudicata pro veritate accipitur*. También recogido en Partidas 7.34.32 Glosa de Gregorio Lopez.a las Partidas, P. 7, 34, 32: *sententia, quae transivit in rem iudicata, pro veritate habetur* -la sentencia, al convertirse en cosa juzgada, se acepta como verdad-; *iudicis sententia pro veritate accipitur*--'la sentencia del juez se tiene por verdad'-; *iudicium pro veritate accipitur* -'el juicio se tiene por verdad'-; y *res iudicata pro veritate habetur* -'la cosa juzgada se tiene por verdad'.

18. Utilizaremos el término proceso, porque, aunque en las fuentes no encontremos frecuentemente esa expresión (lo encontramos en D. 1 .2. 2.0 Pomponio, en D. 1.2. 13.en CTh. 11. 2. 3. 0. (377 spt. 17) en Nov. Val. 30.1, Nov. Ius. 67 caput I, Nov. Ius.105 caput I) entendemos que no solo es un sistema de acciones como indica D´ORS *op.cit.* 122, puesto que adquiere algo más, en el sentido que es una secuencia de trámites que no sólo obedecen a actos singulares, sino que tienen una función,

Diferentes locuciones para expresar el principio

Esta expresión se invoca de diferentes formas: la más conocida *iura novit curia* y en menos ocasiones encontramos: *ius novit curia, o iura curia novit*. Si bien, no parece que tenga trascendencia el orden de las tres palabras principales, lo que sí puede ser de mayor importancia es el utilizar en ocasiones el término *iura* y en otras el vocablo *ius*. Tanto en uno como en otro caso, el aforismo se refiere a que la curia conoce en todo caso el derecho objetivo, si bien su utilización en singular parece remarcar más aún este significado, así utilizan el término en singular Savigny[19] o Manzini[20]. Sin embargo, compartimos con Sentis Melendo que "El aforismo, en su nacimiento y en su auténtico sentido jurídico, ha contemplado el derecho objetivo; pero, en su frecuente aplicación, ha comprendido tanto la norma jurídica como los derechos subjetivos"[21]. En todo caso, el término derecho deberemos entenderlo de forma amplia, sabemos que es un término polisémico[22] y en cuanto a conocerlo, no resulta imprescindible que lo sea antes del juicio, ni siquiera que el juez lo investigue, puede ser otro integrante del órgano judicial quien se lo aporte, basta con que lo conozca para emitir su *opinio*.

En cuanto a su enunciación también debemos señalar que en ocasiones se formula junto al otro principio: "*Venite ad factum. Curia iura novit*", o "*Venite ad factum. Curia novit ius*" que ya hemos mencionado y que son dos: el principio dispositivo y de aportación de parte junto al que estamos estudiando. Y esto es así, porque únicamente lo que las partes quieren ventilar en el proceso es a lo que incumbe el derecho aplicable, porque las partes son dueñas del proceso[23], el juez debe ser congruente respecto a esos hechos[24]. El juez no

también en Roma, cual es la de resolver conflictos, aunque sean privados, con solución en forma de sentencia que no se aplican en otros procedimientos. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano.* 6ªed Ed. Ariel. Barcelona, Caracas, Mexico. 1979, pp 187 y ss. también habla sólo de procedimiento civil, no de proceso.

19. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*. Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro editorial de Góngora. Madrid, 2ª ed.T. I, p.172.

20. MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità*. 5a ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

21. SENTIS MELENDO, S., *El Juez*... cit., p. 36 Respecto al término *novit*, p.26 parece ser que se puede sentar esta afirmación: "del derecho de los derechos objetivos que el juez conoce, que le son conocidos, se debe decir *novit*. De los derechos subjetivos, que los conoce en el proceso, que los está conociendo, se debería decir, noscit." Es importante este punto porque el principio se refiere al conocimiento del derecho objetivo como bien se reseña e indica atendiendo a la etimología del verbo. Y en cuanto al término *iura*, en p. 37, SENTIS MELENDO, concluye que el significado exacto del aforismo es el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo también alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes.

22. EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*. Ed. Olejnik, Santiago de Chile. 2018. p. 138-140.

23. Expresión literal que tan bien lo define, y que proviene de la redacción del inicio de la tercera Partida III de Alfonso X el Sabio.

24. GIL GARCÍA, O., "La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano". *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*. BOE. Vol. II. 2020 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155_2, pp. 223 y ss.

puede investigar la verdad material de lo acaecido, más allá del material fáctico aportado por las partes[25].

Respecto a su redacción, Sentis Melendo analiza, palabra por palabra, esta máxima empezando por su análisis gramatical[26]. Con respecto al término *curia* no parece referirse sólo al *iudex*, o al órgano que conoce los hechos y juzga, el término es suficientemente amplio[27] como para incluir en sí a todo el que opera para conseguir el resultado final de impartir justicia. Si traducimos de forma literal, el principio quedaría así: la curia conoce el derecho. El término curia no parece referirse sólo al juez, ni siquiera en su formulación colegiada como tribunal, por tanto, adquiere sentido que en Roma estudiemos el adagio referido al órgano juzgador en su conjunto.

Para tratar esta máxima es conveniente tratar algunas premisas atendiendo primero a que sistema procesal romano nos referimos, y dentro de él a quién o quiénes son llamados a juzgar, para así presumir cuál era su conocimiento del derecho, y cuando lo adquiría, reseñando la certeza de las fuentes jurídicas que se utilizan y que nos indicarán si es o no posible que el órgano juzgador conozca el derecho.

Así cuando pensamos en el juez, deberemos revisar quienes son los llamados a juzgar, si son terceros imparciales, si son legos, si son técnicos... También deberemos observar la manera en que se estructuran los pleitos, que como sabemos es muy diferente en el *ordo iudiciorum privatorum* y en la *cognitio extra ordinem*.

Respecto al término "conocer" el derecho, deberemos plantearnos cuales son las fuentes del derecho del momento, es decir, si existe la certeza jurídica suficiente como para poder abarcar los conocimientos jurídicos de la época. Además, deberemos observar si es imprescindible conocer todas las normas antes del propio juicio o basta con conocer las aplicables *ad hoc*, con la anterioridad y profundidad imprescindible para poder emitir juicio. Con todo ello, intentaremos concluir si en Derecho Romano por etapas y sistemas se aplica esta regla *de facto*.

Doctrina romanista al respecto

Desde la doctrina romanista son pocos los autores que se refieren expresamente a esta máxima, posiblemente porque no hemos encontrado su origen en las fuentes romanas. D´ors advierte que el *iura novit curia* no es de formulación romana, pero al hablar del procedimiento formulario en su fase *apud iudicem*, añade que, aunque los jueces no solían

25. Afirmación que resulta aplicable en el procedimiento formulario pero que más limitada en la *cognitio extra ordinem* cuando el juez público puede buscar la verdad material de los hechos acaecidos en la fase probatoria.

26. SENTIS MELENDO, *El juez ....,cit*. p. 20 y ss.

27. SENTIS MELENDO, S., *El juez cit*...p. 20, observa como respecto a la palabra **curia**, su contenido en el momento de nacimiento de la expresión, no podía significar sólo jueces y tribunales. Cuando el autor escribe su estudio el diccionario de la RAE recogía una acepción que hoy no tiene, se refería "al conjunto de todas las personas que componen la familia y comitiva del rey". En p. 23 advierte que etimológicamente su significado es Senado, Palacio, Corte. Este autor encuentra en *Quiris* el origen de la palabra, significa lanza, de ahí el *ius quiritium*, a todo en conjunto se le llamó *Quiria* o curia. El pueblo romano se reunía en curias, curia equivalía a autoridad del pueblo romano. En el Imperio y en el Bajo Imperio va surgiendo otra palabra que sustituye que es cohorte, con el significado de comitiva real equivalente a curia.

conocer el Derecho, las partes debían presumir lo contrario y abstenerse de probarlo[28], como si fuera una suerte de presunción *iuris et de iure*[29].

Torrent[30] advierte que, en Derecho Romano, tal aforismo está implícito y expresa que el Derecho es conocido por el juez, las partes tenían que aportar los hechos que depusiesen indubitadamente, en sostenimiento de las razones alegadas, no el Derecho. Incluso, sugiere Talamanca[31] que el *iura novit curia* rige sin estar abiertamente formulado, como iremos viendo en este estudio.

Sin alusión expresa al principio, autores como Voci, dentro del contexto de la explicación del procedimiento formulario nos aproxima a él cuando dice "*Il giudice debe obedire alla legge e alla formula. Alla legge, in quanto deve applicare il diritto. Alla formula, in quanto debe accetare per tema della controversia quello che in essa è descritto, e debe attenersi alle istruzioni specifiche che la formula gli dà.*"[32]. No dice que el juez conoce el derecho, pero admite directamente que lo aplica, lo que resulta poco probable sino lo conoce. Rascón advierte que hasta que se impuso la extraordinaria *cognitio* el magistrado, en el ejercicio de la *iurisdictio*, al conocer o denegar el juicio actuaba sometido al derecho[33]. O ya más tarde, en el contexto de la *appellatio,* Orestano dirá a propósito de su instauración, que supuso la "*progressiva sottomissione del giudice alla norma*"[34].

Lo que parece desprenderse de la doctrina romanista es que el aforismo significa que se presume que el juez conoce el derecho, no que deba conocerlo con carácter anterior a su decisión, y que en muchas ocasiones se aplica[35]. Sin embargo, no siempre será así, deberemos contextualizarlo en los diferentes sistemas procesales para ver en cuáles de ellos se aplica esta máxima. Lo común, tanto para el Derecho Romano como para el Derecho positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho, y que este sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo, aunque en Roma esto no suceda en todas sus etapas.

28. D´ORS, Derecho Privado Romano. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

29. EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *"Iura novit curia"* ... cit., p.14-15. indica que bajo el aforismo se esconden dos usos: como presunción y como principio jurídico. Así como presunción exime a la parte de alegar y probar los materiales jurídicos en los que funda sus peticiones, y como principio normativo es la obligación de los jueces de sujetarse al derecho lo que implica conocerlo.

30. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*. Edisofer, 2005. Voz *"iura novit curia."*

31. TALAMANCA, M., *Instituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 354.

32. VOCI, P., *Manuale di Diritto romano*. Giufre editores. Milano. 1998. 2ª ed. Vol. II, p. 469.

33. RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*. Madrid. 2007, Tecnos. 2ªed., pp. 81-82.

34. ORESTANO, s.v. "Appello" en *Enciclopedia del Diritto* II. Annali II. Giufre editores. Milano.

35. CALAMANDREI, P., *"Diritto consuetudinario in cassazione". Rivista di diritto processuale civile*. XV, 1938. P. II, p. 120. desde el derecho procesal se nos indica que el contenido de este principio tiene dos caras inseparables, el deber del juez de conocer el derecho y el de aplicarlo de oficio, es decir, el poder del juez de investigar y aplicar la norma, aunque la parte interesada no la haya alegado, ni siquiera probado su existencia, excepción hecha del derecho consuetudinario y del derecho extranjero. Añade que cuando se debe aplicar derecho consuetudinario solo se aplica en el sentido de poder, no de deber, el juez no tiene por qué conocer de oficio el derecho consuetudinario; lo mismo vale para el derecho extranjero, y para el derecho antiguo.

Imposibilidad de su asunción en el Derecho Arcaico

En esta primera etapa del Derecho Romano cualquier conflicto se resolvía dentro del ámbito familiar por el *pater familias*, aplicando los *mores*[36]. La justicia se imparte dentro de ese ámbito privado, y ese poder no está ni siquiera estructurado dentro de un estado, puesto que se carece de una estructura suficiente como para asumir la función judicial. Falta un tercero imparcial llamado a decidir, del que, de existir, diremos que conoce el derecho, el *pater familias* tiene un amplio poder sancionatorio, pero no es imparcial. Forma parte de una estructura jerárquica que carece de esa necesaria distancia e independencia que debe separar al juez de la parte, que sí que se contempla cuando hablamos del juez en el *iura novit curia*. Se impone una defensa privada, apoyada en la venganza infligida por el grupo familiar[37].

Estas evidencias implican que los orígenes del procedimiento romano son autocompositivos, difícilmente compatibles con este adagio, al carecer de esta tercera figura. Necesitamos que el proceso evolucione y se transforme en heterocompositivo, para que primero: un tercero imparcial resuelva; y segundo: que lo haga "conociendo el derecho", que en esta etapa aún estaba mezclado con la religiosidad, con la legitimidad de la defensa privada, con la venganza como solución ejecutiva, que también lo impiden.

Las fuentes de esta etapa son orales, fundamentalmente los *mores maiorum*. Durante los primeros tiempos de su historia la supremacía de la costumbre como fuente del derecho privado es incuestionable. Ni siquiera las normas del derecho y de la religión estaban separadas, lo religioso impregnaba toda la vida pública y privada, cuyo centro era la familia agnaticia. Los *mores maiorum*, costumbres ceremoniales mezcladas con la devoción religiosa, eran fuentes de derecho basadas en la oralidad, lo que en cierto modo impide la certeza que requiere el principio estudiado. Son hechos repetidos, pautas de comportamiento reiteradas, usos, pero que debían someterse a la *interpretatio* de los juristas, quienes poco a poco fueron elaborando el *ius civile*. Necesitamos un derecho cierto, definido y público para que se aplique este principio. El derecho de la época es tan incierto que Juliano advierte, en D. 1. 3. 20, que no puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores y en ese caso como ya advirtió Bobbio el derecho o es cierto o ni siquiera es derecho[38].

Si a ese derecho incierto le añadimos que en época arcaica, se juzgaba en el ámbito doméstico, que el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, se nos hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que el principio *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Las XII Tablas serán un hito importante en lo que podemos considerar cierto avance

36. Si revisamos las normas desde los orígenes de Roma hasta finales del siglo I a.C. lo fundamental fueron las costumbres, apenas hay referencias a leges de derecho privado.

37. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1996 4ªed., p.6.

38. BOBBIO, N., afirmó che *il diritto o è certo o non é neppure diritto*, BURDESE. A., *Miscellanea romanística*. Madrid, 1994, p.1.

en este principio, ya son normas escritas y ciertas, que interesan en los juicios privados, lo que resulta un avance respecto a la seguridad jurídica, la norma queda inamovible, está escrita, aunque su origen proceda de antiguas reglas consuetudinarias orales.

Las tres primeras tablas recogen normas procesales, en ellas tenemos conocimiento de las *legis actiones* en las que ya estamos ante un fenómeno judicial basado en la heterotutela. La función jurisdiccional sale del ámbito privado, (que solo se mantiene para la ejecución) para empezar a ser una función de tercero imparcial, aunque aún no sea una función pública. Las normas laicas se van separando de las religiosas. El proceso se ritualiza y el órgano juzgador debe empezar a conocer esas reglas, que tendrá en cuenta en sus decisiones. El *principio iura novit curia* empieza a tener contenido, la forma escrita del derecho ayuda a delimitarlo y evita la arbitrariedad de los magistrados patricios. Si el juez puede conocer el derecho, es porque el derecho empieza a tener confines que se pueden abarcar con el conocimiento, en este caso de las acciones de ley.

Por otro lado, las XII Tablas secularizan el *lege agere*, que supone una idea de *iurisdictio* en cuanto poder del magistrado, que ya se erige en director del proceso, para indicar la norma y vigilar el ritual del caso que debía decidir el juez[39].

Ordo iudiciorum privatorum

Las legis actiones

En la etapa del *ordo iudiciourum privatorum,* concretamente en las *legis actiones*, la oralidad de este proceso, junto con el escaso conocimiento que tenemos de él, complica la aseveración de que la curia conoce el derecho[40]. Sí que sabemos de su rigidez respecto a la necesaria fidelidad que debe existir entre la petición y la pretendida acción de ley (Gayo I. 4. 11) pero también observamos que lo sentenciado son decisiones meramente declarativas, orales y que la cuestión litigiosa de base, como sucede en las *legis actio per sacramentum in rem,* quedaba como algo secundario, tras la complicada ceremonia del *sacramentum*[41]. La parte ni siquiera tiene la libertad de poder aportar todos los hechos controvertidos, sino sólo aquéllos que puedan subsumirse en la concreta acción de ley, por tanto, ni siquiera cabe la aplicación del *da mihi factum*[42], tan necesaria para que, a esos hechos controvertidos, *a posteriori* se les aplique el Derecho. Antes de aplicar la norma debemos poder aportar todos los hechos discutidos que queremos que sean juz-

39. TORRENT, A., La *"iurisdictio"* de los magistrados municipales. Salamanca. 1970, publicaciones de la Universidad de Salamanca. p. 8.3

40. D. 1.2.2.6 refiere el nacimiento de las *legis actiones*, de las que Pomponio dice que nacen para que las acciones fueran ciertas y solemnes, acciones legítimas.

41. MURGA GENER, J. L., *Derecho Romano clásico II. El Proceso.* 2ª ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983, p. 141.

42. Aunque lo aleguemos en este punto, este aforismo tampoco tiene un contenido cierto y expreso en la época, pero sí que resulta aplicable desde el procedimiento formulario, como se demuestra de la necesaria congruencia entre lo pedido y lo solicitado.

gados, si esto no es así, difícilmente podremos concluir que es de aplicación el aforismo *iura novit curia,* porque ni siquiera podemos someter a juicio todos los hechos controvertidos.

Las partes no pueden aportar los hechos libremente, sino solo aquellos que pueden ser resueltos por estas acciones, por lo que incluso se ve afectada la congruencia, que está esencialmente unida a *iura novit curia*. Por otro lado, la sentencia en las *legis actiones* tampoco estaba motivada[43], salvando el caso de las resoluciones de los *centumviri* que eran colegiadas (pero de los que no podemos olvidar su condición de legos, luego tampoco tenían porqué conocer el derecho). Además, el juez *privatus* elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Por todo lo visto anterioriormente no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el *iura novit curia*. Las *legis actiones* mueren por su excesivo formalismo (Gayo 4, 30) la sociedad cada vez más compleja requiere de un proceso y un derecho cada vez más elaborado, que no pueden resolver las *legis actiones*, que resultan insuficientes, por ser demasiado rígidas y formales.

Procedimiento formulario

La *lex Aebutia de formulis* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* fueron poniendo fin a este procedimiento, y se dará inicio al procedimiento *per formulas*, concediendo al pretor la función jurisdiccional, como posteriormente determinará la *lex licinia de iudices postulationem*. Tanto el pretor, como órgano llamado a intervenir en el proceso, así como el concepto de *iurisdictio* necesitan precisiones que consideramos importantes para determinar si el juez conoce el derecho. La primera que el pretor no juzga, a su función jurisdiccional, *iurisdictio*, deberá unir el concurso del *iudex* o el *arbiter* con su *iudicium*, y fruto de todo ello se resolverá la acción sometida a su criterio.

Respecto al pretor, en 367 a. C se separa la administración de la justicia del poder del cónsul, que recae en el *praetor urbanus*, quien solo resolverá litigios entre ciudadanos romanos. Tenemos que recordar que el conocimiento del derecho no era su función principal, era un órgano político que tenía atribuidas otras competencias por un tiempo de mandato limitado, y que muchas veces ocupa la pretura para escalar en el *cursus honorum*. Tenía los conocimientos jurídicos requeridos en un hombre de buena cuna que suponemos suficientes, puesto que era vergonzoso para un patricio, noble y orador ignorar el derecho en que se ocupaba, (D. 1. 2. 2. 43 Pomponio, *Libro singulari Encchiridii)* incluso sabemos que ciertos jurisconsultos llegaron a ser pretores escalando así en su *cursus honorum,* pero el pretor no hace de su conocimiento del derecho su profesión, es un hombre político[44].

La *iurisdictio* del Pretor suponía que éste debe indicar a las partes y al juez del proce-

43. MOLE, M., s. v. *"Sentenza"* (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969, ristampa 1982, p. 1085, nº. 3.

44. VOCI, *Istituzioni*... cit. p. 195. Añade que los pretores podían ser grandes juristas como no conocer derecho, pero tanto los pretores como los jueces eran asistidos por un *consilium*, en el que entraban personas expertas en derecho, e incluso podía darse el caso de que participaran juristas de renombre. También en Voci, Manuale... cit, p. 461.

so las normas y el ritual vinculante para la solución del conflicto, la frase testimoniada por Varron, (*de lingua latina* 6,30) en la que define los verba *legitima: do, dico, addico,* ya nos señala que el pretor *do* (*dare iudicem,* da o deniega acción y nombra juez o árbitro), pero lo que es más importante desde el punto de vista del *nova iurit curia* es la función de *dico* (*dicere ius,* pronuncia lo que es derecho en un proceso determinado) lo que junto a la *addico* (dar satisfacción al requerimiento del demandante si lo encuentra fundado, concede derechos constitutivos) conforman sus tres funciones principales. Si pronuncia lo que es derecho es que de alguna forma lo conoce, lo investiga por sí o por el *consilium*, aunque quien lo aplique sea el *iudex* o el *arbiter*, quienes deberán juzgar conforme a ese derecho invocado en la fórmula del pretor, es decir, cuando asumen esa función judicial y juran su cargo, el *officium iudicis*. En este sentido, se dice que la actividad del magistrado sería declarar la norma en la fase *in iure*, la *iurisdictio* es la base del derecho, independiente del *iudicum dare* y de otros actos que realiza en esta fase[45]. Otros autores creen que la función de aportar el derecho en la *litis* es de los consultores juristas[46]. Kaser también entiende que la *iurisdictio* del pretor sirve para fijar el derecho[47].

En estos procesos del *ordo iudiciorum privatorum*, el magistrado preside la primera fase *in iure*. En ella velaba por el cumplimiento de las normas del proceso, incluyendo supervisar el nombramiento del *iudex*[48], siendo ambos actores esenciales e imprescindibles formando un todo a la hora de impartir justicia. *"L´esperienza pratica e la conoscenza giuridica si univano per il conseguimento dello stesso fine; e l´applicazione del diritto non fu un rito esoterico"*[49]. Como advierten Fernández Barreiro y García Camiñas, la concepción de la administración de la justicia a la que responde este procedimiento es la diferenciación de la potestad jurisdiccional que corresponde al magistrado elegido por la asamblea de ciudadanos, y la función judicial, que se atribuye a un juez privado elegido por los litigantes[50]. Siguiendo esta diferencia ya estudiada por la doctrina romanista, deberemos distinguir por un lado lo que es la *iurisdictio* y, por otro lado, la función judicial, *iudicatio*. La distinción entre *iurisdictio* y *iudicatio*[51], es decir, entre los aspectos formales y los materiales del proceso, fue una de las más sutiles y fecundas conquistas del genio jurídico romano[52]. Funciones que tan sólo aparecen desgajadas y

45. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova. 1937., p. 149

46. PUGLIESE, *Il processo civile romano* Milán 1963. T.I p. 152-4. aclara que la fijación del derecho se refiere al caso concreto, no a poner normas abstractas como podían ser las *mores* o las *leges*, que no existían en el ordenamiento romano primitivo, de las que no puede derivarse una norma lógica que determine un silogismo, sino que debía parcialmente crearla por sí mismo. *Ius* sería la regla declarada para el caso concreto, y esta se forma por la praxis consuetudinaria.

47. KASER... *op.cit. pp* 355.

48. El *Consilium magistratuum*, asesoraba al pretor que no era experto en cuestiones jurídicas.

49. VOCI *Manuale* ... cit, p. 461.

50. FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisiarios en Derecho Romano". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15-2011, p. 579.

51. FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986. Pp 31 y ss. TORRENT, A. *La iurisdictio de los magistrados municipales* .., cit., pp 81 y ss, SCIALOJA, V., P*rocedura civile romana*. Roma 1936. DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova 1937. PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano* ... cit ., p 140. BOVE, L., *Nov. Dig. Italiano*. S.V. *"Iurisdcitio"*, p., 347 LUZZATO G.I., *Enciclopedi del Diritto*, S.V. *"giurisdizione"*.

52. DIAZ BAUTISTA, A, Prólogo a *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*. Madrid. 2009. Dykinson, p. 16.

atribuidas a personas diferentes en ciertas manifestaciones de las *legis actiones* y en el proceso formulario.

El conocimiento del derecho por parte del iudex y del arbiter

Arbiter

El origen de la figura del árbitro[53] (*arbiter*), a diferencia de la del juez (*iudex*), parece que fue al margen del ámbito procesal oficial, con ulterior recepción en el mismo"[54]. Cicerón distingue entre jueces y árbitros, señalando ¿quid *est in iudicio? Directum asperum, simplex. Quid est in arbitro? Mite, moderatum*[55], Pudiendo parecer que el *iudex* está más sujeto a la ley, a la fórmula del magistrado, mientras que el árbitro es más técnico en su labor[56]. Una de las diferencias entre ambos suele ser el tipo de acción que se plantea[57] se dice que el nombre de *iudex* se aplicó al juez dotado de un arbitrio más amplio.

Sí que nos gustaría indicar que no es lo mismo la intervención de un *iudex* o de un *arbiter*, pues, como dice Torrent, el *iudex* valora los hechos, guiado por criterios estrictamente jurídicos, en cambio el *arbiter* lo hace cuando se requiere una específica competencia[58]. Para este autor, aunque el *iudex* no tenía por qué ser un técnico en derecho era un cometido que "cada miembro de la clase dirigente, o cada ciudadano, o incluso cualquier hombre púber y sano de mente debía saber realizar". Desde la óptica del *iura novit curia,* el *iudex* parece más vinculado con el derecho, que el *arbiter* que es alguien más experto en la resolución de asuntos de hecho, en los que es elegido por su pericia, parece que el árbitro se elige para casos en los que existe más discrecionalidad para juzgar, entre otros en los juicios divisorios[59]. Por otro lado, no se suele nombrar *arbiter* en las accio-

53. PARICIO. J., *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica,* Madrid, 2014." p. 21 "Desde un punto de vista terminológico, aunque el vocablo *arbiter* siguió empleándose tanto para el árbitro que interviene como juzgador en procesos oficiales como para el árbitro de los arbitrajes compromisarios, es muy explicable que en los primeros tendiese a prevalecer la denominación omnicomprensiva de iudex para designar al juzgador unipersonal, mientras que el de *arbiter* tendiera a reservarse a los segundos; aunque no se tratara de una regla de validez absoluta, e incluso, a veces, al *arbiter ex compromisso* se lo denomina *iudex*. Por eso mismo, en el ámbito de los arbitrajes o juicios de buena fe, frente a la denominación más antigua de *arbitria bonae fidei*, tiende a prevalecer la de *iudicia bonae fidei*".

54. PARICIO. J., *Los arbitrajes privados* ...cit. pp 20-21. La primera recepción del *arbiter* en la esfera oficial se habría producido en época decemviral, y otra posterior en los siglos III-II a. C. con los *arbitria bonae fidei*, y de entre estos los más antiguos según el autor, serían los de fiducia *(actio fiduciae)* y dote *(actio rei uxoriae)*, y tal vez también el de sociedad *(actio pro socio)*. Y a estas dos recepciones operadas en el ámbito procesal del *ius civile* se añadirá la tercera que es el arbitraje compromisario, sólo que ésta en el ámbito del llamado *ius honorarium*.

55. *Cic. Pro Roscio Com.* 4,11. Aunque el mismo Cicerón advierte en *Ci. Pro Mur.* 12, 27, que ya en su época no exise esta diferencia entre los dos actores judiciales referidos.

56. Los árbitros resolvían temas de herencias, sociedades (Paul 6 ad Sab. D. 17.2 38 pr.), de servidumbres rústicas (D. 39. 3. 24. 2), (D. 8. 3. 13. 2), (D. 8. 2. 11. 1)

57. Por ejemplo, en la *legis actio per sacramentum* siempre se resolvía por el primero, la *legis actio arbitrive postulationem* podía plantearse ante cualquiera de las dos. En todo caso el factor principal es la voluntad de las partes.

58. PARICIO. J., *"Iurare sibi non liquere"*, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), p. 122.

59. Sabemos que el árbitro conoce de juicios divisorios de herencia, división de cosa común entre condóminos, también

nes *stricti iuris*[60], en las que se pide al *Iudex* que decida sobre una concreta cuestión de derecho, sin posibilidad de pronunciarse respecto a otra, ya sea de hecho o de derecho, normalmente basadas en negocios *stricti iuris*, negocios que se hallan fija y previamente determinados por la letra de la ley, a la cual es necesario atenerse, aun cuando al llevarla a la práctica, choque con los postulados de la equidad. Esta peculiaridad nos permite interpretar que el *iudex*, al menos en algunas ocasiones, tenía conocimientos jurídicos.

En cuanto al *arbiter*, y por el ámbito competencial que maneja no podemos deducir si conoce o no el derecho, o sólo según su arbitrio basado en los hechos probados. De hecho, no es una cuestión pacífica, con seguridad no sabemos si el árbitro romano juzgaba en derecho o en equidad. Creen que el árbitro emitía su laudo sin sujeción al derecho Marrone[61], De Giovanni[62] y Paricio[63]. Concretamente, Paricio da por zanjado el hecho de que la sentencia del árbitro compromisario no debe dictarse con arreglo a derecho, sino sólo emitir su juicio según su propio saber y entender[64]. Sin embargo, Talamanca apunta que el *arbiter* estaba vinculado al derecho objetivo, siempre que las partes en el compromiso no lo hubieran liberado de la observancia de éste[65].

Nosotros pensamos, en la misma línea que Talamanca que, aunque se dicte laudo en equidad es complicado sustraerse al derecho objetivo, más si el árbitro es experto en lo que se somete a su criterio. En ese sentido, las diferentes razones que da Paricio recogidas en D. 4. 8. 19. pr., cuando advierte que al pretor no le importa como sea la sentencia que dictó el árbitro con tal de que lo haga conforme a su parecer, u otra razón, como que se obligue a acatar la sentencia justa o injusta[66], o la última acatar incluso el laudo absurdo[67], no indican que se desoiga el derecho, de lo que nos hablan es de que el laudo es ejecutivo como una sentencia, no tiene posibilidad de recurso, punto que debe ser tenido en cuenta por quienes eligen este modo de solución de controversias.

El propio Talamanca [68] señala lo que es lógico, que si se quiere un arbitraje en dere-

resolvían sobre créditos concertados en obligaciones verbales, en casos de sociedades D. 17. 2. 76, en casos de delimitación de lindes D. 4. 8. 44 (47)

60. Tampoco eran competentes para ventilar *iudicium publicum*, en D. 4. 8. 32 (35).6 Paulo describe como habiéndose nombrado árbitro en una acción sobre delito infamante, el preteor de debe prohibir pronunciar sentencia arbitral.

61. MARRONE, M., *"Sull´arbitrato privato nell´experienza giuridica romana". Rivista arbitrale.* 1996, 1., cit 9.

62. DE GIOVANNI, L., *"L´arbitrato nell´experienza giuridica romana". En Sull´arbitrato. Studi oferti a G. Vere. Napoli.* 2010, p., 334.

63. PARICIO, J., "Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromiso.* Sanción contra el árbitro que no dio sentencia". RIDA XXXI, 1984, p. 288.

64. PARICIO, J.., *Los arbitrajes privados* ..., cit., p. 47.

65. TALAMANCA .. p.28. *"l´ipotesi più probabile è che, ..., l´arbitro fosse legato al diritto oggetivo, purchè le parti nel compromesso non lo avessero svincolato dall´osservanza di esso.*

66. D. 17 .2. 76.

67. D. 4. 8. 27.2.

68. TALAMANCA. M., *Richerche*....cit. p. 28 cita 65: *"Naturalmente l´arbitro ove fosse vincolato al diritto oggettivo, avrebbe dovuto appiclare il ius civi,e ed il ius honorarium, senza che, per l´applicazione di quiest´ultimo, dovesse essere facoltizzato espressamente nel compromissum"..."Della possibilità di compromettere in bonum et aequum controversia su pretese che non fossero tutelate dal diritto oggetivo, il che poteva avere la sua importanza, soprattutto in materia di obbligazioni, data la rigida tipicità dell´ordinamento romano, non abbiamo esempio nelle fonti; ma dal punto di vista lógico non embrano potersi*

cho se contemple en el compromiso, pero de no hacerlo así, tampoco nada impide que al resolver en equidad se aplique el derecho, más cuando en el campo de las obligaciones el Derecho Romano, tanto el *ius civile* como el *ius honorarium*, es de una tipicidad muy rígida. Así que el arbitraje compromisario se resuelva en equidad, no impide que el *arbiter* conozca y atienda las prescripciones de derecho objetivo, cuya aplicación cabe, incluso cuando no se reconozca expresamente en el compromiso[69]. Por tanto, aunque en Roma sólo podamos hablar estrictamente de arbitraje de equidad, esto no impide que, dentro de éste, se resolviera trayendo al proceso arbitral máximas y conceptos jurídicos, que aplicarán los árbitros cuyo saber y entender fuera, además de los propios, el jurídico.

Buigues[70] en cuanto a la diferencia entre *arbiter* y *iudex* nos añade otro matiz interesante, el *arbiter ex compromiso* no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, escrita redactada en presencia de y con la aprobación del Pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes. Esto nos enlaza con la regla *iura novit curia* en el sentido que luego trataremos, si para el juez la fórmula contiene derecho que debe aplicarse en el caso concreto, cuando el *iudex* asume su encargo, puede conocerlo. El árbitro como hemos visto y con carácter general no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho.

Iudex

Si nos centramos en el *iudex privatus*, el juramento que presta al iniciar la fase *in iure*, cuando se le elegía, implicaba unos deberes que venían prescritos por el *officium iudicis*[71], la función jurisdiccional ya no era privada sino un *munus publicum,* que el ciudadano no podía excusar salvo por contadas razones[72], tenía la obligación de juzgar,

formulare,alriguardo, obbiezioni fondate".

69. GIL GARCIA, O., "Las cualidades del *arbiter ex compromisso*: especial mención a la imparcialidad". En *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Dykinson, 2016, pp. 407-408.

70. BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el "arbiter ex compromiso"*. Madrid. 1990, p. 136 y ss.

71. Los deberes del *oficium iudicis* eran según Murga., *Derecho Romano clásico II. El Proceso* 2ª ed., cit. p. 313 estar presente y presidir las alegaciones de los litigantes, con la obligación de escuchar a los dos, examinar los medios de prueba con amplia potestad decisoria sobre ella, pronunciar órdenes verbales, y la más importante emitir su *iudicium*. El *officium iudicis* también se impone al juez público de la *cognitio*, asimismo suponía que no es válido lo hecho por un juez sino corresponde a su oficio (D. 50, 17, 170).

72. Como se observa en Ulp. D. 50.5.13.pr. estas podían ser enfermedad, sacerdocio, ausencia justificada, parentesco con alguna de las partes, para lo que debía reforzar su petición de excusa con juramento. Ninguna de ellas por desconocimiento del asunto.

En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy, que se abstenga, como son: ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8. 9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D. 4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4.8.32.15), y resuelve por

juzgar era un deber[73], que hoy resulta inexcusable pero que en Roma se podía excusar.

Cuando el *iudex* era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*[74], el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad[75]. Este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por tanto, *de facto*, fuera de observancia el *iura novit curia*. Más adelante, el juramento de actuar conforme a la *veritas* y las *leges* que fue exigido a partir de la constitución de Justiniano del año 530 recogido en C.J. 3.1.14.1[76] recoge claramente la obligación del juez privado, y su sumisión al derecho, juramento que no se exigía al árbitro[77]. El árbitro parece que no está vinculado al derecho objetivo, aunque su conocimiento sea de indudable utilidad para el mejor desempeño de sus funciones, así en nov. 83. 11 pr. del año 539, se reprocha a los litigantes que utilizan como árbitros a personas ignorantes en derecho, acudiendo después a tribunales al no quedar conforme con la sentencia arbitral. Pero esta novela nos desvela algo más, que los tribunales resuelven conociendo el derecho, cosa que puede no hacerse en el arbitraje privado.

No es una aplicación rígida del principio, puesto que antes de sentenciar se acompañaban del *consilium*, pero era soberano al decidir, en el sentido de que el parecer de tal consejo ni siquiera le vinculaba[78].

Por otro lado, el juez romano no estaba obligado a sentenciar, porque si el juez no puede adoptar el fallo por las dificultades que la cuestión sometida a su criterio ofrece, podía volver a jurar *rem sibi non liquere,* es decir, no ver clara la solución del pleito, señalándolo en la tablilla con NL. De tal manera que, al liberarse del primer juramento, se podía nombrar otro *iudex*[79] más preparado, mediante el procedimiento de la *mutatio*

rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena.

Sabemos que ya Ulpiano (D. 4. 8. 3. 3. *Ulp. 13 ad Ed.*) y Paulo (D. 4. 8. 4 *Paul. 13 ad Ed.*) señalaba que el árbitro no podía desempeñar una magistratura de igual o mayor potestad que la del Pretor, así este último tenía *coercitio* ante él y le podía obligar a sentenciar entre otras cosas *per maiorve potestas*.

73. Este punto une este aforismo con otro no poco importante, como la actual prohibición de *non liquet* de nuestros jueces y magistrados, que también era obligación en Roma sólo eludible por el juramento de *sibi non liquet.* En Roma si el juez no tiene un buen conocimiento del asunto se puede apartar de él, precisamente por no poder resolverlo (D. 4. 8. 13. 4). Sin que esto implique que lo que resulta obligatorio es que a las partes se le dé solución a su conflicto. Hoy en cambio el juez debe resolver y no puede apartarse de un pleito por desconocimiento, *iura novit curia*, así 1.7 C.C le impone el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de los que conozca ateniéndose al sistema de fuentes, art. 11.3 LOPJ siendo castigado penal o disciplinariamente por no hacerlo.

74. Justiniano en una Constitución referida en C. 3. 1. 14. pr. menciona la antigua obligación de jurar de los jueces, de cómo iban a acordar sentencia definitiva conforme a la verdad y a la observancia de las leyes.

75. Expresión utilizada por KASER, *op. cit.* p. 378.

76. PARICIO, J. *Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados romanos,* Madrid, 1987. p. 119.

77. FERNANDEZ BARREIRO, A., GARCIA CAMIÑAS, J., *"Arbitraje y Justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios..."*, cit., p 584.

78. KASER, *op. cit.* p 378.

79. Tenemos pocas noticias sobre esta práctica, sabemos que antes de dar este paso el juez tenía la opción de retrasar su veredicto utilizando un aplazamiento por medio de la *diffissio*, (Ulpiano, D. 4. 8. 13. 4. (Ulp. 13 ad ed.) indica que, si el juez es apremiado por el Pretor para dictar sentencia, será muy justo que, si jura no estar aún bien instruido, se le dé espacio para

iudicis. Una de las consecuencias actuales de la aplicación del principio que nos ocupa es que el juez de hoy conoce "todo" el derecho[80] y esto implica que debe sentenciar en todo caso, no pudiendo apartarse de un asunto por esta razón. El juez romano, si no se veía con conocimientos para juzgar, se podía apartar del asunto, y ese no ver claro, no sabemos con exactitud si también podía afectar a su desconocimiento del derecho aplicable al caso, aunque no lo podamos descartar. Si esto fuera así, y el juez si no conoce el derecho se puede apartar de la causa, debemos deducir que no era obligatorio conocer el derecho, y por tanto puede ser una razón más, para suponer que el juez romano no estaba afectado en esta etapa, por la máxima *iura novit curia*. Pero lo más probable es que, a la hora de sentenciar y si no se apartaba del caso, es porque precisamente conocía los aspectos, tanto fácticos como jurídicos, imprescindibles para acometer su función, aunque no fuera obligatorio ese conocimiento de la norma.

Los jueces, unipersonales o colegiados, en el desempeño de su función judicial, debían ceñirse a los hechos, valorar las pruebas y dictar sentencia, en aplicación de principios que, éstos si, rigen en el procedimiento formulario de Derecho Romano, como son el principio dispositivo y el de aportación de parte. Pero como hemos advertido, podía ser juez cualquier ciudadano, y su función acababa con la decisión de cada proceso, si bien es verdad, que su tarea fue lo suficientemente importante como para provocar grandes tensiones y rivalidades, a fin de decidir qué tipos de personas podían llegar a desempeñar la tarea judicial.

Sabemos que en un principio tal función fue realizada por senadores, aunque no en cuanto tales, sino simplemente por su propia categoría humana e intelectual y sin duda, también por su natural independencia a la hora de dictar sentencia[81]. El *iudex privatus* era elegido del *album iudicum,* que se elaboraba anualmente con ciudadanos a los que no se les exigían conocimientos especiales de derecho[82]. El juez es un ciudadano que se destina a esa función por su respetabilidad y su inclusión en el censo, no por su ciencia[83].

pronunciar su juicio) pero si después seguía sin argumentos para resolver, podía *iurare sibi non liquere*, véase PARICIO, J., "Iurare sibi non liquere", en Atti del III Seminario romanistico gardesano (Milán, 1988), pp. 414-416. Del mismo autor Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21 y ss.

80. El juez actual, accede a su cargo, en su mayor parte por oposición en la que se valoran sus conocimientos jurídicos que completa posteriormente en la Centro de Estudios Judiciales art. 301 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

81. MURGA, D*erecho Romano Clásico II. El proceso*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1983, pp. 64-65. Como añade el autor una de las más significativas reivindicaciones de las guerras civiles fue precisamente lograr que también los *equites* fuesen llamados para cumplir la misión de juez.

82. GIL GARCIA, O., "Las cualidades del *arbiter ex compromisso*. Especial mención a la imparcialidad." Op. Cit. p. 406. No podían ser jueces, y se excepcionaban el pupilo, el loco, el sordo o mudo (D. 4. 8. 9. 1 Ulp. 16 ad Ed.) los impúberes (D. 4. 8. 41), los esclavos (D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 ad Ed.) y D. 4. 8. 9 pr. (Ulp. 13 ad Ed.)), o las mujeres por aplicación de la costumbre (D. 5. 1. 12. 2). Sin embargo, en la Partidas III.4.4 la mujer no puede ser juez, pero sí árbitro, cuando tenga jurisdicción sobre un territorio, si bien en ese caso ha de estar aconsejada de hombres entendidos en derecho. Esto sucedía con las Reinas, Condesas u otras dueñas. Será después, con las leyes de enjuiciamiento de causas y negocios de comercio de 1830 y en la ley de enjuiciamiento civil de 1855 cuando se vete la posibilidad de ser árbitro a la mujer, pese a ser normas más modernas. Tampoco los expulsados del Senado, como advierte Paulo (D. 5.1.12.2).

83. Cic. P, Planc. 25, 62 "*Virtus, probitas, integritas in candidato,. non ars, non stientia requiri solet.*" https://institucional.us.es/revistas/habis/18-19/30%20rodriguez%20neila.pdf

Como advierte D´ors, y ya señalamos, los jueces no suelen conocer el derecho (aunque las partes deben presumir lo contrario y abstenerse de probarlo), por lo que recabarán el asesoramiento de los juristas[84], lo que en sí mismo parece una paradoja, sin conocerlo *a priori*, deben aplicarlo sino por si, por la intervención de asesores.

Los jueces o los árbitros se elegían por las partes de común acuerdo, o se extraían por sorteo del *album iudicum*[85] [86]. Lo que parece señalar que lo que se pretendía con esa elección era prioritariamente elegir prácticos, que pudieran comprender de forma idónea los hechos y la prueba sobre los que versaba el asunto *ad hoc*. Por su elección podemos colegir que, aunque los hechos son el núcleo de decisión del *iudex,* más que el derecho, su intervención es sumamente jurídica porque si como advierte Paulo el derecho no puede abolir los hechos (D. 41. 2. 1. 4), que definen la singularidad de cada proceso, eso quiere decir a *sensu contrario* que hay que aplicar el derecho. Pero también sabemos que debe hacerlo, pues como advierte Celso en D. 1. 3. 24 es contrario al derecho civil juzgar o responder teniendo en cuenta sólo una pequeña parte de la ley, sin contemplarla en su totalidad, luego deducimos que el juez debe aplicar la totalidad de la ley, por tanto, la ley.

En D. 1. 3. 8 Ulpiano, advierte que el derecho no se establece para las personas singulares, sino con carácter general, *Iura non in singulas persona*, *sed generaliter consituuntur*. Como dice Ulpiano *omne, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur* Ulp. D. 47. 10. 1 pr. todo lo que no se hace con arreglo a derecho se dice que se hace contra derecho, si esto es así para la generalidad de ciudadanos, cuanto más para el juez al juzgar.

Por otro lado, no podemos excluir otra razón, apoyada en una máxima, *ignorantia iuris nocet,* (Paulo D. 22. 6. 9 pr.) en su aplicación entendemos que al juez no le es lícito ignorar la ley, como a nadie[87]. La ley pública se da al pueblo y luego se expone su texto en público de ahí que todos deban conocerla, y sea inexcusable su ignorancia, y entendemos que en este "pueblo" se incluyen los jueces, aunque sean legos, puesto que forman

84. D´ORS. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

85. Los criterios para la confección de estas listas variaron mucho en Roma, Según la *Lex Acilia repetundarum* del 123 a. C. las listas las redactaba el pretor cada año. Si están de acuerdo en el nombramiento perfecto, sino lo están *álbum iudicum selectorum* se eligen entre ciudadanos del orden senatorial, más tarde se incorporan del orden ecuestre, pero fue motivo de luchas políticas. Las partes tienen un derecho limitado de recusación *(reiectio)*... pero a efectos del *iura novit curia*, son personas con cierto nivel social, que a quienes se les puede presuponer ciertos conocimientos jurídicos por las ocupaciones que han desempañado para poder estar incluidos en el *album*.

86. Tampoco podían juzgar aquellos que, *reiectio*, estaban manchados de parcialidad con alguna de los litigantes por tener por vínculo de parentesco, enemistad, ... En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy que se abstenga, como ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8 .9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D .4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4. 8. 32. 15), resuelve por rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena. En D. 4. 8. 9. 2 se refiere otro caso de parcialidad, que el juez tiene prohibido hacerse cargo del arbitraje de un asunto que tiene como objeto una causa de su competencia. En las Partidas III. 4. 24 cuando se alude a esta prohibición sólo se aplica a los arbitrajes en derecho, la razón además de por la posible parcialidad, también era económica, porque en la práctica se evitaba el proceso y con él se eludían los pagos al erario público por tasas del juicio.

87. Se recepciona de forma más explícita en el Fuero Juzgo, 2.1.3 de Recesvinto: a nadie es lícito ignorar las leyes.

parte de él. Como nos recuerda D´Ors[88] no podemos olvidar que *leges* son muchas, y muchas de ellas afectan al derecho privado, son *ius cogens*, por ejemplo, las que atañen a la *libertas* D. 4.5.53 pr., a la *usucapio* D.39.2.18.1, a la *quarta Falcidia* D. 35.2.15.1, a las escusas de la tutela D. 27.1.30.3, a la revocación de lo vendido en fraude D. 26. 1. 8, a la responsabilidad en los transportes marítimos D. 14. 1. 1. 20, al derecho de recuperar la dote D. 23. 3. 2, al plazo para considerar a una persona difunta en cinco años, D. 4. 15. 2. 1, a no gravar la manumisión testamentaria con cargas D. 38. 1. 42, al derecho fiscal D. 2. 14. 42. Todos ellos casos en los que entendemos que el juez conoce y aplica el derecho, y no puede ignorarlo.

Contamos con algunos ejemplos en los que el *iudex* debe ser quien resuelva por considerar que su función es esclarecer los hechos, entendiendo que el derecho es una consecuencia de la fijación fáctica. En D. 24. 1. 47 Celso plantea una cuestión sobre gastos que hacía el esposo en favor de su mujer: cuáles se deben considerar donaciones de las prohibidas entre cónyuges. Celso diferenciaba los gastos necesarios para el cumplimiento de los deberes propios de un esposo, que serían donaciones, de los gastos en la administración de los negocios por el esposo en favor de ella, que no se consideran donaciones. Pero que un gasto fuera de una u otra categoría entendía que era una cuestión de hecho, y eso lo debía decidir el *iudex*. El otro caso lo plantea Juliano, en D. 39. 5. 2. 7, es la entrega de dinero a Ticio para que comprara un esclavo, Stico, entregado el dinero, no se pudo llegar a comprar por fallecimiento del esclavo, aquél que entregó el dinero pregunta si puede reclamarlo en algún concepto. Juliano entiende que es una cuestión de hecho dilucidar si la entrega del dinero se hubiera hecho como condición, para la compra o se hubiera hecho como donación. Y Juliano parece que pensó que debía ser el *iudex* el que debe esclarecer qué sucedió[89]. La función de este juzgador se parece a la función de un jurado a quien le pedimos que determine los hechos porque el derecho será consecuencia de esa decisión, como ya advierte Kaser, el *iudex* único es un particular a quien se confía como jurado una función judicial[90].

La obligación del juez de conocer el derecho está confirmada por otra razón más, porque si el juez comete una infracción, incluidas las de Derecho, se ve sometido a responsabilidad. El juez del procedimiento formulario si incurre en nulidad de la sentencia porque ésta se dicta *contra legem,* debe soportar su responsabilidad y debe hacer propia la *litis* (D. 42, 1, 27, 1) más si esta decisión del *iudex* es preclusiva, es decir, comporta la imposibilidad material para las partes procesales de iniciar otro pleito con la misma acción por los mismos hechos. Recordemos que aún no existe la posibilidad de apelar que nace con la co*gnitio*, de ahí que fuera imprescindible que en ese caso el juez fuera responsable, subrogándose en la posición del condenado. (D. 5. 1. 15. 1) como dice Burdese: *quanto meno in uno specifico caso di dolosa frode alla legge da parte del giudice,*

88. D´ORS *Derecho privado* ...cit. pp 64 indica que la afirmación general del deber de conocer las leyes es de época tardía, C Th.1.1.2 o CJ 1.18.12 del 391, donde incluso, se equiparará la ley con el edicto, que también es público (D.21.1.1.2itp. pero este derecho será inexcusable y es obligatorio, no se puede alterar por la voluntad de los particulares, es *ius cogens*.

89. Más adelante Justiniano, en C 5. 16. 25. 2, también a propósito de unas donaciones decide abandonar la distinción entre a *quaestio iuris* y a *quaestio factum*.

90. KASER op. *cit*. p. 366.

sul presupposto della nullità della relativa sentenza[91].

El juez romano tiene un deber esencial, y para eso es nombrado, que es sentenciar como nos recuerda Juliano (D. 5. 1. 74 pr.) y, es más, de no sentenciar incurre en responsabilidad como recuerda Ulpiano en D. 42. 1. 55. En C. 7. 44. 2 (*Imppp Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Probum Praefectum Praetorio*) se dice que se debe resolver *statim*, es decir, rápido para impedir dilaciones. Sabemos que cabía prórroga para dictar la sentencia, aunque esto fuera lo excepcional, (D. 4. 8. 13. 4), sabemos que la sentencia dictada fuera de plazo era nula, y no incurre en pena el que no la acata (C. 2. 55. 1 año 213)[92], e incluso que una sentencia dictada con posterioridad al año de mandato del magistrado carecía de validez y la acción procesal no podía volver a ejercitarse, lo que provocaba la caducidad de la instancia igual que si no se ajustaba a la fórmula (Gai. 4. 52).

Esto cambia con la *cognitio extra ordinem* puesto que en este caso la dilación de esos plazos para finalizar los pleitos (C.T. 1. 16. 1 año 313), 2. 15. 1 año 319, 12. 1. 181 pr. año 416, no produce caducidad del litigio. En el mismo sentido la legislación justinianea. Es más, las partes procesales pueden acordar otro plazo que el juez está obligado a aceptar si la demora es por su culpa (D. 4. 8. 21. 5)[93]

Iurisdictio del pretor y principio iura novit curia

Garantes de la *iurisdictio* serán primero el pretor urbano, luego el pretor peregrino e incluso más tarde, los magistrados municipales. Pomponio, respecto al primero de ellos (Pomp. D. 1. 2. 2. 10), nos dice cómo los magistrados restituían derechos, y para que los ciudadanos supieran que derecho iba a declarar en cada caso constituyeron edictos, que conformaron el derecho honorario. Sus funciones eran como advierte Papiniano en sus definiciones (Pap. D. 1. 1. 7. 1): ayudar, suplir o corregir el derecho civil. Para poder desarrollar esta función es indudable que debían poder llegar a conocer el derecho del caso concreto y así poder transformarlo. Y ese derecho es el que servían en la fórmula, para que el *iudex* sentenciara sin necesidad de conocerlo previamente, centrando su actividad en valorar la prueba, los hechos, y a estos aplicando el saber que tenía por su pericia en la materia de fondo y la autoridad que adquiría al ser llamado juez por elección de las partes procesales[94].

91. BURDESE, A., *Miscellanea romanística*...cit, pp.119-120. En cambio, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* se supera esta concepción y la responsabilidad del juez civil, que no es juez privado sino público, se reduce más a causas de parcialidad. La nulidad de la sentencia dictada contra normas deviene nula pero no es preclusiva, de ahí que el juez no resulta responsable, las partes pueden volver a plantear el pleito, arbitrándose una nueva solución: contra su sentencia cabe apelación.

92. Incluso D.4.8.50 queda fuera de plazo la dictada en tiempo de prórroga sólo acordado por el juez, si no habían comparecido los litigantes.

93. Hoy la prohibición del *non liquet* se recoge en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dice: "Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes."

94. En esos casos también podríamos incluir los asuntos en los que interviene un jurado, que evidentemente está formado por miembros legos, que se pronuncia sobre los hechos y, sin embargo, se aplica el derecho, aunque ayudados por el magis-

Estos magistrados estaban acompañados por un *consilium* que les ayudaba en materias jurídicas, también los propios litigantes podían contar con el asesoramiento de los jurisconsultos cuando desempeñaban su función de *agere*. El demandante *qui agere vult*, aportaba al proceso el asesoramiento sobre las acciones y la fórmula, incluso la norma a aplicar para la buena defensa de sus derechos. Resulta difícil pensar, que para realizar estas tareas el magistrado no conociera además y por él mismo, gran parte del derecho imprescindible para actuar en cada caso.

Respecto a la fórmula "*Or, ce sont justement les formules qui ont joué le role principal dans le développement de la science juriridique chez les romaines. Etant elles mêmes les produits d´un esprit juridique d´une exactitude et d´une souplesse* étonnantes*, elles ont posé à la jurisprudence des points de repère, qui lui ont* évité *la peine de chercher par ci par là, au hasard des intérêts publics et privés, les critériums de classification et d´interprétation des situations juridiques*."[95]. Al Pretor le corresponde aplicar la ley existente, una vez escuchados los litigantes y definidos los términos del proceso, dentro de la fase *in iure*, el *iudex* recibida la fórmula determina los datos fácticos y jurídicos de la disputa[96], para emitir su sentencia, *apud iudicem*. Si no hay norma existente, el magistrado asistido por su *consilium* (este sí, compuesto por juristas) decide si la petición es digna de protección y define un medio procesal para ella, otorga una acción. Ésta una vez concedida, se tramita como siempre, pero con esa innovación jurídica que ha introducido el pretor.

Más tarde, el pretor peregrino, sobre el siglo III a C., años 242-241 a. C., también nace con función de *dicere ius,* ahora para resolver los cada vez más numerosos conflictos que nacen de las relaciones comerciales con los *peregrini*, e incluso entre estos mismos (*dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*). Su tarea es más amplia que cuando el pretor solo resuelve entre *cives* romanos, por medio de las *legis actiones* y en aplicación del *ius civile*. Ahora el procedimiento formulario se va extendiendo, crean reglas nuevas adaptadas al caso concreto basadas en la *fides*. El pretor urbano ejercía su jurisdicción en Roma, pero también los Magistrados municipales tenían jurisdicción[97], bien por delegación del Pretor romano o por la ley institutiva de cada municipio, este derecho se ejercía por los *praefecti iure dicundo,* (como los *praefecti Capuam Cumas*) o por los *duoviri* o *quattuorviri iure dicundo* elegidos por los *comitia* municipales[98].

Ante el magistrado se desarrollan las actuaciones encaminadas a la instrucción del proceso, en tanto que la práctica de la prueba tiene lugar ante el juez que resuelve la

trado ponente, que hará las preguntas necesarias para poder aplicar después el derecho. Nadie diría que un juicio por jurados no se aplica el derecho, es decir, *iura novit curia*.

95. ARANGIO-RUIZ, V., *"Les formules des actions et le système du droit romain classique." Scritti di diritto romano* II. Ed. Jovene editore. 1974. P. 421.

96. VOCI, *Manuale* ...op, cit, vol. I, p. 106.

97. En general y para revisar la jurisdicción de los magistrados municipales Torrent, A. La *iurisdictio* ..., cit.

98. Estas magistraturas tenían competencias jurisdiccionales, instruían causas relativas a crimina cometidas en su municipio, y en el campo civil, resolvían controversias entre particulares, salvo en ciertas materias reservadas al pretor de Roma: causae liberales, famosae, actos magis imperii quam iurisdictionis. Otro límite de competencia es la cuantía, que, si sobrepasa los 10.000 sextercios, debía ser resuelta por el pretor.

controversia con una sentencia definitiva con valor de cosa juzgada. El mencionado magistrado resuelve la *causa cognitio,* desde el derecho, y subrayamos esto último, ya que otorgaba acción o no, determinaba si había habido *litis pendencia*, admitía a las partes procesales observando si tenían o carecían de legitimación activa y pasiva (*is qui agit, is cum quo agitur)*, fijaba el objeto del proceso la *causa petendi*, centraba el debate, revisaba su competencia, supervisaba el nombramiento del *iudex*, e incluso decidía e impulsaba los actos *magis imperii quam iurisdicionis,* que a la postre aseguraban el buen fin y el cumplimiento cierto de la futura sentencia. Por todo ello, entendemos que, *de facto*, conoce el derecho. Es más, decide sobre asuntos que provocan el efecto de *res iudicata,* tal es el caso del allanamiento, *confessio in iure*, que genera una *actio ex confessione*[99], o de la propia *transactio*.

Cuando el Pretor deniega la acción, se comporta como un juez, y su decisión se parece a una sentencia, aunque se pueda plantear de otra manera para que sea admitida. Incluso, cuando los jueces, investidos por el magistrado, no tienen ley que aplicar, siguen las instrucciones del pretor peregrino conforme a la buena fe que recogían las costumbres comerciales[100].

Todas estas tareas mencionadas anteriormente tienen un contenido básicamente procesal, con naturaleza de *ius cogens*, e indican que este magistrado estaba aplicando un derecho de elaborada técnica procesal. Como señala afinadamente Kaser refiriéndose al pretor "la *iuris dictio* del magistrado consiste en la declaración de lo que es derecho, no en dictar sentencias"[101]. Para ello, este magistrado elegía e incluso en ocasiones creaba el derecho imprescindible para cada caso concreto, ya por conocimiento propio, ya por asesoramiento.

La actividad de este magistrado no es baladí, porque como todos sabemos con su quehacer se desarrolla el *ius honorarium,* cuando cada Pretor publicaba al inicio de su año de mandato su edicto con los criterios por los que iba a regir los *iudicia*. Es más, este magistrado quizá no aplica, pero si conoce e incluso crea gran parte del Derecho Romano, incluyendo el procesal romano[102]. Su labor fue creadora del *ius praetorium*, en D. 1. 1. 7. 1 se afirma... la *aequitas* y la *bona fides* de su jurisdicción dotó al derecho de criterios de ponderación, de analogía, de atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, de proporcionalidad, y este hecho implica no solo la aplicación del derecho, sino que incluso lo crea *ad hoc*.

El pretor aplica al derecho formulario la realización del *bonum et aequum,* en ocasiones no aplicaba el derecho en vigor, y denegaba la *actio* o la *exceptio* para el caso concreto denegando la norma general y abstracta, pero el magistrado anticipa las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, que después se exponen al *iudicium*.

El Pretor recoge en esta fase esa fórmula a la que el juez está vinculado y en ella el conjunto de cuestiones tanto jurídicas como fácticas del caso, para que el juez condene

99. Incluso en las *legis actiones* se podía actuar contra el *confessus* por medio de la *manus iniectio iudicati*.

100. ARANGIO-RUIZ, V., *Les formules* ... cit., p. 451.

101. KASER, op. cit. p. 355.

102. En las *intentio in factum concepta,* Gayo 4. 46, si el demandante no encontraba suficiente apoyo en el derecho establecido, podía solicitar el amparo del Magistrado y que éste le concedía una protección procesal, se proseguía el *iudicium* y se creaba esa acción pretoria, que incluso luego pasa al derecho civil.

o absuelva, en función de la prueba, y como consecuencia de ello, si los hechos estaban o no fundados en las pretensiones jurídicas recogidas en la fórmula. El derecho aplicable estaba en la elección de la propia fórmula, en su admisión y en cómo se redactaba. El juez aprehendía el derecho de la fórmula y por congruencia no podía salirse de lo pedido por la parte[103], porque como advierte Kaser la fórmula contiene, además del nombramiento del juez, el programa o pauta del litigio, esto es el conjunto de cuestiones jurídicas y fácticas, cuya solución depende de la sentencia del juez[104] . En este procedimiento "la ley para el juez era la fórmula"[105].

Precisamente en la *intentio,* junto con la identificación de las partes procesales, la descripción del acto que generaba el pleito, se debía determinar la situación jurídica que daba lugar a la *actio*, según Celso el *ius persequendi iudicio quod sibi debeatur*, el fundamento jurídico protegido procesalmente. En la *intentio in ius concepta,* Gayo 4. 45, indica como en esos casos la pretensión se refiere a derecho civil, señala las que pretenden la propiedad civil, o cuando se debe dar algo, o indemnizar por hurto. Con todo ello, el juez conozca o no el derecho, lo aplicará en función de su incorporación a la fórmula, después de la valoración de los hechos como ciertos. Pero esto no quiere decir que sea de aplicación el *iura novit curia*, el juez como hemos visto, *ab initio* puede no conocer el derecho, es más incluso puede apartarse del pleito si jura no ver claro.

En el procedimiento formulario, la conexión pretor y juez hacen que *de facto* se aplique el *iura novit curia*[106] en sus resoluciones. Pero con una interpretación estricta, y si solo nos referimos al *iudex* deberemos concluir que no tiene por qué conocer el derecho, al menos con carácter anterior a que se le nombre y tenga que decidir cuál ha sido la realidad de los hechos sometidos a su consideración. Una vez nombrado, su juramento hace que se vincule su decisión al conocimiento del derecho, con la salvedad del *non liquet*, que sí está permitido en Roma, dando paso a que otro juzgue en su lugar.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su intervención crea derecho. Su resolución práctica y en continua evolución quizá hiciera imposible conocer todo el derecho, pero esa labor creadora del órgano judicial implícitamente supone conocimientos jurídicos. En conjunto, magistrado y juez acaban conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el *iura novit curia*.

Si asumimos la descripción del principio que hace Ezquiaga, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos, debemos concluir que en el proceso formulario no

103. GIL GARCÍA, O., "La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano". *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, 17 – 1, pp. 149-150.

104. KASER *Derecho* ... cit., p.370.

105. PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados, Madrid*, Civitas, 1987, p. 75.

106. Hoy día, que existe jurado para algunos procedimientos, es de aplicación el *iura novit curia* por la conjunción jurado-juez profesional y su sentencia se emite con los hechos declarados por el jurado, y el derecho aplicable elegido congruentemente por el juez.

se aplica el *iura novit curia*[107], puesto que sus órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean[108].

En la cognitio extra ordinem

Es el modelo procesal civil de la etapa del imperio. Nace con Augusto en el Principado, s. I a.C. y coincide con el procedimiento formulario hasta el s. IV. En el 342 se hace proceso ordinario, perdiendo la excepcionalidad que lo hizo nacer: resolver más rápido y de forma extraordinaria los pleitos, en plena expansión comercial del imperio. Sobre la base del proceso cognitorio romano postclásico y justinianeo se han ido erigiendo muchas de las reglas y principios del Derecho procesal moderno[109].

El proceso pierde esa nota de voluntariedad que en el pasado imprimían los litigantes, y administrar justicia, esto es, el ejercicio de la jurisdicción pasa a convertirse en una verdadera función pública reclamada por el poder imperial[110].

De todos los sistemas procesales romanos es el que más se asemeja al proceso civil actual y del que tenemos más noticias pues, como dice Biondi, el proceso moderno es de origen y estructura romana[111] [112]. Esto hará que la aplicación del *iura novit curia* sea más aproximada a lo que hoy entendemos por tal.

Para determinar si los jueces conocen o no el derecho debemos analizar cuáles son los órganos llamados a impartir justicia en la *cognitio extra ordinem*. La cuestión varía

107. EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *"Iura novit curia"* ... cit. p.14-15. indica que uno de los usos del aforismo es considerarlo principio jurídico y como principio normativo conlleva la obligación de los jueces de sujetarse al derecho, lo que implica conocerlo. Según el autor, actualmente no se puede conocer todo el derecho, por tanto, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos.

108. Este principio es extraño a los sistemas de derecho anglosajones y está muy unido al movimiento codificador y constitucionalista, al juez profesional, elegido según las coordenadas de la división de poderes, en la que la función de creación del derecho descansa en el poder legislativo, muchas veces con impulso del ejecutivo cuya función se ciñe a la aplicación del derecho al caso concreto, en un contexto de estricta sumisión al imperio de la ley.

109. CASTÁN PÉREZ-GOMEZ, S., *Derecho Privado Romano*. La *"Cognitio Extra Ordinem"*. 2018. Reus. Colección jurídica general, p. 98. Como advierte el autor cuestiones de índole procesal como la dependencia de las partes litigantes respecto del juez, el predominio de la escritura respecto a la oralidad, la citación por edictos, el derecho a recurrir una sentencia y que ésta sea revisada por un órgano superior al que la emitió, los plazos y requisitos de los escritos de demanda y contestación a la demanda, el sistema de las presunciones, las costas procesales, etc... son algunas de las novedades más relevantes del derecho procesal posclásico y justinianeo que constituyeron la base del proceso romano-canónico vigente durante el periodo de derecho intermedio y que ha inspirado las modernas legislaciones.

110. CASTÁN PÉREZ-GOMEZ, S., op. cit., p 99.

111. BIONDI, B., "Intorno alla rominità del processo civile moderno", BIDR 42, Roma, 1934, p. 430*: "Il proceso moderno è dunque di origine ed impostazione romana, sempreché intendiamo riferirci non a quel proceso formulare, típicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella cognitio extra ordinem che sorge fin dai primi tempi dell´Impero, si consolida ed allarga via via nella prassi giudiziaria, finchè con Giustiniano si afferma come único sistema processuale"*.

112. Las fuentes proceden fundamentalmente de las constituciones imperiales, incluidas en el Codex justinianeo como en el Código Teodosiano. El Digesto tiene poca información salvo la relacionada con la *appellatio*, y en las instituciones de Gayo no se refiere este proceso..

sustancialmente con el ordo *iudiciorum privatorum*, dado que es de fase única y aquí la *iurisdictio* y el *iudicium* recaen en el mismo órgano. El estado ya contempla la función de juzgar como una de sus funciones, y lo hará con sus propios medios. Este procedimiento que se fija en la *lex Iulia,* se desarrolla fuera del *ordo iudiciorum privatorum*, siendo el órgano que imparte justicia, parte del estado, bien un magistrado de la antigua estructura republicana, bien un funcionario de la carrera imperial.

No podemos olvidar que estos magistrados no tienen sólo función jurisdiccional, unen estas atribuciones a otras de carácter político, pero parece que deben conocer el derecho. En las labores judiciales se cuenta con magistrados y así en D. 1. 2. 2. 13, Pomponio declara que el objeto del derecho se logra por medio de los que están puestos para proferir derecho; pues ¿de qué serviría que en una ciudad hubiera derecho, si faltaban quienes pudieran aplicar las leyes? ... y añade, porque no puede subsistir el derecho, sino hay un jurisperito por quien diariamente pueda mejorarse.

Magistrados con poder de *cognitio* son los cónsules y los pretores, que van aumentando y se van especializando, *praetores fideicommissarii, praetor tutelaris, praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Fuera de Roma funcionarios periféricos. Todos ellos tienen más atribuciones que las propiamente judiciales, por ello se ayudan de un *iudex datus* (D. 4. 4. 18. 4; D. 5. 1. 81[113]; D. 49. 3. 3), o *pedaneus* (D. 2. 7. 3. 1; D. 26 .5. 4) que son tenidos como subordinados, bien lejanos del otro *iudex privatus* del procedimiento formulario, no sujeto a nadie[114] por su manera de elección. Esta súper especialización parece indicar que debían conocer al menos la materia relacionada con sus competencias, tiene sentido pensar que en la medida en que esto sucede quien juzga, bien él o sus órganos de apoyo, sean cada vez más expertos jurídicamente hablando, lo que le puede permitir resolver los posibles conflictos que se planteen con mayor conocimiento.

En provincias y municipios se encargan de estos procesos desde los gobernadores provinciales hasta encargados de zonas más pequeñas, como los *praesides*, *correctores, vicarii, procónsules, defensores civitatum* quienes a su vez también podían elegir y delegar en un *pedaneus* que contaba con auxilio y asesoramiento.

Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza, lo que a efectos del *iura novit curia* es imprescindible. Para dictar sentencia el juez cada vez más se plegará a las directrices imperiales, poco a poco pierde importancia la jurisprudencia civil, para sustentarse en aquellas normas que se dictan desde la Cancillería imperial, con una clara tendencia a la unificación de las fuentes del derecho. El rescripto imperial, *rescriptum*, es una potente fuente de derecho[115]. Asistimos a las primeras compilaciones de *iura* y de *leges*,

113. En este párrafo del Digesto se indica por Ulpiano que el que ni ejerce jurisdicción, ni fue investido de alguna potestad por el *Princeps*, ni fue nombrado por el que tiene facultad de nombrar jueces, ni fue elegido en virtud de compromiso, o confirmado por ley. no puede ser juez

114. VOCI, *Manuale* ... cit, p 493.

115. Ya antes incluso en el Alto Imperio se crearon en la Cancillería el *officium a libellis*, para causas civiles y criminales y

y por contacto con otras culturas va surgiendo el fenómeno llamado derecho vulgar. Precisamente de esas culturas se van reconociendo costumbres de ese derecho local, que, probadas en juicio, son aplicables y que guardan cierta semejanza con las excepciones del principio actuales, probar las costumbres y el derecho "extranjero", pudiendo llegar a ser el origen de ellas.

Pero no se puede asegurar que en la *cognitio extra ordinem* los órganos llamados a impartir justicia conozcan el derecho, lo aplican, puesto que después de varias resoluciones sobre casos parecidos, se dotan de normas de carácter general, lo que Voci llama otro modo de formar el *derecho giudiziale*[116].

Este juez tiene gran poder discrecional, ceden las fórmulas, y las partes procesales pierden libertad, puesto que ya no eligen juzgador, no deciden las pruebas sino que el juez público puede requerir nuevas pruebas, principio inquisitivo, y el juez pierde su valoración libre de la prueba que ahora pasa a ser tasada, la *litis contestatio* se reduce a un mero trámite, la fijación de los términos del proceso es más difusa, por lo que a efectos de congruencia no se predetermina el contenido de la sentencia con tanta concisión. Así, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre lo solicitado por las partes (incluyendo reconvenciones, réplicas y dúplicas) y lo concedido o denegado por el juez, pero respecto a los hechos, no al derecho que podrá invocar aún sin ser alegado por las partes. Circunstancia que claramente nos aproxima al concepto de la máxima *iura novit curia*. Prueba de ello son los rescriptos que pueden ser planteados por los magistrados constante el proceso, que se podían denegar cuando no se planteaban cuestiones jurídicas. Estas *rescripta principis* de época imperial se imponen dado que ahora son vinculantes para el juez (Gayo 1. 5).

Esta posibilidad que tiene el juez de la *cognitio* de decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que una de sus características es que el juez conoce el derecho e independientemente de su alegación o no por la parte, lo puede traer al proceso. La sentencia establece la aplicación del derecho al caso concreto, y la sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable[117], incluso la resolución de la apelación puede crear derecho cuando el emperador lo considere (D. 28. 4. 3).

La propia función del *responsum,* nos refuerza la idea de que se debe conocer el derecho por el juez, dado que solo podía ser sobre materias de derecho. Esto lo sabemos porque el asesoramiento *a quaestio iuris* se resuelve, denegando las que eran *a quaestio factum*. En el mismo sentido, advierte Marciano en D. 22. 1. 31. pr. *Neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione dicidi posse*, un hecho no puede ser resuelto ni por una constitución, ni por una consulta a los juristas. La función del *responsum* es que sea

officium a epistulis.

para asesorar y resolver peticiones de particulares mediante *decretum.*

116. VOCI, *Manuale* .... cit, p. Vol. I, p.113. de este tipo nace la validez del fideicomiso, la obligación de alimentos, la manumisión de los esclavos, ...

117. FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje... "cit, p. 581.Estos autores señalan como esta apelación no se extiende al arbitraje compromisario que sigue al margen de los procesos civiles y que confluye con ellos al necesitar que se ejecute el laudo, momento en el que la jurisprudencia establece los requisitos para esto

de aplicación el derecho, y aunque en inicio la respuesta no fuera vinculante, lo acabará siendo.

Si atendemos a la motivación de la sentencia también podemos reflexionar sobre el princpio *iura novit curia*, así Murillo[118] advierte que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, negarla en la *cognitio* oficial, es minusvalorar la técnica procesal romana. Añade que, según las fuentes, hasta el siglo III no encontramos ni juristas, ni constituciones, que expongan o recojan cuestiones acerca de las sentencias motivadas y su exigibilidad[119]. Pero del análisis conjunto de D. 49. 8. 1 y C. 7. 64. 2 deduce que las sentencias contra el *ius constitutiones* carecen de fuerza vinculante, mientras que las emitidas contra el *ius litigatoris* son perfectamente vinculantes por el juego nulidad *versus* apelación, que conlleva a que el error de derecho del juez provoca la primera, mientras que el error de hecho o de derecho relacionado con el derecho subjetivo de las partes, lleva a la segunda.

Se dice de la sentencia de la *cognitio* que es un procedimiento en el que, dado que el juez puede elegir más fácilmente el contenido de su sentencia, esta libertad impulsa, como advierte Murillo[120] a creer en la necesidad de un razonamiento o motivación de esta, como algo que justifique lo que realmente decide el juez, desde el punto de vista del derecho y de los hechos. Si esto es así y en la sentencia se justifica el derecho, en este proceso el juez conoce y aplica el derecho. El juez, como consecuencia del desarrollo de las condiciones de vida y del aumento de las transacciones de la época, como señala el mismo autor, expuso en su sentencia una explicación, a grandes rasgos, de los hechos y del derecho aplicado[121].

Por todo lo expuesto, este órgano judicial que resuelve por *cognitio extra ordinem,* ya no es lego en sentido estricto. Son funcionarios imperiales con cierto orden jerárquico, lo que permite que se plantee la apelación ante un juez y lo resuelva otro, que en el organigrama tenga más competencias, siendo el último de ellos el propio *Princeps,* quedando en suspenso la ejecución de la causa. Este juez *ad quem* puede admitirla o no, según los plazos, e imponer una *cautio* si considera simplemente que la finalidad de la apelación era solo dilatoria. Pero debemos detenernos en los medios de impugnación y su relación con el *iura novit curia,* para observar si en ellos se puede reclamar cuando el juez no conozca la norma, lo que a *sensu contrario* puede significar que tenía obligación de conocerla.

118. MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995, p. 45 y en p. 35. También del mismo autor: "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español." T*eoría e storia del diritto privato*, 2012, pp. 8 y ss. Sobre la motivación Ortells Ramos, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, nº 4, pp. 899 y ss

119. Será a partir del siglo IV, según C. Th. 4. 17. 2 y C. 7. 44. 2, cuando pasará a ser una exigencia formal. Ni siquiera una vez obligatoria la motivación se mantiene en el tiempo, así en la Novísima Recopilación de las leyes de España T.V. Libro XI, título XVI, Ley VIII, Don Carlos II, por Real Cédula de 23 de junio de 1778 obliga a que cese la práctica de motivar las sentencias y extenderlas en latín.

120. MURILLO VILLAR, A. "La motivación ...", cit., pp.14-15

121. MURILLO VILLAR, A. "La motivación.... "cit., p. 17.

Medios de impugnación por razón de desconocimiento del derecho: appellatio-nulidad

Existen variados remedios procesales de impugnación de las sentencias, el principal es la apelación que es el medio de impugnación por excelencia, que se caracteriza por volver a conocer de un asunto ya sentenciado, por un órgano diferente al que resolvió en primera, y volver a emitir sentencia, ésta si con efecto de cosa juzgada, pero existen otros. Ziino señala estos: la nulidad de la sentencia por la *in integrum resitituio*, de derecho pretorio, cuando se denegaba acción; la *infitiatio* que consistía en negar la existencia de lo juzgado, como remedio que paralizaban la ejecución de la sentencia de las *legis actiones*; la acción contra el juez o el arbiter, *iudex qui litem suam fecerit*[122]; e incluso alude a la *intercessio,* basada en la colegialidad de los magistrados, que aunque no era una institución pensada para su uso en el proceso, era un medio generalizado para evitar abusos o errores de los magistrados[123]. Pero nosotros queremos observar solo aquellos medios de impugnación que se puedan plantear por una razón: que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnable.

Así, en cuanto a la apelación, es un remedio contra las sentencias de instancia, que se desarrolla completamente dentro del contexto de la *cognitio extraordinem* asumiendo una organización jerárquica y procedimental que comenzaron a fraguarse en la época de Augusto, aunque existen precedentes en etapas anteriores[124]. Supone una consecuencia de las trasformaciones en la estructura de los órganos dedicados a la administración de justicia, del nuevo derecho. Parece ser que, debido al considerable número de apelaciones, el *Princeps* tuvo que delegar sus funciones primero al pretor urbano, luego al *praefectus urbi*. También tuvo que rodearse de juristas que pudieran ayudarlo en esta actividad judicial. Pero la apelación se fundamenta más en la disconformidad con los hechos probados, no en el derecho aplicado.

Esto es así porque si el juez no aplica el derecho, las herramientas procesales de la época llevan a plantear la nulidad, no la apelación, parece que la nulidad es la forma acertada de impugnar por vicios ”procesales”[125]. Según Calamandre “*la nullitâ da una*

122. En este caso en Instituciones de Gayo 4, 52 al final se indica que esta responsabilidad puede surgir por violación de la fórmula, y ya hemos visto que para el juez privado la fórmula contiene los hechos y el derecho que le obligan, y que por ella puede llegar a conocer el derecho *ad hoc*.

123. ZIINO, S., *“I remiedi contro l´inguistizia della sentenza nel diritto romano”. Rivista di diritto processuale*. Luglio-octtobre 2016, p. 1116 explica como Cicerón refiere como Verre, podía abusar de su poder nombrando jueces injustos, y preparando fórmulas incorrectas porque era propretor en Sicilia, y era un magistrado monocrático, por lo tanto, nadie le podía inteponer una *intercessio*. En p. 1118 indica que en la época del principado la *intercessio* se afirmaba como un importante instrumento de control del órgano jurisdiccional, que era sentida como necesaria para evitar los abusos o errores de los magistrados. E indica como la doctrina más reciente ha vuelto a subrayar la continuidad entre intercessio y appellatio.

124. ZIINO, S., *“I remiedi contro...”*, cit., p. 1107 y ss. SAVIGNY *Sistema del Derecho Romano actual*. Editorial Góngora, 2ª ed. Madrid. 2004. T. V. p., 366-367

125. D. 49.1.19 Modestino advierte que, si expresamente se hubiere dado sentencia contra el rigor del derecho, no debe ser válida, y, por tanto, aún sin apelación se puede promover de nuevo la causa. No se profiere en derecho sentencia, si hubiere sido pronunciada especialmente contra leyes, o contra Senadoconsultos, o contra una Constitución. Por lo cual, si alguno hubiere apelado tal sentencia, y hubiera sido repelido por la prescripción, no se confirma de ningún modo la sentencia, por

parte e ll´appello deall´altra ebbero al meno in teoria campi di efficenza ben separati"[126]. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad[127]. Así no hay necesidad de apelación si se dicta una resolución contraria a una constitución imperial (D. 49. 1. 19) puesto que la sentencia emanada de un juez que desatiende los principios de derecho sancionados en las constituciones imperiales o en otras fuentes normativas de autoridad provocan la nulidad de la sentencia[128]. Confirma esta apreciación una Constitución imperial de C. TH. 4. 17. 2 (*Impp. Valentinauns* ....) en la que se comunica al prefecto del pretorio que el juez cuando dicte sentencia, además de examinar todo lo que los negocios encierran debe estar atento a no incurrir en error, que su sentencia la revise y la escriba para que no se eche de nuevo a la suerte comenzar de nuevo el pleito[129].

De alguna manera se exige al juez que conozca el derecho, puesto que, si no se provoca la nulidad de las actuaciones, de tal suerte que cuando el juez desconoce la norma aplicable, la sentencia no ha existido (D. 49. 1. 19) y cuando el juez conoce la norma, la sentencia es válida y cabe la posibilidad de apelar. El juez por tanto está sometido a la ley[130] si lo que se espera de su decisión, es que vincule y produzca los efectos pertinentes.

Pero no existe una dicotomía tan clara, a la hora de decidir entre apelación o nulidad, "*nessun elemento consente, infatti, di affermare che sussistesse un divieto per le parti di utilizzare l´appello per fare valere quelli che oggi consideriamo vizi processuali o motivi di nullitá della sentenza*"[131]. Si revisamos algunos casos, en época de la *cognitio extra ordinem* veremos cómo casos, que *a priori* supondríamos que debieran haber sido tramitados por nulidad se resuelven en apelación, por ejemplo, el caso de una sentencia emitida por juez que no era el competente (D. 37. 14. 24) en el que Paulo Libro 1 de los seis de sentencias imperiales dadas en juicio extraordinario, nos relata cómo Camelia Pía había apelado de Hermógenes porque decía que el juez de la división de la herencia dividió entre él y su coheredero no solamente las cosas sino también los libertos, y eso lo hizo sin derecho alguno, y se determinó que era nula la división de los libertos y válida la de los alimentos.

Cuando la apelación se generaliza ya en tiempos de Constantino, se dicta una constitución que establece que deben admitirse todas las apelaciones C.Th. 11. 30. 4: "*Officii cura est, ut omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae solemniter, curet accipere.*" En cuanto a la forma del recurso, la falta de los requisitos relacionados conduce a su rechazo, es necesario distinguir entre un recurso oral y un recurso escrito.

lo cual se puede ventilar la causa desde su principio.

126. CALAMANDREI, "La cassazione..." Vol I, cit 73

127. CALAMANDREI, "La cassazione civile", vol. I, cit., 21 ss. e 46 ss.

128. ORESTANO, R., "L´appelo civile in diritto romano", Torino, 1953 p. 276 y ss. *Raggi, l., Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano.* I Milán. 1962, p. 21 y ss. Pugliese, G., "Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano". En *Studi di Betti.* Milán. 1962 p. 755, not. 77.

129. Otras sentencias no recurribles en apelación: la sentencia emitida por juez incompetente, el caso del error de cálculo,

130. ORESTANO, "*L´appello Civile....*" p. 284..

131. ZIINO. S., *op., cit.*, p. 1123

En cuanto al primero, basta recordar aquí que las fuentes aluden a la posibilidad de que la voluntad de impugnar la sentencia se exprese simplemente a través de la palabra "*appello*" (D. 49. 1. 2 Macer. D. 49. 1. 5. 4). Por otro lado, como acertadamente señala la doctrina[132], el sentido mismo del verbo "apelar" está ligado a un ejercicio oral de este remedio procesal.

De esta revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cogntitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que de facto se aplica la máxima *iura novit curia*.

Procedimiento postclásico y vulgarización del derecho

Ya en época postclásica, la posible aplicación del *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes, que se concentran en la Cancillería. Las constituciones serán las normas principales, que emanando de los emperadores se impongan en los procesos. Se acude a redactar epítomes, reediciones que recogen el pensamiento clásico, pero no es posible una aplicación estricta del Derecho Romano lo que impide que este juez, ahora público, pueda conocer el derecho, falta la imprescindible certeza del derecho.

Ante la vulgarización normativa surge la necesidad de probar la norma y esto es contrario al principio que nos ocupa. Los abogados presentan su *recitatio legis* y esta después deberá ser cotejada con otros ejemplares *collatio codicum*. La parte, por tanto, debía probar el derecho, no solo los hechos controvertidos[133], que además dejan de ser patrimonio de la parte, puesto que al juez se le permite investigar y ampliar los hechos con una concepción de la prueba que así se lo permite. Las razones son la falsedad de algunas fuentes, la gran profusión de textos, la falta de ediciones oficiales, ... por todo esto, se practica en juicio la presentación del libro que contenía las leyes alegadas, la *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8), seguido de la comprobación por cotejo con otros ejemplares o *collatio codicum*.

Más adelante, la propia Ley de citas, Constitución imperial de 7 de noviembre de 426, nos muestra lo imposible que era conocer el derecho y la incertidumbre que se generaba por esta falta de seguridad jurídica. Precisamente, esta ley surge porque los *iura* eran reflejo del *ius controversium* y eso podía dar soluciones diferentes a supuestos muy similares, lo que dificulta ese conocimiento del derecho por parte del órgano juzgador. A partir de esta ley el derecho adquiere más certeza, al solo poder invocar a los cinco juristas clásicos, Papiniano, Gayo, Ulpiano, Modestino y Paulo, si sus opiniones eran coincidentes vinculaban al juez, y si no lo eran prevalecía la de Papiniano, los juristas tienen una preparación más deficiente, conocen poco el derecho que pierde calidad. Esta situación nos invita a pensar que el juez no conoce el derecho por falta de certidumbre,

132. ORESTANO, *op. cit.*, p. 227.

133. Los rescriptos falsos empiezan a preocupar ya en época clásica, CJ 9.22.3 (4) del 227 y comienzos de la postclásica, así MODESTINO D. 48.10.25: incluso la falsificación del Edicto D.48, 10, 25.

lo que se nos llevaría a la entender que en esta etapa no se pudo aplicar el principio.

En el procedimiento postclásico basado en la *cognitio*, las cuestiones jurídicas se plantean a requerimiento de los funcionarios, el procedimiento es escrito y se resuelve por medio de *rescripta* o *epistualae*. Los rescriptos se plantean por los funcionarios mediante, *relationes, consultationes, suggestiones* o a los particulares por medio de *libelli, preces, supplicationes*; estos últimos para preparar un futuro proceso, con el que se resolvían temas jurídicos de forma vinculante para los órganos jurisdiccionales; estos se respondían de forma general con el parecer imperial, y de esa publicación, en lugares públicos, el solicitante se procuraba una copia. Estos *rescripta* o *epistulae* tienen valor indiscutible y vinculante para los jueces (Gayo 1. 5) y en esos casos se traían al caso como ejemplo. *Ad exemplum trahuntur* (D. 1. 4. 1. 2) Aquí la parte aporta el derecho como una prueba previa que se plantea con el pleito, el juez por tanto conocerá y estará vinculado por ese derecho aportado por la parte, pero no por su saber jurídico, sino por su obligación de asumir el contenido del rescripto. La parte aporta el derecho, suponemos que en previsión de que el juez no lo conociera, pero por esta vía se vea obligado a acatarlo. En este momento al juez no se le presume el conocimiento del derecho y es la parte la que lo aporta y lo prueba, bien por sí o por la consulta anterior en forma de *rescripta*. No se aplica, por tanto, el principio del *iura novit curia*.

Sin embargo, y ya en 539, en la Constitución 83 del Emperador Justiniano a Juan, Prefecto de los Pretorios de Oriente, determina en su prefacio que para poner orden en la materia, deciden que no conviene que imperitos en leyes tenga el nombre de jueces algunos dado que se apoyan en sus asesores, que les suplen en sus ocupaciones, y se dice ¿cómo no resultaría grandísimo daño a la república de no confiar los litigios a los que por si sepan lo que se ha de hacer, sino de dejar que ellos busquen otros, de quienes les sea lícito aprender lo que es conveniente que ellos mismo pronuncien al juzgar? Y a propósito de esta observación, en el capítulo I, acuden a abogados magistrados reputados para que sean nombrados jueces. En el capítulo XIII de dicha constitución incluso se manda que todo juez guarde las leyes y profiera sus sentencias con arreglo a ellas, porque quieren que prevalezca lo que determinan sus leyes.

La prueba de la costumbre

Una de las excepciones del *iura novit curia* es la que el juez no tiene porqué conocer la costumbre y, en ese caso, debemos probarle su existencia. En Derecho Romano, la costumbre vertebra su ordenamiento, siendo la fuente original de su derecho los *mores*, manteniendo su importancia, aunque paulatinamente vaya perdiendo su fuerza cuando la ganan otras fuentes de derecho, éstas escritas, como las constituciones, la ley, ... Las costumbres que se mantienen son las costumbres de los derechos locales, que se incorporan en los procesos en época postclásica pero que debían probarse en los pleitos romanos.

Para centrar el tema excluimos las costumbres que acaban siendo otra norma por su incorporación dentro de otras, por ejemplo, las que se incluyen en las XII Tablas, o las que puedan recogerse en rescriptos, ...puesto que en estos casos adoptan la fuerza de las normas que las acogen. Tampoco nos referimos a las *consuetudo fori* o *mos iudicio-*

rum[134], que atañen a aspectos más procesales. Nos referimos, más concretamente, a los casos en que hay una costumbre local[135], que no es conocida por el juez y que hay que probar[136]. A partir de la *Constitutio Antoniana* del 212 los nuevos ciudadanos seguían apegados a sus anteriores "derechos populares" y pretendían que estos se tuvieran en cuenta a la hora de encauzar sus controversias, la costumbre que no se opone al orden público recibe un impulso decisivo[137].

La herramienta por la que el beneficiado por esa costumbre podía aportarla a juicio y que tuviera valor normativo puede ser la que nos ofrece Ulpiano en el libro 4 del cargo de procónsul, D. 1. 3. 34, nos dice así, cuando alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, considera que primero debe investigarse primero si alguna vez ha sido también confirmada esa costumbre en juicio contradictorio. Parece que la prueba de esa costumbre, en vez de ser los medios probatorios al uso, como pueden ser testigos o documentos, se acuda al "precedente", es decir, que ya haya sido considerada en algún otro proceso anterior. Confirma esta apreciación Calistrato en Cuestiones libro I, (D. 1. 3. 38) cuando en un rescripto resuelto por el Emperador Severo advierte que en las ambigüedades que nacen de las leyes, debe tener fuerza de ley la costumbre, o la autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente de análoga manera. Ciertamente se dan dos opciones, la costumbre, por un lado, o la autoridad de las cosas juzgadas ..., siendo esta última la que corrobora el primer texto. Pero precisamente con base en esa dicotomía, podríamos pensar que la costumbre también podría ser probada por otros medios.

No obstante, la preferencia de la costumbre ya aplicada en procesos anteriores parece ser la elección primera, pero entonces nos preguntamos cómo se consigue esa primera sentencia vinculada por la costumbre, sino fue porque se acudió a otros medios de prueba como testigos o documentos, que la dieron por probada. No parece por tanto que el único medio de prueba de la costumbre, en exclusiva, fuera el haber sido considerada previamente en otro juicio contradictorio, aunque fuera el más frecuente.

En C. 8. 53 (52) 1 a 3 sobre la costumbre de largo tiempo, el Emperador Alejandro, C. 8. 53 (52) 1 se refiere a que el presidente de la provincia determinará lo que en la misma ciudad se haya observado con frecuencia en el mismo género de controversias, se ha de observar la costumbre precedente y la razón que la aconsejó (año 224). Constantino C. 8. 53 (52) 2, año 319 indica que, aunque no es despreciable la autoridad de la costumbre, ésta no debe prevalecer sobre la razón o la ley.

En D. 1. 3. 32 Juliano tomando en cuenta las costumbres locales ya advierte que se aplican las que son *secundum legem*, o *praeter legem*, es decir, las que tienen el mismo

134. BOVE, L., *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Republica all´eta dei Severi. Napoli*, 1971, p. 116.

135. No podemos hablar propiamente, de derecho extranjero en Derecho Romano, pero sí que es cierto que las costumbres fuera de Roma son las que se deben probar, las que no son notorias y conocidas, y ese derecho de pueblos sometidos en influidos por Roma podríamos entenderlo, con todas las matizaciones posibles como derecho extranjero, derecho que en ocasiones no es escrito y que se conforma de costumbres. Lo indicamos porque el *iura novit curia* también excepciona de su aplicación el derecho extranjero, y hay cierto paralelismo en ello.

136. Lo que recuerda las normas actuales, dado que aun actualmente hay que probar as costumbres en los procesos, siendo una de las excepciones del *iura novit curia*.

137. CUENA BOY, F., "La prueba de la costumbre del Derecho Romano al derecho indiano de los indígenas. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. T IV. Vol. II. *Derecho Procesal Romano*." Ed. AIDROM-BOE. Madrid. 2021, p. 173.

contenido que la ley o aquellas que no están reguladas específicamente por leyes. En otros textos la costumbre sirve como medio para interpretar las leyes: así en D. 1. 3. 37 Paulo advierte, si se trata de interpretar la ley, ha de investigarse primero de que derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos, porque la costumbre el mejor intérprete de las leyes. Y se completa con D. 1. 3. 32. luliano ... en aquellos casos que no usamos leyes escritas, conviene que se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.

Ejemplos con referencias a la costumbre local como fuente de derecho son muchos: en D. 2. 12. 4 los presidentes de las provincias suelen señalar el tiempo para la recolección de las mieses y para las vendimias según la costumbre; en D. 18. 1. 71 se presenta un rescripto en el que se contesta por los Emperadores Antonino y Vero que estaba en la potestad de los contratantes con qué medidas o con qué precios comprarían vinos los negociantes; porque a nadie es obligado a vender, si le desagradara o el precio, o la medida, mayormente si no se hiciera nada contra la costumbre de la región. En el rescripto se da a entender que para emitirlo han tenido en cuenta la costumbre y además no se pide nada contra esa costumbre, luego alguien la ha aportado al solicitar el rescripto. En D. 21. 2. 6, si se hubiere vendido un fundo, debe darse caución por la evicción, según la costumbre de aquella región en que se hizo el negocio. En D. 22. 1. 1 pr.; cuando se litiga en juicio de buena fe, se establece al arbitrio del juez la cuantía de los intereses según la costumbre de la región en que se contrató, pero de modo que no se falte a la ley; En D. 25. 4. 1. 15 el pretor determina que se debe atender a la costumbre del país, y conforme a ella debe inspeccionarse el vientre, y el parto, y el recién nacido. En D. 26. 7. 7. 10 respecto a los intereses pupilares, en ciertos casos se pagarán conforme a la costumbre de la provincia. En C. 4. 65. 19 respecto a arrendamientos se observa el contrato especialmente si no se expresa nada contra la costumbre de la región.

Otras referencias a la costumbre, que indica que habrá que probarlas, son las señaladas en D. 21. 1 si el vendedor del esclavo no diera caución del duplo, como es frecuente, se determinó por ello que también pudiera ejercitarse la acción de compra; porque lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe. Una vez conocida o probada esa costumbre es de aplicación. En D. 50. 12. 13. 1; en este caso referido a una condición impuesta en una donación se refiere a que son tolerables las cosas que comprueba una antigua costumbre. O en D. 50. 13. 1. 10; se refieren a la determinación de honorarios de abogado por el juez entre otras cosas tendrán en cuenta la costumbre del foro.

El uso reiterado de la costumbre tiene relevancia jurídica, pero entendemos que se tendrá que probar, salvo el caso de una costumbre notoria e indubitada por las partes. La referencia a la costumbre como fuente nos habla de esa sabiduría jurídica romana, porque permite flexibilidad y adaptación al lugar del juicio, y tiempo en el que se aplica, resulta diferente y simultánea para cada lugar de influencia, y sirve para ensamblar el Derecho Romano con el del lugar del proceso.

En los textos de la Recepción tampoco se presume que el juez conozca las costumbres, salvo si son notorias o redactadas escrutas, pero tienen que ser alegadas. En este momento, lo que no es dudoso es que su inclusión en el pleito también lo puede ser por los medios ordinarios de prueba, fundamentalmente las declaraciones de testigos. La

costumbre se considera un hecho y debe ser probada como tal. Las Partidas hablan del uso, e de la costumbre y del fuero, el testigo debe aseverar el uso, no la mera existencia de la costumbre. En la Partida I, 2, ley 5ª habla de diez a veinte años de uso, en los que al menos en dos casos un juez la haya confirmado.

De todo lo anterior extraemos una conclusión, también en Derecho Romano, al menos a partir de 212 podemos indicar que hay que probar la costumbre, sobre todo la "extranjera" por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocerla.

Breve referencia a este principio desde la Recepción hasta la actualidad

Antes de la recepción del derecho común primaba la dispersión normativa, prevalecía el derecho consuetudinario y el derecho local plasmado en los fueros. Los fueros locales eran de aplicación antes que el derecho común. Esto ya tiene su origen en D. 1. 1. 9 (Gayo *Instituciones*. *Libro 1*) donde se indica como todos los pueblos, que se rigen por leyes y por costumbres, usan en parte del suyo propio y en parte del derecho común a todos los hombres. Cada pueblo tiene su derecho peculiar, y otro del que se valen todos los pueblos. Estas creaciones jurídicas locales tienen su origen en la importancia del derecho consuetudinario y en su uso, ya que de no aplicarse decaen. La *consuetudo* debe ser probada y una vez hecho, vincula al juez, excepción hecha de la costumbre *notoria* o *publica auctoritaten scripum redacta*.

En Castilla, en la Edad Media, contamos con grandes textos jurídicos, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas de Alfonso X que recogen ese derecho de tradición romana. En el Ordenamiento de Alcalá se establece que cuando las leyes o los Fueros locales no tuvieran solución se deben aplicar las Partidas Antes de ellas, y resumiendo existen lugares y villas con fueros propios, otras ciudades que se gobiernan por el Fuero Juzgo y otros, menos numerosos, por el Fuero Real. Si además añadimos la importancia del derecho consuetudinario, el embrollo jurídico de Castilla antes de las Partidas era considerable. Precisamente la aplicación del *iura novit curia* va a aclarar esta situación al presuponer que el juez conoce el *Ius Commune*, es decir, el Derecho Romano-canónico, y el *ius scriptum* del lugar del tribunal, sus estatutos[138]. Sin embargo, la *consuetudo* necesita ser tratada como un hecho, *consuetudo est facti*, y por tanto la parte debe alegarla y demostrarla[139].

Para ver si es posible que el juez conozca el derecho conozcamos el tratamiento que tiene en algunos de estos textos. Así en el *Liber Iudiciorum* 2.1.27, se dice que todo aquél que ha recibido la potestad de juzgar tiene el nombre de juez y que a la vez que han recibido el derecho de juzgar, deben atender tanto los beneficios *(commoda*), como

138. COING, H., *opus cit*. p. 177. También advierte que las normas extravagantes, es decir, que no están recogidas en colección oficial, debe el juez preguntar a la autoridad promulgante e informarse de los nuevos estatutos o *reformationes* aún no recogidos en las colecciones.

139. *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (Inst. 1.2.9). Las costumbres antiguas confirmadas por el consenso de los que las usan semejan a las leyes.

las penas *(damna)* de las leyes. Para ello, en el mismo texto 2.1.29 indica que, si en un juicio cualquiera, no se ha hecho de acuerdo con la justicia y las leyes debidas, sino por orden o por miedo de los príncipes, aquello que se haya juzgado y sentenciado contra la justicia y las leyes no tenga validez alguna, y que aquellos que dieron la sentencia y que fueron obligados a hacerlo no deben ser manchados por ninguna nota de infamia, ni eso les debe acarrear algún daño en sus bienes. Asimismo, estos jueces sólo quedarán inmunes de las penas de la ley si confirmaren con juramento (*iuramento*) que, si juzgaron inicuamente, no fue por maldad suya (*sua pra vitate*), sino por fuerza del rey. Del texto se infiere que el juez debe juzgar atendiendo al derecho. Observamos la misma consecuencia que se prevé en Derecho Romano cuando lo sentenciado lo ha sido contra la ley: la nulidad.

En relación con las Partidas, obra jurídica de referencia en España durante seis siglos hasta el XIX, el hombre letrado las conocía y el iletrado se regía por los fueros y costumbres. Jacobo de las Leyes fue el autor de la Partida III dedicada al derecho procesal. Fueron supletorias del Ordenamiento de Alcalá, 1348, y de la Leyes de Toro 1505.

En el proceso que dibuja la Tercera Partida, la aportación de parte y la disposición sobre el objeto del proceso está presente en el inicio de su redacción. Lo primero que trata y dice es que las partes son "las dueñas de los pleitos" y solo se inicia si una lo quiere. Las partes cuentan con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa, no tienen límites porque debe acabar con esa cuestión para siempre y esta solución tendrá efectos de cosa juzgada material. Era un proceso único, y no se observan procesos especiales por la pretensión o por los órganos juzgadores. Durante los seis siglos señalados, se dictaron multitud de normas, pero no tenían disposiciones derogatorias, lo que produce un fenómeno de confusión legislativa considerable hasta llegar a saber cuál estaba en vigor.

Respecto al conocimiento por parte del juez del derecho, (P. 3. Libro 4 primera ley) dedicada a lo que quiere decir juez, y cuantas maneras hay de juzgadores, ya se advierte que los juzgadores que hacen su oficio como deben, son puestos para mandar y hacer derecho. Cierto que este término derecho aquí puede ser polisémico y querer decir que deben actuar rectamente. Pasa parecido en la ley tercera del mismo título, que se refiere a que deben tener sabiduría para juzgar derechamente, bien por su saber o por su uso largo tiempo. Pero al menos en cuanto a la aplicación de las partidas la sexta indica que los pleitos ya libres lo hagan lealmente y por las leyes de este libro y no por otras "*e que por amor, nin por desamor, nin parte al por miedo, nin por don, que les den, nin les prometan dar, que non se desvien dela verdad, nin del derecho*"

En la Novísima Recopilación libro 11. Titulo 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) cuando se refiere a los jueces ordinario y sus calidades repite que deben tener sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su saber y por su seso. Pero en la ley sexta ya se exige expresamente que sean letrados para que puedan acceder a los oficios de justicia, dice que no hay oficio ni cargo de justicia, ... ni en Audiencia ni en Chancillería, ni en ciudad, ni en villa, sino consta por fe de los notarios que ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Además, añade que tengan cierta edad, 26 años. Con estos requisitos se asegura que el juez conoce el derecho al menos de forma académica, impidiendo que acceda a esta función si no tiene formación. Si lo conoce y está obligado a aplicarlo, estamos ante una aplicación de *facto* del *iura novit curia*.

Si atendemos a textos que tuvieron su origen en la codificación, su regulación en nuestra legislación española descansa en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que es bastante descriptivo, y guarda cierto aroma a prescripciones de Derecho Romano. Primero se refiere a la congruencia: *"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito*[140]. Seguido hace referencia al *iura novit curia: "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."* [141], y en su punto segundo alude a la motivación: *"2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón."*[142], finalizando con una referencia a la exhaustividad de la sentencia: *3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos."*[143].

El art 1. 3 del Código Civil dice que la costumbre sólo regirá en defecto de ley apli-

140. *"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate."*

141. Actualmente el principio *iura novit curia* comporta que el derecho alegado por la parte no obliga al juzgador a efectos de congruencia, siempre que no modifique la *causa petendi*, lo contrario STA TC 166/2006 de 5 de junio, sería dictar resolución sin debate. Según esta sentencia del TC, FJ 5, concurre una incongruencia omisiva y una incongruencia *extra petitum*, aplicándose por parte de este Tribunal los cánones de enjuiciamiento aplicados a esos dos tipos de incongruencia. "Sobre el vicio de incongruencia con relevancia constitucional numerosas resoluciones de este Tribunal han configurado un cuerpo de doctrina, según el cual «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum* –. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi* , alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi »" (SSTC 264/2005, 24 de octubre, F. 2, y 40/2006, de 13 de febrero, F. 2). Incluso jurisprudencia constitucional referida a la ley de Enjuiciamiento anterior como la STA TC 20 de mayo de 1991, también nos advierte de que "los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos.... Sin que ello suponga incongruencia procesal alguna".

142. En general: MURILLO VILLAR, A., La motivación ...cit. También del mismo autor: Antecedentes históricos de la obligación de motivar ... *cit*. También sobre la motivación ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber ... cit.

143. Recuerda la C. *Th. 4. 17. 2 (Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Clearchum Praefectum Praetorio)* cuando se advierte al prefecto del pretorio que el juez al dictar sentencia debe examinar todo lo que a los negocios encierra para evitar volver a tener que celebrar el juicio.

cable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada, lo que guarda relación con el art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil: También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Para Gimeno Sendra, los aforismos romanos: *da mihi factum dabo tibi ius, iura novit curia* permanecen válidos en la esfera del proceso civil. "Tales axiomas nos indican que al demandante le incumbe ineludiblemente la carga de alegar los hechos constitutivos de su petición, en tanto que al juez le asiste, más que el Derecho, la obligación de examinar la petición y su fundamentación fáctica desde todos los ángulos y puntos de vista legales posibles, y ello con el objeto de aplicar, en su momento, tan sólo aquellas normas del ordenamiento sustantivo que, hayan sido o no invocadas formalmente por las partes, sean las únicas reclamables a los hechos sustanciadores de la petición."[144]. Esta forma de aplicar el derecho nos recuerda al juez profesional romano de la *cognitio extra ordinem* quien, si por rescripto, debía aplicar una norma no alegada en el proceso, lo hacía independientemente de su alegación o no por la parte.

La ley de Enjuiciamiento anterior, sin embargo, permitía interpretaciones más controvertidas y así consideraban que debía existir gran vinculación entre la calificación jurídica hecha por los actores del proceso y la del juez. Para Prieto Castro[145] la causa de pedir incluye el elemento normativo, no sólo los hechos en los que funda su pretensión, lo contrario implica trasgredir el principio dispositivo. Para De La Oliva Santos, el fundamento de la pretensión no puede ser variado por la fundamentación jurídica del juez "no sólo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina judicial aducida y su interpretación"[146]. Según el mismo autor, las partes no pueden verse sorprendidas por argumentos jurídicos del tribunal que no esperaban y que no se han podido debatir el proceso eludiendo su estructura contradictoria y las garantías de defensa en juicio.[147]

Otros autores sin embrago, no observan tanta vinculación, así Guasp[148], refiriéndose a la LECiv de 1881 entiende que el juez tiene gran libertad respecto a los términos jurídicos plateados por las partes demandante y demandada, y que la vinculación sólo lo es al *petitum*. Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 son autores con la misma opinión Montero Aroca[149], Ortells Ramos: "el juzgador no está vinculado

144. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Civil. Parte General. 4º ed. Madrid 2001, p. 126.

145. PRIETO CASTRO, "El cambio de punto de vista jurídico". *Revista de Derecho Procesal*. nº 1. 1956, p.3.

146. DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, 3ªed. 2004 p. 457. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 69.

147. DE LA OLIVA SANTOS Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 71.

148. GUASP, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso. Barcelona. 1943. P. 48./Montero Aroca Derecho Jurisdiccional II. Tirant lo Blanch. Valencia 2016 P. 158 cuando dedica un epígrafe a la irrelevancia de la fundamentación jurídica.

149. GUASP, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de

a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso"[150].

En cuanto a su contenido, desde comienzos del siglo XXI, esta máxima adquiere un contenido más amplio que el que tuvo en Derecho Romano, dado que el juez no sólo conoce el Derecho, sino que actualmente tiene la obligación legal expresa de aplicarlo[151]. La consecuencia es que éste no debe ser alegado ni probado por la parte, y si lo alega puede no ser tenido en cuenta, tal es el caso en el que el juzgador considere que no está vigente o que no es de aplicación. Esto es así porque el juez está sometido a la ley y al estado de derecho, en otras palabras, se debe al principio de legalidad[152]. Sin embargo, hay dos excepciones a la ausencia de prueba del derecho: cuando sea derecho extranjero o si es una costumbre, idea en la que insistiremos más adelante[153] y que como hemos visto ya tienen origen en Derecho Romano.

Hoy, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 constitucional convierte en derecho fundamental, el que nuestros conflictos se resuelvan con sumisión a la ley, con una resolución fundada en Derecho. El artículo 117.5 nos dice que están sometidos al imperio de la ley.

Desde un punto de vista del órgano llamado a impartir justicia, el ordenamiento jurídico prevé que el juez debe conocer el derecho y para ello se asegura que su ingreso en la carrera judicial así lo obligue. Con carácter general la mayor parte de órganos jurisdiccionales españoles están servidos por jueces técnicos en derecho que han superado una oposición y un curso en el Centro de Estudios Judiciales. No obstante, encontramos excepciones, y así no es necesario que el juez sea experto en lo jurídico cuando hablamos de los Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y en el orden penal, el jurado. Por otro lado, y fuera de la jurisdicción ordinaria, contamos con el Arbitraje, que ya existía en Roma y que en una de sus versiones puede serlo de equidad, como sucede en materia de consumo, así la junta arbitral juzga y sus resoluciones pueden tener fuerza de cosa juzgada, siendo sus árbitros legos. Por tanto, ni todos los jueces se ven afectados por el *iura novit curia*, ni siempre tienen que conocer el derecho,

hecho en el proceso. Barcelona. 1943. P. 48.

150. ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil. Pamplona. 2005, p. 258....

151. La esencia del *iura novit curia* reside en la concepción del Estado moderno, constitucionalista, cuyo eje principal es el sometimiento a la ley democráticamente elaborada, véase el art. 1 de la Constitución:" España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho"; en el que según el art. 9 del mismo Texto legal, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en el que la función de los Jueces y Magistrados, art. 117, es administrar justicia sometidos al imperio de la ley. Y para administrar justicia deben conocer el derecho, salvo algunas excepciones. De ahí que para su ingreso se exija un conocimiento extenso del ordenamiento jurídico e incluso el paso por el Centro de Estudios Judiciales. En cuanto a su aplicación el principio descansa en los art. 39.2 LOTC, 218.1 LECIV.

152. Ciertamente estas afirmaciones se ven matizadas legalmente, así el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 advierte que el tribunal puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido alegadas acertadamente por los litigantes, siempre que no se aparten de la causa de pedir. La jurisprudencia añade que estas circunstancias no pueden provocar indefensión, al no haber podido alegar lo que estime conveniente respecto a esas normas.

153. Falta

si bien deben aplicarlo en la medida en que "todos", poderes públicos y ciudadanos estamos sometidos a la ley, también los jueces legos (art. 9.1 de la Constitución española de 1978).

En Derecho europeo, TJUE y TEDH, es curioso comprobar como el *iura novit curia* que no rige en todas las etapas de Derecho Romano, tampoco rige ante el juez del TJUE respecto a los derechos internos de los estados[154]. Esta situación se aproxima más a la romana, dado que el juez aplicará la máxima al derecho nacional de cada estado respecto a sus propios jueces a los que, si exige conocer su respectivo derecho, excepción hecha de los del *common law*, a los que no se les aplica esta máxima[155].

Reinoso-Barbero opina que la intrascendencia de este importante principio en la UE es relativamente similar a la presentada en el Derecho Romano por diferentes razones: primera el juez romano no tiene obligación de conocer el derecho (eso es materia del pretor) ni el juez de la Unión el derecho nacional; y segundo, esta circunstancia obliga a quien actúe ante ambos jueces – el de Roma y el europeo- a probar ante ellos la realidad del derecho alegado. Así en Derecho Romano postclásico su demostración son la *recitatio legis*, y la *collatio codicum*[156]. Lo que suscribimos con ciertas matizaciones, sólo si nos referimos al juez privado del proceso formulario y teniendo en cuenta, que entonces los ejemplos de Derecho Romano Postclásico no son correctos, porque se refieren a la *cognitio extra ordinem*, a la etapa de vulgarización del derecho y de las primeras compilaciones.

Conclusiones

Respecto a este principio la doctrina romanista, entiende que el aforismo significa que se presume que el juez conoce el derecho, e incluso que en la mayor parte de las ocasiones lo aplica. Sin embargo, esto no siempre es así, lo común, tanto para el Derecho Romano como para el Derecho Positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho, y que este sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo, aunque en Roma esto no suceda en todas sus etapas.

En la etapa arcaica nos encontramos un derecho incierto, se juzgaba en el ámbito doméstico, el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, esto

154. El adagio es citado con cierta frecuencia en la jurisprudencia europea, incluso en las conclusiones del Abogado general CRUZ VILLALÓN presentadas el 30 de mayo de 2013 (asunto C-85/12), ap. 72 establece una peculiaridad más el principio *iura novit curia* no solo no toca al juez de la Unión respecto del derecho nacional sino tampoco al juez nacional cuando debe aplicar el derecho de otro Estado.

155. El principio *nova iurit curia* es de aplicación en el sistema procesal continental y en los de su influencia, mientras que el sistema anglosajón no lo reconoce. En este último sistema el juez es imparcial y neutral si juzga en virtud de los hechos, fundamentos jurídicos y pruebas aducidos por las partes, con una actitud pasiva y distante *(adversarial system)*. En los sistemas europeos se entiende que la esencia de la potestad jurisdiccional pertenece a los tribunales, y consiste en que estos apliquen el derecho conforme a los hechos alegados en juicio, *da mihi factum, dabo tibi ius*, más si cabe cuando este no haya sido invocado correctamente.

156. REINOSO- BARBERO, F., *"Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea" *cit*., p. 608.

hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que la máxima *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Con el *ordo iudiciorum privatorum*, concretamente con las *legis actiones* el juez *privatus*, elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Lo que, unido a la falta del principio de aportación de parte, y el dispositivo que impide que la parte aporte los hechos controvertidos, y la escasez de acciones existentes no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el aforismo *iura novit curia*.

En cambio, la aparición del procedimiento formulario, también afectado por la bipartición del proceso, trae algo diferente: la fórmula, que puede contener el derecho aplicable, por tanto, cuando el *iudex* o el *arbiter* asumen su función, ejercen su *iudicium,* pueden ser conocedores del derecho, pero no siempre. El *arbiter* ex compromiso no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, redactada en presencia de y con la aprobación del Pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes, por esto el árbitro no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho. El *iudex*, sin embargo, cuando era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*, el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad, este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por tanto, *de facto*, fuera de observancia el principio *iura novit curia*.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su intervención crea derecho. El pretor crea derecho y esa labor creadora del órgano judicial implícitamente supone, por una parte, conocimientos jurídicos, pero por otra precisamente que no existan previamente, puesto que se van construyendo a propósito de la resolución continuada de casos. En conjunto magistrado y juez acaban conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el *iura novit curia*, puesto que sus órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean.

En la *cognitio extra ordinem*, cambian los sujetos juzgadores que se especializan, *praetores fideicommissarii, praetor tutelaris, praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Esto indica que al menos en esas materias cada vez más eran conocedores del derecho a aplicar. Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza. El juez de la *cognitio* puede decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula y esto permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que ésta es una de sus características principales.

En la *cognitio* aparece la apelación y revisando los medios de impugnación los hay

que permiten ante la resolución en la que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnable. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad lo que nos lleva a pensar que hay sumisión al derecho, puesto que de no ser así la sentencia es impugnable.

De la revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cogntitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que de facto se aplica la máxima *iura novit curia*.

En época postclásica la posible aplicación del principio *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes. La parte debía probar el derecho, *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8) comparándolo con otros ejemplares *collatio codicum* loque es precisamente lo contrario a esta máxima.

En cuanto a la necesidad de probar la costumbre que acompaña al brocardo, puesto que el juez conoce el derecho, pero con exclusión de la costumbre que se debe probar, esta circunstancia ya la observamos en Roma, dónde hay que probar la costumbre, sobre todo la "extranjera" por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocerla.

Desde la Novísima Recopilación libro 11. Titulo 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) ya se exige expresamente que, para poder acceder a los oficios de justicia, debe constar por fe de los notarios que se ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Desde ese momento, y con carácter general al juez se le exige el conocimiento del derecho, requisito que se mantiene en la etapa de la codificación. No obstante, hay excepciones al principio *iura novit curia* que aún hoy se mantienen.

Bibliografía

Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (2004). *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Arangio-Ruiz, V. (1974). Les formules des actions et le système du droit romain classique. En: *Scritti di diritto romano II*

Biondi, B. (1934). Intorno alla rominità del processo civile moderno. En: *BIDR 42*

Bove, L. (1971) *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Republica all´eta dei Severi.*

Bove, L., *Nov. Dig. Italiano*. s.v. "*Iurisdcitio*".

Brunelli voz*: Nuovo Digesto italiano*. Vol. VII. *s.v. "Iura novit curia"*.

Buigues, G. (1990*). La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano : el arbiter ex compromiso*. Valencia : Universitat de València

Burdese. A. (1994). *Miscellanea romanística*. Madrid : Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez

Calamandrei, P. (1938). Diritto consuetudinario in cassazione. En: *Rivista di diritto processuale civile*. 15

Calvinho, G. (2009). El brocárdico iura novit curia. En: *Revista de derecho procesal*. (1)

Castán Pérez-Gómez, S. (2018). *Derecho Privado Romano* : La *Cognitio Extra Ordinem*. Madrid : Reus. Colección jurídica general

Coing, H. (1996). *Derecho privado europeo : derecho común más antiguo (1500-1800)*. Tomo 1. Madrid : Fundación cultural del notariado

Cuena Boy, F. (2021). La prueba de la costumbre del Derecho Romano al derecho indiano de los indígenas. En: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*

D´Ors. (1987). *Derecho privado romano*. 7ª ed. Pamplona : EUNSA. Pamplona.
De Giovanni, L. (2010). L´arbitrato nell´experienza giuridica romana. En: *Sull´arbitrato Studi oferti a G. Vere*.

De La Oliva Santos. (2004). El proceso de declaración. En: *Derecho procesal civil*.

De Martino, F. (1937). *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova : CEDAM

Diaz Bautista, A. (2009). Prólogo. En: *Magistrados, jueces y árbitros en roma*.

Domingo Osle, R. (2008). *¿Qué es el derecho global?*. Madrid : CGPJ

Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2018). *Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*. Santiago de Chile : Olejnik

Fernández Barreiro, A.; Garcia Camiñas, J. (2011). Arbitraje y justicia ordinaria : los arbitrajes compromisiarios en Derecho Romano. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (15)

Fernández De Buján, A. (1986). *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*. Madrid :

REUS.

Gimeno Sendra, V. (2001). *Derecho procesal civil : parte general*. 4º ed. Madrid : Tirant lo Blanch.

Guasp, J. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil : una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso*. Barcelona : Bosch

Iglesias. (1979). *Derecho Romano : instituciones de Derecho Romano*. 6ªed. Barcelona : Ariel.

Kaser, M. (1982). *Derecho Romano privado*. 2ª ed. Reus : Instituto Editorial Reus.

Luzzato G.I., *Enciclopedi del Diritto*, s.v. "*giurisdizione*".

Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità*. 5ª ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

Marrone, M. (1996). Sull´arbitrato privato nell´experienza giuridica romana. En: *Rivista arbitrale*. 1

Mole, M., s. v. *Sentenza* (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969, ed., 1982.

Montero Aroca. (2016). *Derecho jurisdiccional II*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Murga Gener, J. L. (1983). *Derecho Romano clásico II : el proceso*. 2ª ed. Zaragoza : Prensas Universitarias de Zaragoza.

Murillo Villar, A. (1995). La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. En: *Cuadernos de historia del derecho*. (2):11-46.

Murillo Villar, A. (2012). Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. En: *Teoría e storia del diritto privato*.

Orestano, R. Appello. En: *Enciclopedia del Diritto II* : *Annali II*. Milano : Giufre.

Orestano, R. (1953). *L´appelo civile in diritto romano*. Torino : G. Giappichelli.

Orestano, R.; Raggi, L. (1962). *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano*. Vol. 1. Milán

Ormazabal Sánchez, G. (2007). *Iura novit curia : la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid : Marcial Pons.

Ortells Ramos, M. (1977). Origen histórico del deber de motivar las sentencias". En: *Revista de derecho procesal iberoamericana*.

Paricio, J. (2014). *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. Madrid : Marcial Pons.

Paricio, J. (1984). Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromiso : sanción contra el árbitro que no dio sentencia. En: RIDA XXXI

Paricio, J. (1987). *Sobre la administración de justicia en Roma : los juramentos de los jueces privados romanos*. Madrid : Civitas.

Paricio, J. (1988). Iurare sibi non liquere. En: *Atti del III Seminario romanistico gardesano*

Picó I Junoy, J. (2007). *El juez y la prueba*. Barcelona : Bosch.

Prieto Castro. (1956). El cambio de punto de vista jurídico. En: *Revista de Derecho Procesal*. (1)

Pugliese, G. (1963). *Il proceso civile romano II : processo formulare*. Milán : Giuffre.

Pugliese, G. (1962). Note sulla i´ingiustizia della sentenza nel diritto romano. En: *Studi di Betti*.

Rascón, C. (2007). *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*. 2ª ed. Madrid : Tecnos.

Reinoso- Barbero, F. (2016). Paroemia et regulae iuris romanorum : Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea. En: *European journal of legal history*. 13.

Savigny. (1879). *Sistema del Derecho Romano actual*. 2ª ed. Madrid : Centro editorial de Góngora.

Scialoja, V. (1936). *Procedura civile romana*. Roma

Sentis Melendo, S. (1957). *El Juez y el derecho (Iura novit curia)*. Buenos Aires : Ediciones jurídicas Europa-América.

Talamanca, M. (1990), *Instituzioni di diritto romano*. Milano : Giuffrè

Talamanca, M. (1958). *Richerche in tema di "compromissum"*. Milán

Torrent, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid : Edisofer.

Torrent, A. (1970). *La iurisdictio de los magistrados municipales*. Salamanca : publicaciones de la Universidad de Salamanca.

VOCI, P. (1996). *Istituzioni di diritto romano*. 4ª ed. Milano : Giuffre.

VOCI, P. (1998). *Manuale di diritto romano*. 2ª ed. vol 2. Milano : Giuffre 1998.

Argumentos en favor de la pervivencia del Derecho Romano

Ricardo Ginés García [1]

1. Ricardo Ginés García es Doctor en Derecho y Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas y actualmente es el Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad John F. Kennedy. Simultáneamente se desempeña como profesor de Derecho Romano en las Universidades Abierta Interamericana, John F. Kennedy, de San Isidro Placido Marín y en la Nacional de Buenos Aires.

Introducción

El Derecho Romano es estudiado desde la antigüedad por jurisconsultos, estudiantes y juristas prácticos. Su enseñanza en las escuelas y facultades de derecho se desarrolló sin mayores sobresaltos durante muchos siglos. En la República Argentina, a partir de la implementación del Ciclo Básico Común y la reforma del plan de estudios de la carrera de abogacía de la Universidad de Buenos Aires, y por su influencia en los planes de otras universidades, esta materia ha sido suprimida, pospuesta como asignatura optativa, o relegada como un capítulo de la historia del derecho.

En la Argentina, el Derecho Romano se ha impartido principalmente porque proporciona los antecedentes necesarios para el estudio del derecho actual, en particular del derecho civil. No obstante, los adelantos científicos y técnicos nos han hecho acceder a una era de mayor control de la naturaleza y planificación social del futuro[2], y los asuntos de conciencia histórica han entrado en crisis con efectos negativos para saberes clásicos[3].

Las razones de esa crisis son varias. La globalización constituye el acontecimiento de mayor trascendencia mundial. Producto del vertiginoso avance científico y técnico, vivimos una revolución que está modificando radicalmente la vida material y cultural de millones de seres humanos en el mundo. No hay manera de evadir las transformaciones que están provocando estos cambios en el panorama internacional.

El auge de las comunicaciones, la automatización y la robotización, la biotecnología y la descodificación del genoma humano, están generando una nueva civilización de tipo digital simbólico y del conocimiento. Esta situación favorece la adopción de un paradigma de educación superior que propone un aprendizaje a lo largo de la vida. Se trata de paso del modelo napoleónico -estudiar mucho algunos años para trabajar toda la vida-, al modelo anglosajón -estudiar continuamente para trabajar toda la vida-.

En este nuevo contexto advertimos el impacto de la globalización en los estudios de la antigüedad que se manifiesta como una opacidad de la conciencia histórica, entendida como el oscurecimiento de la percepción de la relación entre la interpretación del pasado, la comprensión del presente y la perspectiva de futuro[4]. De allí que en las carreras de grado la formación fundante representada por las materias, históricas, filosóficas o sociológicas sea vista como superabundante, y las carreras tiendan a tecnificarse para que los egresados tengan una rápida inserción laboral.

Por otra parte, en muchos países existe una proliferación educativa que ha hecho necesario ofrecer oportunidades de formación especializada a una miríada de jóvenes; este hecho también ha llevado a una confrontación crítica con la educación clásica. Los estudios humanistas de historia, de las lenguas antiguas y de los sistemas filosóficos

2. Z. BAUMAN, G. DESSAL, "*El retorno del péndulo*". Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 111

3. Como articulación de una visión de pasado y un proyecto de futuro, la conciencia histórica no debe ser ajena a la formación del jurista. Por el contrario, se encuentra presente en los contenidos dogmáticos y, de manera especial, en la enseñanza de la historia del derecho occidental -de la que el Derecho Romano instaura su etapa constituyente-, desde donde se transmite a la vez que se construye.

4. La conciencia histórica ha sido estudiada por la filosofía y la historia. H-G. GADAMER, *Verdad y método II*, Salamanca, Sígueme, 1998, p. 133 y ss. Este autor define la conciencia histórica como el privilegio del hombre moderno de tener una plena conciencia de la historicidad de todo presente.

clásicos, están experimentando una depreciación. El Derecho Romano pertenece a la tradición clásica[5].

Hace varias décadas que Werner Goldschmidt planteó la necesidad de reformar los planes de estudios poniendo atención a la selección de las materias por su capacidad formativa para abordar el fenómeno jurídico[6]. Con esta perspectiva, propuso distinguir entre asignaturas fundantes y fundamentales, clasificación que tomamos como base para dar cuenta del carácter fundante del Derecho Romano.

El paso por las aulas universitarias deja huellas profundas en los estudiantes, que definen su identidad como futuros profesionales. Por eso, frente a los actuales despliegues del contexto global posmoderno, complejo y cambiante, proponemos explorar una propuesta de formación jurídica que comienza con el derecho de Roma, con la intención de producir un conocimiento capaz de superar la tensión entre las competencias que se desarrollan en las escuelas y facultades de abogacía y aquellas que la sociedad demanda de los abogados.

En presente trabajo vamos a pasar revista a las principales razones esgrimidas para explicar la pervivencia y la necesidad del estudio del Derecho Romano en la actualidad.

El Derecho Romano como expresión de la cultura jurídica

El romanista italiano Pietro De Francisci sostuvo: "Uno de los elementos fundamentales de toda civilización digna de tal nombre es el elemento jurídico. Pero en ningún pueblo ha tenido tan destacado relieve este factor como en la civilización romana; ya sea por su originalidad y lo típico de sus manifestaciones, ya por su vasta y profunda penetración en los campos más diversos del pensamiento individual y de la vida civil, así como la maestría con que los juristas romanos, reflexionando sobre sus experiencias, han sabido organizarlo racionalmente y construir un sistema que es, y siempre lo será, un modelo para todos los sistemas jurídicos"[7].

En esta línea de pensamiento, una corriente importante de académicos mostró que el sistema jurídico romano es el único del que podemos llegar a conocer su desarrollo completo. En la actualidad estamos en condiciones de estudiar su emergencia, evolución, crisis y deterioro como una expresión jurídica consumada, y con una precisión que no se puede comparar con ningún otro derecho de la antigüedad.

Afirma Luis Eugenio Oliver que "No cabe duda que los países que conforman la Unión Europea comparten una misma cultura jurídica que proviene del Derecho Romano y que se ha proyectado a lo largo de casi mil quinientos años. Una de las instituciones de

5. F. WIEACKER, *The importance of roman law for western civilization and western legal thought*, Boston College International and Comparative Law Review, Volume 4, Issue 2, Article 2, 9-1-1981, http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=iclr, agosto de 2021.

6. W. GOLDSCHMIDT, *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978. D. E. AYALA ROJAS, *Aportes trialistas para el diseño curricular,* Buenos Aires, Academia, Revista sobre enseñanza del derecho, año 11, n° 22, 2013, pp. 181 - 196, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/22/aportes-trialistas-para-un-diseno-curricular-integrado.pdf agosto de 2021.

7. P. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 3.

la Unión, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, reconoció abiertamente la inspiración romanista del derecho europeo en su sentencia del 25 de febrero de 1969"[8].

El conocimiento de este derecho histórico viene a configurar algo así como una especie de "bilingüismo jurídico" que recalca la necesidad del estudio del Derecho Romano como un derecho distinto del actual, facilitando la comparación y valoración de sus diversas formas de producción jurídica y de solución de conflictos. En este sentido su conocimiento ayuda a los estudiantes a salirse de los preconceptos del sistema y la dogmática jurídica propias que, considerados de manera excluyente, operan como un obstáculo pedagógico[9].

El conocimiento del Derecho Romano propicia la liberación de los estudiantes del excesivo apego al derecho positivo bajo cuya influencia se forman, y les brinda una mayor soltura para enfrentar tareas reformadoras o creadoras del derecho vigente. El conocimiento de la cultura jurídica romana resulta el mejor remedio contra el estudio servil del legalismo positivista y, aunque parezca extraño, el conocimiento del pasado que nos hace concebir como transitorias las realidades del presente, contribuye a evitar el inmovilismo normativista.

A través de su estudio podemos comprobar la relatividad de las regulaciones normativas que, si bien persiguen siempre algún ideal de justicia, como este no es invariable, aquellas deben adaptarse. El Derecho Romano sufrió el influjo de las enseñanzas filosóficas griegas, de las concepciones políticas de los diversos emperadores, y de la doctrina cristiana. Una enorme experiencia acumulada de inagotable utilidad para el jurista moderno, que le sirve de patrón para apreciar en su exacta medida, la influencia de estos y otros factores sobre la realidad jurídica que le toca vivir.

Siendo el derecho una expresión cultural, nos revela los valores y creencias subyacentes a las normas y nos permite descubrir la fisonomía operativa de una civilización. "Incluso –afirma Ramón López Rosa– podemos añadir que los procesos de crecimiento y decadencia experimentados por un Derecho cuyo ciclo completo conocemos, pueden servirnos de antecedente, diagnosis y hasta de advertencia para conocer nuestra propia situación en el mundo de hoy"[10].

Pensamos que las consideraciones precedentes son acertadas, pero no justifican por sí solas la incorporación de la asignatura Derecho Romano a los actuales planes de la carrera. Su utilidad como estudio histórico no se debe a que el ciclo del Derecho Romano

8. L. E. OLIVER, Principio de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés", https://www.academia.edu/24999207/PRINCIPIOS_DE_DERECHO_EUROPEO_DE_LOS_CONTRATOS_Y_C%C3%93DIGOS_CIVILES_ESPA%C3%91OL_Y_FRANC%C3%89S._AN%C3%81LISIS_ETIMOL%C3%93GICO_COMPARADO, agosto, 2021, reproduce el siguiente fragmento de la sentencia "No es novedad que las leyes anteriores se entienden por las posteriores [...]. De acuerdo a un principio común a los sistemas jurídicos de los estados miembros de la comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano, cuando se modifica una legislación y salvo que el legislador exprese una intención contraria, debe prevalecer la interpretación que garantice la continuidad de las estructuras jurídicas".

9. G. BACHELARD, *La formación del espíritu científico*, México, Siglo Veintiuno editores S.A., 20ª edición, 2000, pp. 20 - 21. http://www.posgrado.unam.mx/musica/lecturas/LecturaIntroduccionInvestigacionMusical/epistemologia/Bachelard%20Gaston-La-formacion-del-espiritu-cientifico.pdf, agosto de 2021.

10. R. LÓPEZ ROSA, *El Derecho Romano hoy: cupidae legum iuventuti*, http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1575/b1205665.pdf?sequence=1, agosto, 2021.

es el único completo que llego a ser conocido, lo que sin duda constituye una ventaja, ya que nos atrevemos a afirmar que sus cultores continuarían prefiriéndolo, aunque otro ciclo jurídico hubiera llegado a ser tan conocido como el de Roma.

El conocimiento de este derecho histórico es provechoso para obtener puntos de comparación y liberarse del limitado campo de referencia del derecho positivo; sin embargo, este objetivo también podría alcanzarse mediante el estudio del derecho comparado, aunque este último aporta para la crítica del derecho positivo elementos distintos de los que ofrece el Derecho Romano.

El Derecho Romano como realización histórica del Derecho Natural

Cercana a la fundamentación anterior está la de aquellos estudiosos que consideran al Derecho Romano como la concreción de un sistema jurídico perfecto y eterno. Según esta corriente doctrinaria, para sobreponerse a la visión positivista del derecho sirven por igual el estudio de los principios naturales eternos e inmutables que condicionan la validez de todo ordenamiento jurídico, como el estudio del ciclo completo del Derecho Romano[11].

El romanista español Albaro D'Ors, uno de los profesores más influyentes del siglo XX, afirmó que la misión del estudio del Derecho Romano ha de ser la de educar a los juristas mediante una consideración histórica de la más grandiosa experiencia jurídica de todos los tiempos[12].

Su antecedente está en la doctrina que consideró al *Corpus Iuris* como *ratio scripta,* razón escrita[13]. Esta corriente doctrinaria sostiene que el proceso histórico de creación jurídica consumado por los romanos durante trece siglos vendría a ser la expresión empírica de los postulados jurídicos absolutos que la reflexión humana plasmó en el denominado derecho natural.

Explica Tamayo Salmorán que "Los juristas al 'reconstruir' los textos de Justiniano y adecuar el Derecho Romano a las necesidades prácticas (del foro y de la *civitas)*, aseguraron su transformación en un *corpus* europeo de principios jurídicos con la pretensión de ser universales, *ergo:* 'naturales'. De esta forma, el 'Derecho Romano' se transforma en la 'materialización' del Derecho Natural"[14]

Koschaker sostiene la existencia de un Derecho Natural relativo "que se consigue con estricto rigor histórico del parangón de los sistemas de Derecho privado que más han contribuido a la construcción de Europa y del mundo, y en cuya cúspide figura el Derecho Romano, elemento unitivo de estos sistemas. Un Derecho Natural que condensa las experien-

11. A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943, p. 21,

12. A. D'ORS, P*apeles del oficio universitario.* Sobre el valor formativo del Derecho Romano, Madrid, 1961, p. 167.

13. R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Excursus I, ius naturale como doctrina política, el Derecho Romano ratio scripta*, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1764/14.pdf, agosto 2021.

14. R. TAMAYO Y SALMORÁN, artículo citado, p. 203, el párrafo citado alude a los juristas medievales.

cias jurídicas de los pueblos que con su cultura han cooperado a la formación de Europa"[15].

A partir de estas manifestaciones podemos distinguir la existencia de un Derecho Natural de primer grado, constituido por esos principios universales que se sustentan en lo que es por naturaleza humano, de un Derecho Natural de segundo grado, producto de la captación e interpretación humana de esos principios naturales eternos e inmutables[16].

Mientras el primero es absoluto, el segundo es relativo y encontró su expresión en el Derecho Romano. Este derecho de la antigüedad, a través de la actividad de los jurisconsultos, logró descubrir un repertorio de instituciones jurídicas, y elaborar una serie de principios generales del derecho que todavía hoy orientan la legislación y la práctica forense.

Aunque resulta innegable el valor de los aportes de la jurisprudencia romana clásica, estamos lejos de considerarlos como un dogma perfecto. Sin embargo, no ocultamos nuestra admiración por la excelencia que alcanzó el desarrollo de su método de creación jurisprudencial del derecho. Un paradigma de actuación que presupuso una verdadera concepción filosófica del derecho[17].

Ramón López Rosa dice "Por eso se puede sostener que el estudio y el conocimiento del Derecho Romano, más que un fenómeno de bilingüismo jurídico lo es realmente de filosofía jurídica clásica"[18]. Porque presupone una toma de posición en torno a los grandes interrogantes iusfilosóficos, a saber, la noción de derecho, su valor y su función social.

El Derecho Romano como modelo de adaptación jurídica

El derecho radica en la vida humana compartida, que posee siempre un sentido axiológico, y está en constante cambio. Por eso los juristas no deben posicionarse como meros espectadores, pues tienen la obligación profesional de intervenir en la marcha de los acontecimientos propiciando el surgimiento de las formas normativas que mejor se adapten a la inestable realidad.

El complejo jurídico desarrollado por los juristas romanos constituye un modelo de adaptación permanente. Partiendo del derecho de las primitivas *gens* se desarrolló y evolucionó constantemente. Se adecuó primero a las necesidades de una pequeña ciudad estado, luego a los requerimientos de una sociedad que ocupaba casi toda la península itálica, y terminó transformándose en un derecho universal capaz de regir en un vasto imperio.

Dice D'Ors, "Así, pues, además de las consabidas razones de utilidad que se vienen dando para justificar el estudio del Derecho Romano –valor de antecedente, valor auxiliar de interpretación, valor de instructor para el pensamiento jurídico– hay que añadir esto otro: utilidad del Derecho Romano para aleccionarnos sobre cómo hay que actuar en los momentos de transformación jurídica"[19].

En este sentido, el Derecho Romano se estructura como un sistema jurídico abierto sumamente adaptable; un derecho nacido de la problemática cotidiana distinto de los

15. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 486.

16. R. G. GARCÍA, Fundamentos del Derecho, Buenos Aires, Lectio, 2011 p. 410.

17. Digesto 1.1.1.pr. y 1.

18. R. LÓPEZ ROSA, artículo citado, p. 95.

19. A. D'ORS PÉREZ-PEIX, obra citada, p. 20.

sistemas legislados o codificados que son cerrados, axiomáticos o deductivos.

La apertura del sistema romano hace referencia a las cualidades de flexibilidad, movilidad y dinamismo, que posibilitan su continua recomposición en función de cada nuevo problema, y muchas veces el sistema se identifica con la casuística y el sistema jurisprudencial[20].

Su utilidad no consiste en haber desarrollado un sistema jurídico de valor absoluto, como se afirmó durante siglos, un ordenamiento perfecto y eterno, sino en que pudo superar las crisis a que la historia lo enfrentó. "Por eso –afirma D'Ors–, cuando hoy hemos de volver al Derecho Romano, no como sistema prefecto, sino como proceder perfecto, la vieja concepción estática debe ser sustituida forzosamente por una concepción dinámica"[21].

De esta forma, aunque muchos piensen que el Derecho Romano ha perdido su utilidad por tratarse de un derecho caduco, descubrimos que su conocimiento puede ayudarnos a orientar la adaptación o, directamente, la reformulación de las instituciones jurídicas de conformidad con los cambios de las valoraciones sociales[22].

El Derecho Romano como antecedente del derecho civil moderno

Un sector importante de los civilistas considera que el Derecho Romano es antecedente de nuestro derecho contemporáneo y fundamenta su utilidad en que es el derecho subyacente del actual sistema jurídico. Resulta evidente, y lo hemos mostrado en un capítulo precedente, que en el *Corpus Iuris* se encuentra el origen inmediato de nuestras modernas instituciones jurídicas.

Afirmaba Baldus de Ubaldis, *qui vult scire consequentes debet primo scire antecendentes*[23], quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes, y ningún jurista bien formado desconoce que el Derecho Romano es el antecedente del Derecho Civil argentino, del latinoamericano, del europeo continental, y del de todos los países que recibieron de alguna manera el influjo de la cultura jurídica romana.

En este sentido, la cantidad de ejemplos que se podrían dar es tan profusa que resulta innecesario traerlos nuevamente a colación. No obstante, no está de más recordar que el código de Dalmacio Vélez Sarsfield, directa e indirectamente, receptó casi sin variaciones incontables instituciones del *Corpus Iuris Civilis*.

Pero estudiar el Derecho Romano como mero antecedente del Derecho Civil resulta desalentador; los alumnos sienten el tedio que supone abordar primero el derecho precedente y luego el positivo, agravado por los pequeños detalles diferenciadores que vienen a confundirlos. Llevada al extremo esta postura constituye una duplicación innecesaria

20. F. CUENA BOY, "*Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*". Santander, Universidad de Cantabria, 1998, p. 66.

21. A. D'ORS PÉREZ-PEIX, obra citada, p. 20.

22. R. G. GARCÍA, obra citada, pág. 214.

23. B. DE UBALDIS, *De iustitia et iura rubrica, lege iuri opera daturum, prooemium. In priman digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1616.

que convierte la materia en una simple introducción histórica al Derecho Civil.

Pero si estudiamos el Derecho Romano no como precedente del Derecho Civil, sino como antecedente histórico jurídico común a los pueblos de Europa continental, a las naciones latinoamericanas surgidas de la colonización europea, e incluso a aquellos países que asimilaron la cultura jurídica europea, como China y Japón, el Derecho Romano constituye un poderoso elemento cultural para formar una conciencia jurídica común, imprescindible para preparar la unificación jurídica del futuro, que se concretará mediante una labor de homologación legislativa que tendrá como punto de partida el estudio del Derecho Romano[24].

"Si el Derecho Romano debe ser estudiado en sí mismo, sin justificaciones utilitarias, también es cierto que este modo de estudio conduce necesariamente a una adecuada vinculación entre aquel derecho del pasado y el derecho del presente desde una concepción jurídica que supera el puro orden normativo"[25].

El Derecho Romano como paradigma jurisprudencial

La *lex rogata,* ley rogada, establecida a partir de la propuesta de un magistrado aprobada por el pueblo reunido en los comicios, era un acto del magistrado sometido al consentimiento popular. Esas leyes tenían carácter imperativo no sólo porque la iniciativa la tenía un magistrado con imperio, sino también porque, como lo explica Modestino, la función propia de la ley es mandar[26].

No obstante, fueron muy pocas las leyes rogadas que se referían al *ius privatum*, derecho privado; la mayoría aludían al *ius publicum,* derecho público. Sólo cuando algún problema social grave superaba las posibilidades de los jurisconsultos, los magistrados tomaban la decisión de intervenir proponiendo una *lex*[27].

En Roma las leyes sólo contemplaban algunos pocos temas y la mayor parte del derecho privado no estaba legislado. Muchos aspectos referidos a la propiedad, los contratos, las servidumbres, el matrimonio y la filiación nunca fueron legalmente organizados[28].

24. F. SAMPER, *La finalidad de la enseñanza del Derecho Romano en Caminos romanos. Viae romanae. Estudios en homenaje a Francisco Samper Polo*, Chile, Juan David Terrazas Ponce Editor, 2006, p. 31.

25. M. I. NÚÑEZ PAZ, *Derecho Romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000, p. 24.

26. Digesto 1.3.7. A. Di PIETRO, L*a tradición del Derecho Romano en la formación del jurista de nuestro tiempo*, https://www.clubensayos.com/Historia/La-Tradicion-Juridica-Romana-En-La-Formacion-Del/542286.html, agosto de 2021. A la pregunta "¿por qué hoy el Derecho Romano?", el profesor Alfredo Di Pietro responde que si bien hay muchas razones hay una que es importante señalar: "si estudiamos el derecho de los romanos es por la sencilla circunstancia de que este pueblo fue el creador del ius".

27. A. DI PIETRO, artículo citado. Tal el caso de la ley Poetelia Papiria que prohibió el encarcelamiento, venta y muerte de los *neri*. A partir de la sanción de esa ley el cumplimiento de la obligación no recayó más sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio considerado prenda común de los acreedores.

28. A. DI PIETRO, en el artículo citado dice "Con ello se ve que lo prescripto por las leyes apenas si cubría unas pocas materias del *ius privatum*. Por ello es que, hablando en términos actuales, más que señalar la existencia de 'lagunas', es decir de sectores jurídicos no legislados, para ser precisos tuviéramos, al revés, que hablar de 'islas', o sea de algunos pocos y escasos

Pero los romanos fueron también los creadores del *ius,* expresión que traducida generalmente por 'derecho', en realidad en un sentido jurídico más preciso alude a 'lo justo'. Esta afirmación no significa que otros pueblos de la antigüedad no tuvieran sistemas jurídicos, de hecho, todas las sociedades organizadas tuvieron algún régimen de derecho, pero sólo en Roma existieron juristas expertos.

En Roma, el estudio del derecho no fue una actividad ocasional sino una tarea habitual practicada por especialistas abocados a reflexionar con sentido práctico, sobre cómo solucionar con justicia los casos concretos. Esta dedicación profesional produjo una influencia recíproca entre el derecho objetivo y las interpretaciones que de él se producían. El conocimiento jurídico adquirido y la actividad realizada para obtenerlo fueron denominados *iurisprudentia,* jurisprudencia[29].

"La jurisprudencia –dice Ulpiano– es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y lo injusto"[30]. Esta definición posee un fin práctico y corresponde al concepto tradicional que los romanos tenían del *iurisprudens*, jurisprudente. Para aquel pueblo la jurisprudencia es una actividad intelectual dirigida a señalar el proceder correcto en el campo jurídico[31].

Para alcanzar ese objetivo se requiere el conocimiento de las cosas divinas y humanas que brinda la experiencia, no por ellas mismas como objeto de entendimiento, sino como presupuesto para realizar la justicia, que es el fin esencial de la jurisprudencia, porque para los romanos la actividad de los juristas no era una especulación abstracta en torno al ordenamiento jurídico, sino una profesión que determinaba lo que era justo y oportuno para la convivencia social.

La jurisprudencia procuraba la acción humana racional, el proceder justificado. Basada en el conocimiento, señalaba la mejor acción que un hombre debía seguir en una situación concreta, la acción correcta, aquella que no podía ser superada por otra, el proceder que era valioso para todos. Por eso la *prudentia iuris* romana fue ante todo el arte de saber elegir[32].

Las leyes romanas se limitaron a expresar algunas concisas normas imperativas que tenían una significación limitada. El *ius*, en cambio, tuvo un alcance mucho más amplio. Así, mientras la ley expresaba lo general, el *ius* se refería a la especie. En este sentido, afirmaba Papiniano: "En todo el derecho el género es derogado por la especie, y se considera principalmente lo que se refiere a la especie"[33].

Esto no quiere decir que los romanos no respetaran la autoridad de las leyes y las

sectores legislados, en medio de una vasta superficie del mar de lo 'no legislado'."

29. R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 94 - 95.

30. Digesto 1.1.1.2

31. Desde siempre los seres humanos se han preguntado ¿qué es? y ¿qué hacer? Sus respuestas dan lugar a la descripción que hace la ciencia y a la justificación de las acciones que lleva a cabo la jurisprudencia. Ambas proceden ajustándose a la razón, pero su finalidad es distinta, la ciencia procura conocer, la jurisprudencia conocer y decir qué hacer, en términos exactos qué debe ser.

32. R. TAMAYO Y SALMORÁN, obra citada, p. 112. M. J. GARCÍA GARRIDO, "*Reflexiones sobre la formación del jurista y el valor del Derecho Romano"*, en III Jornadas de Decanos de las Facultades de Derecho, Zaragoza, 1983, tomo II, p. 4.

33. Digesto 1.3.8; y 50.17.80

costumbres de los antepasados que durante mucho tiempo conformaron el antiguo *ius civile*, sino que siempre se presentaba el problema de la interpretación de ese ordenamiento legal y consuetudinario con miras a su aplicación a los casos nuevos.

Debido a que las leyes son normas generales y que la experiencia jurídica del caso concreto a resolver presenta siempre particularidades, los jurisconsultos romanos introdujeron las mejoras necesarias para lograr la justa solución de los casos[34]. Sus innovaciones no derogaban las leyes y costumbres que conformaban el *ius civile,* sino que las interpretaban para que de la aplicación estricta de la ley al caso no hubiera soluciones injustas[35].

De esta forma, la experiencia jurídica romana nos revela dos ámbitos distintos, por una parte, las *leges* votadas por el pueblo y, por la otra, los *iura* creación doctrinaria de los juristas. En su época más creativa, el Derecho Romano casi no contó con leyes de derecho privado, pero esta falencia fue remediada por la interpretación de los jurisconsultos. Por eso, los romanistas afirman acertadamente que "el pueblo del derecho no es el pueblo de la ley"[36].

Los jurisprudentes de esta época llegaron a intervenir también en la creación del derecho objetivo a través de las diversas magistraturas facultadas a emitir edictos, cumpliendo las funciones de jueces e integrando los concilios y consejos que asesoraban a los magistrados en el ejercicio de sus funciones. De este modo, los juristas introdujeron correcciones que no necesariamente se fundaban en el derecho civil, sino que se correspondían más bien con el *ius praetorium,* el derecho pretoriano.

Junto a las antiguas leyes y las costumbres de los antepasados que conformaron el *ius civile vetus*, antiguo derecho civil, adquirió vigencia también el derecho pretoriano, que "es el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil..."[37]. Pero siempre detrás de la labor creadora del pretor estuvo presente la tarea orientadora de la jurisprudencia[38].

Este derecho, denominado en términos más generales derecho honorario, no contradice el derecho civil romano, sino que, al ceñirse a su aplicación precisa, específica, integra o adapta las leyes y costumbres antiguas evitando las soluciones inequitativas de los nuevos casos. "Porque –como afirma Marciano– también este mismo derecho honorario es viva voz del derecho civil"[39].

Es así como la actividad de los jurisprudentes alcanza el nivel de arte que, afirmando el ideal de justicia, se contrapone a la deficiente o carente formulación legal y se resuelve propiciando un comportamiento social conmutativamente justo. El valor del Derecho Romano no es tanto el de servir como antecedente del moderno derecho civil, ni siquiera servir en una actividad tan importante para el jurista como es la exégesis de textos, sino

34. M. J. FALCÓN Y TELLA, *Case law in roman, anglosaxon and continental law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 10.

35. F. C. DE SAVIGNY, Sistema de Derecho Romano actual, Madrid, Góngora y compañía, 1878, Tomo I, p. 64.

36. F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Editorial Civitas, 1990.

37. Digesto 1.1.7.1

38. M. I. NÚÑEZ PAZ, *Derecho Romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 59.

39. Digesto 1.1.8

más bien en proporcionar un modelo del razonar jurídico desde el caso concreto[40].

Un ejemplo lo encontramos en un pasaje del Digesto referido a la reparación de los daños. Peter Stein piensa que al jurista Marco Junius Brutos le deben haber consultado si quien golpeaba a una esclava embarazada y como consecuencia del golpe abortaba, era responsable frente al dueño de la esclava. Brutos respondió que era responsable *quasi rupto,* como por cosa rota, creando así una nueva categoría aplicable a una serie de casos no contemplados[41].

La actividad desplegada por la jurisprudencia suavizó el rigorismo excesivo del antiguo *ius civile* y amplió el ámbito de aplicación de las normas vigentes a otros casos no previstos; y aunque la *interpretatio* tuvo una fuerza vinculante similar a la de la ley, entre *ius* y *lex* no hubo oposición, sino por el contrario una perfecta coordinación[42].

Destaca Samper: "No escapará a la perspicacia del lector que, concebido el estudio del Derecho Romano en su originaria dimensión jurisprudencial, constituirá un vehículo poderoso e insustituible para la aproximación de los sistemas continental y anglosajón, pues el estilo del *case-law* está muy cercano al método clásico de enseñanza jurisprudencial"[43].

En este sentido, con frecuencia, los romanistas ingleses y norteamericanos remarcan la similitud de métodos de razonamiento jurídico que hay entre los derechos inglés y romano, y estiman que el Derecho Romano no sólo es útil debido a los puntos de contacto entre el sistema lógico jurídico romano y la técnica del *common law*, sino por cuanto facilita a los estudiantes del derecho común la comprensión de los modernos sistemas jurídicos extranjeros[44].

José Puig Britau destaca la diferencia de actitudes que se pueden observar a partir de la baja Edad Media en los distintos caminos que tomaron por un lado los juristas ingleses y por el otro los del continente europeo. Así, mientras Europa incorpora mediante la codificación del derecho privado las instituciones del *Copus Iuris*, Inglaterra logra establecer un sistema original reproduciendo, probablemente de manera inconsciente, la

40. J. MIQUEL, *Questiones. Docencia del derecho a través del casuismo romano*, Barcelona, Ariel, 1985, p. V.

41. Digesto 9.2.27.22. P. STEIN, *An inaugural lecture en "Roman law and english jurisprudence yesterday and today"*. Cambridge, Cambridge University Press, 1969, p. 18 - 19. P. STEIN, "*Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*", Edinburgh, Edinburgh University Press, 1966, p. 28.

42. Digesto 1.2.2.12, explica POMPONIO "De esta suerte, en nuestra ciudad se determina o por derecho, esto es, por ley, o hay derecho civil propio, que sin estar escrito consiste en la sola interpretación de los jurisconsultos..."

43. F. SAMPER, *La finalidad de la enseñanza del Derecho Romano en Caminos romanos. Viae romanae. Estudios en homenaje a Francisco Samper Polo*, Chile, Juan David Terrazas Ponce Editor, 2006, p. 40. C. A. CANNATA, *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano en Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, p. 72.

44. J. C. GHIRARDI, *El derecho romano y el derecho anglosajón*, Córdoba, Explanatio, 1994. F. PRINGSHEIM, *The inner relationship between english and roman law,* Cambridge Law Journal 5, 1935, pp. 347 - 365. A. SCHILLER, *Roman Law: mechanisms of development*, Malta, Mouton Publishers, 1978, p. 8. M. HOEFLICH, *Roman § civil law and the development of anglo-american jurisprudence in the nineteenth century*, Georgia, University Press of Georgia, 1997, p. 132. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Ciencias jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Civil law, https://ia801707.us.archive.org/23/items/art.-fdez-bujan/art.%20Fdez%20Bujan.pdf*, agosto de 2021.

forma de creación del derecho propia de la jurisprudencia y el pretor[45].

En este sentido hay que diferenciar el pensamiento dogmático continental europeo del *legal reasoning from case to case,* razonamiento jurídico de caso a caso anglosajón. Así, en tanto el sistema continental parte del método deductivo axiomático, en los países del *common law* el punto de partida lo constituye la reflexión jurídica en torno a los nuevos casos, en clara y ampliamente estudiada relación con el proceder de los juristas romanos[46].

La comprensión del Derecho Romano en su auténtica fisonomía de sistema de acciones conducirá a la superación del legalismo y a la restauración de la *auctoritas* de los juristas[47]; dará a los estudios sobre los antecedentes del derecho privado más que un sentido genético, un significado crítico y corrector, y propiciará la formación de una jurisprudencia universal, común no sólo a los países de tradición romanista, sino que abarcará también a los que siguen el sistema del *common law*[48].

El Derecho Romano como promotor de la ciencia del derecho

En más de doce siglos de su historia, Roma evolucionó de manera considerable. No tiene sentido hablar del mundo de habla latina, y menos después del siglo III antes de Cristo, cuando la dominación romana sobrepasó la península itálica. La civilización romana conformó un todo, pero un todo heterogéneo. Por eso resulta imposible identificar una época típicamente romana, o considerar alguno de sus sucesivos regímenes jurídicos como el Derecho Romano inherente.

En cada etapa y con cada forma de gobierno, esta civilización se enriqueció con el aporte de otras culturas que poco a poco acabaron integrándose a la *romanitas,* la romanidad entendida como fusión de las culturas e instituciones romanas y locales resultado de la actuación conjunta del gobierno central y de iniciativas regionales. Por eso resulta erróneo entender la civilización romana únicamente como la civilización latina, o reducirla

45. J. PUIG BRITAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial,* Barcelona, Bosch S.A., 1952, p. 106 y ss.

46. M. I. NÚÑEZ PAZ, obra citada, pp. 54 - 55.

47. El término latino *auctoritas* es imposible de traducir con precisión, se le atribuyen los significados de garantía, autoridad, prestigio e influencia. La palabra castellana "autoridad" es apenas un pálido reflejo de su verdadero significado. En Roma detentaba *auctoritas* la persona o institución con capacidad moral para emitir una opinión calificada. Si bien dicha opinión no era legalmente vinculante y no podía ser impuesta, era un parecer autorizado, garantizado, que gozaba de prestigio e influencia. *Diccionario Ilustrado, Latín,* España, Spes, 21ª edición, 2003, p. 48. F. BETANCOURT, *Derecho Romano clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 3ª edición, 2007, p. 65, dice: "Las fuentes del Derecho Romano Clásico en la época republicana se derivan del concurso de la *auctoritas* jurídica, de la *auctóritas* política y de la potestas política. Se derivan exclusivamente de la *auctoritas* jurídica, o saber jurídico socialmente reconocido, la jurisprudencia *(iurisprudentia)*; se derivan de la colaboración entre la *auctoritas* jurídica y *potestas* política el Edicto del Pretor y el Edicto de los Ediles Curules; se deriva de la colaboración entre *potestas* política y auctoritas política el Senadoconsulto; y, finalmente, se deriva exclusivamente de la *potestas* política la ley pública."

48. J. C. COSTA, *Manual de Derecho Romano público y privado,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 575 ; F. SAMPER, obra citada, p. 40.

a algunos rasgos destacados, porque no existió una civilización puramente romana.

Aunque muchas ciencias, artes y técnicas se remontan a Grecia clásica, en el caso de la jurisprudencia, el punto de partida es Roma. Desde luego que los griegos tuvieron un derecho, pero no conocieron la figura del jurista. El profesional del derecho es una creación original de Roma que, durante el período de máximo desarrollo de la jurisprudencia, no era un simple operador jurídico, sino quien poseía los conocimientos necesarios para la realización práctica del derecho[49].

El *ius,* como se lo entendía en la época clásica, era el conjunto de soluciones secularizadas y racionales a los conflictos patrimoniales de los ciudadanos; tiene su inicio en la segunda mitad del siglo II antes de Cristo, y sus fundadores fueron Mario Manilio, Marco Junio Bruto y Publio Mucio Escévola padre de Quinto Mucio Escévola, el pontífice, y de Quinto Mucio Escévola, el augur, estos últimos también afamados jurisprudentes[50].

A Quinto Mucio Escévola, el pontífice, le debemos el primer tratado sistemático titulado *De iure civile*, de alrededor de dieciséis libros, que comprendía: la herencia, las personas, las cosas, y las obligaciones. Ya en el siglo I a.C. emergen figuras como las de Cayo Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo, quien inaugura la escuela serviana iniciando la tradición de las escuelas encargadas de la formación de los jurisprudentes[51].

La principal actividad del jurisconsulto romano consiste en *respondere,* dar respuestas, a los casos patrimoniales propuestos por un ciudadano particular, por los magistrados o por los jueces. Además, estos juristas "*veteres*", como los llamó Justiniano para diferenciarlos de los que actuaron posteriormente en la época clásica, adoptaron un riguroso profesionalismo, y desarrollaron otras actividades jurídicas que los romanos designaron con los verbos *cavere*, *agere*, *instituere* y *scribere*[52].

Mediante el *respondere,* los juristas emitían su opinión sobre las cuestiones jurídicas que se les planteaban. En plena época del procedimiento formulario, los jueces comenzaron a consultar a las personas versadas en el conocimiento del derecho. Esta función llegó a tener gran relevancia y, aunque en los comienzos no obligaba al consultante, generalmente se la tenía en cuenta por la fuerza de convicción de sus argumentos[53].

Cavere significa estar atento, cuidar, prever, jurídicamente se dice del jurista que toma los recaudos legales para proteger los intereses de su cliente; a*gere* significa hacer, y *causam agere,* defender una causa; *respondere* significa contestar, y alude jurídicamente a responder o evacuar una consulta de derecho; *instituere* significa disponer, organizar, educar, formar, con el sentido de enseñar el derecho*;* y, *scribere* significa escribir, y hacía referencia a la composición y publicación de colecciones y tratados jurídicos[54].

49. M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 1ª edición, 2001, p. 227.

50. Digesto 1.1.2.39. F. BETANCOURT, *Derecho Romano clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 3ª edición, 2007, p. 65. D. PANIAGUA AGUILAR, *El panorama literario técnico-científico en Roma (siglos I-II D.C.) "et docere et delectare"*. Salamanca, Ediciones Universidad, 2006, p. 122.

51. F. BETANCOURT, obra citada, pág. 65. A. MARTÍNEZ ARANCÓN, E. CASAS SANTERO, I. CASAS SANTERO, *Ideas y formas políticas de la antigüedad*, Madrid, UNED, 2014, p. 218.

52. F. BETANCOURT, obra citada, p. 66.

53. L. R. ARGÜELLO, *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones,* Buenos Aires, Astrea, 1976p. 104. N. PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, *Manual de historia del Derecho Romano*, Buenos Aires, Manuel Lerner editores, 1984, p. 101.

54. J. RASQUÍN, *Manual de latín jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, 1993, pp. 196 - 197 y 216.

Con la palabra *cavere* se designaba la actuación de los jurisconsultos que, a petición de los interesados, redactaban las fórmulas para concertar los negocios jurídicos, actividad muy importante en la época antigua porque el incumplimiento de cualquier requisito formal producía la nulidad de los actos. Esta tarea alcanzó gran auge a finales de la república cuando se sintió la necesidad de adaptar las viejas instituciones jurídicas a las nuevas relaciones que fueron surgiendo, haciendo aparecer la jurisprudencia cautelar.

En el sentido más lato, el término *agere* hacía referencia a la intervención del jurista en el proceso. Pero en Roma esta actividad no fue ejercida directamente por los jurisconsultos, sino por los abogados que, entrenados para ejercer la retórica, por lo general desconocían el derecho. El *agere* consistió entonces en instruir a los interesados en las solemnidades que debían observar al iniciar un litigio, y en señalarles la fórmula más adecuada a sus pretensiones.

Instituere y *scribere*, enseñar y escribir, fueron también tareas muy importantes. La enseñanza del derecho sentó las bases para el desarrollo de las escuelas jurídicas de la época clásica. La elaboración de obras escritas bajo la forma de *responsa* o *regulae,* respuestas y reglas, inició la práctica de publicar los trabajos doctrinarios, una destreza que se desarrollaría ininterrumpidamente durante los siguientes cinco siglos.

Sobre esta base, la actividad de los juristas paulatinamente se diferencia de la de sus predecesores cuando comienzan a escribir los primeros tratados de derecho civil. Estas obras contenían colecciones de respuestas dadas para los casos particulares. Poco a poco estas respuestas empiezan a aplicarse a casos similares y aparecen los *nomina iuris,* categorías o conceptos jurídicos[55].

Cuando se estudia la jurisprudencia de la última centuria antes de Cristo, se puede observar cómo, junto a las tradicionales funciones cautelares y prácticas, los jurisconsultos desplegaron una actividad en orden a desarrollar un sistema. A partir de ese momento los juristas romanos comenzaron a llamar *scientia iuris*, ciencia jurídica, a la jurisprudencia.

Para transformar la jurisprudencia en ciencia, los juristas romanos tuvieron que ajustarla al modelo griego de *episteme*. Con la adopción de los métodos aristotélicos de los 'segundos analíticos' los jurisprudentes fueron capaces de construir diversos conceptos jurídicos y encontrar las *regulae*, reglas o principios, de la jurisprudencia[56].

El Derecho Romano como fundamento de la unificación jurídica Latinoamericana

Una gran parte de los códigos civiles modernos se manifiestan como un sistema de reglas de origen casuístico elaboradas por los jurisconsultos romanos con un método aún

55. R. DE CASTRO CAMERO, *Regula iuris* en Revista de estudios Históricos n° 16, Valparaíso, 1994, p. 25 y ss.

56. R. TAMAYO Y SALMORÁN, obra citada, p. 99, explica que en Roma *episteme* se traduce por *scientia* y, en el último siglo de la República, *scientia* era la sistematización de una disciplina en *genera y partes* mediante la aplicación de los dos métodos usados por lógicos y geómetras. Primeramente, la observación de los hechos singulares para obtener, por inducción definiciones, conceptos, hipótesis, conceptos, hasta alcanzar principios de una ciencia en particular. Y, en segundo lugar, deducción de nuevos enunciados a partir de estas premisas.

no superado. Categorías conceptuales y técnicas constituyen el legado jurídico de Roma a los juristas actuales[57].

Partiendo de esta premisa, en un contexto histórico como el presente, marcado por una tendencia integradora de los países en todos los ámbitos, incluido el jurídico, resulta de sumo interés el conocimiento del Derecho Romano por ser el primer estrato de la tradición jurídica occidental[58].

Los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de Latinoamérica se sustentan sobre cimientos romanísticos compartidos, y la tendencia unificadora llevará necesariamente a asumir un esfuerzo codificador tendiente a establecer reglas comunes que puedan ser aplicables en todo su espacio jurídico.

América Latina es, ante todo, un fenómeno cultural, una amalgama de elementos europeos traídos por los inmigrantes y originarios de los pueblos nativos, con preponderancia del factor romano en lo jurídico y del cristianismo en lo espiritual valorativo. Se trata en definitiva de una producción histórica y no un emergente natural. Para lograr una integración que supere el estadio económico debemos propiciar una programación normativa de la vida social fundada en el estudio de la historia y el derecho comparado[59].

En las raíces romanas, en los aportes jurídicos de los pueblos originarios y en el derecho comparado encontraremos los fundamentos de la futura unidad jurídica latinoamericana. Ateniéndonos a estas fuentes descubriremos que los nexos son más sólidos que los elementos de discrepancia, y no es necesario buscar en culturas ajenas, principios y antecedentes jurídicos que se hallan profundamente arraigados en la nuestra[60].

Debemos partir de las relaciones económicas, sociales, y políticas actuales y descubrir las fuentes comunes para generar un derecho latinoamericano que supere la mera uniformidad tributaria. Para una verdadera integración debemos proceder de los antecedentes compartidos y sobrepasarlos en su trayectoria histórica, para contribuir a armonizar los distintos derechos nacionales evitando extraviarnos en un entramado de normas incoherentes e inconexas[61].

57. C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996.

58. J. A. TITO AÑAMURO, *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*, Colombia, Editorial Universidad del Norte, Grupo Editorial Ibañez, y Editora y Librería Jurídica Grijley Eirl, 2012.

59. J. MOSSET ITURRASPE, *Las fuentes de un código de derecho privado. El derecho de Latinoamérica y el derecho de Europa*, Santa Fe, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001, p. 9. R. KÜNTEL, *Derecho Romano y codificación del derecho civil*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Romano, Derecho Chino y la codificación del Derecho Civil, celebrado en Beijing del 3 al 6 de octubre de 1994, uno de cuyos objetivos era analizar cómo podría el Derecho Romano ayudar al proceso de codificación del derecho civil que se inició en China con la sanción de los 155 Principios Generales del Derecho Civil Chino, https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20170/18097, agosto 2021.

60. Así con frecuencia se destaca como antecedente del defensor del pueblo al *ombudsman* sueco, olvidando la centenaria actuación de los tribunos como defensores primero de los plebeyos y luego del todo el pueblo hacia finales de la época republicana.

61. M. I. NÚÑEZ PAZ, obra citada, p. 22, dice la autora: "En los estudios de Derecho comparado se percibe con mayor evidencia que en otros tipos de estudios, que el fenómeno jurídico no se agota en el legislativo ni en el jurisprudencial, sino que se integra con las relaciones económicas, éticas, sociales, políticas del momento". P. CATALANO, *Sistemas y ordena-*

No cabe duda que los países que conforman América Latina comparten una misma cultura jurídica que proviene del Derecho Romano y que se ha proyectado a lo largo de casi mil quinientos años. Latinoamérica es una realidad histórica varias veces centenaria y no podemos prescindir de la historia a la hora de formular una proyección jurídica compartida. Su unidad jurídica, que es también unidad científica, se encontrará y se fundará en primera instancia en la tradición común del Derecho Romano[62].

En los últimos veinte años se vienen realizando numerosos trabajos académicos tendientes a la unificación del derecho, entre los que se pueden mencionar: el Proyecto de Unificación del Derecho Privado de América Latina, en la Universidad de La Plata; los trabajos del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Universidad Tor Vergata; los de Alejandro Garro en la Universidad de Columbia; los de John Henry Merryman y Rogelio Pérez Perdomo en la Universidad Internacional de Florida; los de Matthias Schmidt en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado; los del Grupo de Armonización del Derecho Privado de la Universidad de Rosario de Colombia; los del Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho de México; el proyecto de Bases para la Modernización del Derecho Contractual Latinoamericano de la Universidad del Norte de Colombia[63].

Históricamente, el derecho civil ha estado asociado a la idea del estado- nación. Durante mucho tiempo se consideró al derecho civil como aquella parte del ordenamiento normativo en el que se reflejaba la idiosincrasia jurídica de un pueblo a través de sus propias instituciones, decantadas a lo largo de siglos de singular experiencia jurídica[64].

Una lengua única, una cultura jurídica común y un código civil propio, eran los componentes que permitían forjar la identidad nacional de un pueblo. Pero esta ideología sufre hoy embates a escala global, porque se pretende una armonización que unifique sectores muy pujantes de las relaciones sociales, especialmente del derecho de los contratos y las obligaciones[65].

---

mientos. El ejemplo de América Latina, Rivista elettronica del Centro Studi per l'America Latina, http://www2.units.it/csal/home/?file=sistema2.htm, agosto de 2021.

62. C. A. CANNATA, obra citada. P. CATALANO, artículo citado. Para lograr la unificación del derecho se deben comparar las diferentes disposiciones que se encuentran fijadas en los artículos de cada uno de los códigos civiles. Muchas concordancias se explican sin más por su origen enraizado en el Derecho Romano. Cuando no sea muy clara la *ratio* de estas reglas comunes o haya divergencia, se deberán comparar los pros y los contras de la solución basada en el Derecho Romano con otras soluciones.

63. J. A. TITO AÑAMURO, obra citada, p. 131.

64. F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Hacia un derecho civil internacional e uniforme,* Universidad Pablo de Olive https://www.upo.es/cms1/export/sites/upo/investiga/dicodec/documentos/Francisco_Oliva_HACIA_UN_DERECHO_CIVIL_UNIFORME.pdf, agosto de 2021.

65. F. OLIVA BLÁZQUEZ en el proyecto de investigación citado y refiriéndose a Europa dice que "actualmente se está trabajando en la creación del llamado 'Marco Común de Referencia', cuya finalidad es la de establecer unos principios comunes del Derecho contractual así como una terminología compartida que sirva para superar las conocidas aporías técnicas de las directivas. Junto a esta iniciativa oficial existen numerosos trabajos de corte académico y privado, como los 'Principios de Derecho de los Contratos Europeos', el 'Anteproyecto de Código civil Europeo', los 'Principios del Derecho de Daños' o, finalmente, los 'Principios de Derecho de Familia sobre Divorcio y alimentos entre esposos divorciados'. Además, se está preparando un gran 'Código civil de Derecho Patrimonial Europeo', bajo la dirección del profesor alemán VON BAR".

Resulta difícil pronosticar cómo se desarrollará la formación del derecho civil latinoamericano. En un sentido similar, pero referido al proceso de integración jurídica europea, Sergio Cámara Lapuente señala que con los materiales e iniciativas existentes debe producirse la armonización del derecho contractual y del derecho del consumidor. Salvando las diferencias que existen, pensamos que el diálogo y la discusión en nuestra región deben comenzar por establecer un horizonte de convergencia jurídica en las materias de derecho de los contratos, de las obligaciones, y del consumidor[66].

Los fundamentos del nuevo Código civil y comercial destacan la importancia de la influencia de la tradición romanista, y reconocen haber incorporado nociones de la cultura latinoamericana y un conjunto de criterios propios de la región[67].

Conclusiones

Los romanos, contrarios a todo dogmatismo normativo, desarrollaron un paradigma científico de actualización y de renovación permanente. Justiniano reconoció que "...la naturaleza del derecho humano se extiende siempre a lo infinito..."[68]. La prudencia y la equidad guiaron el gradual avance del derecho por la persuasión de sus argumentos. Este modelo dinámico de interpretación debe presidir la aplicación de toda nueva legislación.

La pervivencia de las instituciones del Derecho Romano, la vigencia de los principios generales del derecho originados en la jurisprudencia clásica, el valor del paradigma jurisprudencial en la creación del derecho y la promoción de la ciencia jurídica, y su inestimable utilidad como fundamento para la futura unificación del derecho latinoamericano, ratifican la necesidad mantener su enseñanza redefiniendo sus contenidos y formas pedagógicas de acuerdo a las necesidades de la formación profesional de un abogado del siglo XXI.

66. S. CÁMARA LAPUENTE, *El futuro del derecho del consumo en el nuevo entorno del derecho contractual europeo, Autores Varios en Derecho privado del consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 57.

67. http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2612, agosto de 2021, pág. 4.

68. *Constitución Tanta*

Ubi partes sunt concordes, nihil ad iudicem

Eduardo Claudio Sapia

Marcelo Daniel González[1]

1. Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Teniendo como referencia el aforismo *ubi partes sunt concordes, nihil ad iudicem* (cuando las partes están de acuerdo nada tiene que decir el juez, Gayo) que, sin duda, se está refiriendo al acuerdo prejudicial entre las partes que intentan resolver un conflicto, nos vinculamos directamente con los institutos de la conciliación, la transacción y la mediación, que, como herramientas en apariencia modernas, consisten en potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, y evitan la intervención del Juez como autoridad judicial que debe imponer una solución a un conflicto planteado.

El proceso judicial ha sido la creación romana más utilizada, pero no menos cierto es que también es del genio jurídico romano que lo que verdaderamente interesa es la resolución del conflicto, de modo que muchos otros aforismos enumeran los inconvenientes de los pleitos, y resaltan los beneficios de las soluciones acordadas por las partes diciendo... *multum lucratur qui a litat discedit* (mucho gana quien de pleitos huye, Gayo), *transactio est timor litis* (la transacción es el miedo al pleito, Cicerón), *compromissum ad similitudem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet* (el compromiso obliga a semejanza de los juicios y pone fin a la controversia, Iavolenus), y la propia ley de las XII tablas sostiene: «*Endo via remno uti paicunt oratio*», es decir, «si mientras vamos al juicio se hablase de transacción entre el demandante y el demandado, sea ley lo que ambos transijan.»

En esta comunicación se intentará buscar en el Derecho Romano figuras jurídicas que puedan considerarse como inspiradoras de los actuales Métodos Alternativos de resolución de conflictos, pero, sobre todo, constatar su posible fundamento o referencia en la figura de la mediación familiar y el Consejero de Familia.

Recordemos que, en Roma, el derecho de familia fue objeto de una regulación y sistematización extraordinaria.

La *gens* romana en su origen es una célula de convivencia, a veces compuestas por un número importante de integrantes, y es así como algunos autores sostienen que es la réplica del sistema político de la monarquía.

Constituía un mundo de relaciones e intereses en la que a menudo surgían conflictos y muchas veces graves entre sus miembros, siendo el *paterfamilia* quien tenía la facultad de solucionarlo mediante su absoluta potestas reconocida así por el *ius vitae nescisque* derecho de vida y muerte sobre sus hijos.

La familia romana tiene una serie de características que la hacen única y diferente al resto de las comunidades familiares de la antigüedad; los miembros de la familia están sometidos a la potestad del *paterfamilia* como máxima autoridad dentro del seno familiar; gozaba de amplios poderes cuya expresión inigualable la representaba el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, *ius vitae nescisque*, poder absoluto atribuido por el *ius*.

Debían los sometidos a la patria potestas obedecer si no querían ser objeto del derecho correctivo y punitivo del *pater*, que hay que destacarlo debía ejercer tal potestas de acuerdo con la *aequitas*, principios religiosos, morales *mores maiorum* y demás normas de la comunidad.

Sin embargo, este poder absoluto del *pater* existió conjuntamente con un *consilium* o *iudicium* doméstico o tribunal que enjuiciaba los casos más graves para el honor de la familia.

Observamos que ya en la antigua Roma hubo formas de resolver conflictos de mane-

ra alternativa a la judicial y más en concreto dentro de la *gens*. Decimos, entonces, que existió el *iudicium domesticum* o *consilium domesticum,* que era un órgano consultivo, un instrumento al servicio de la familia, pero de utilización interna, que carecía de las facultades de un tribunal.

Lo más razonable a la vista de las fuentes literarias y jurídicas es considerar al *iudicium domesticum* como un órgano consultivo, como un instrumento al servicio de la familia de consumo interno.

La denominación de *consilium domesticum* ayuda a comprender que el significado de consejo suponía la asunción de un órgano dentro de la unidad familiar, que apoyaba al *paterfamilias*.

Función fundamental era aconsejarlo a la hora de tomar una decisión con respecto a uno de los sujetos sometidos a la potestad paterna, que se había alejado del código de conducta requerido dentro de la familia.

El *consilium domesticum* era un consejo de familiares o amigos cercanos, que servía para asesorar al *paterfamilias* en las decisiones más importantes que afectaban al seno de la familia; también servía para refrendar los actos potestativos del cabeza de familia.

La historia del Derecho Romano da cuenta, al menos de la presencia de un órgano que mitigaba el poder absoluto que conocíamos con respecto al paterfamilias, refrendado por el *ius*.

La realidad del *consilium domesticum* añade una nota de modernidad al derecho relativo a la familia que viene de la antigua Roma. El vínculo posible entre el *consilium domesticum* y nuestro derecho en el presente con sustento en la mediación familiar puede existir merced a la finalidad de soslayar una sentencia que se introduzca en el seno familiar para descartar así tanto la intromisión estatal en la órbita privada cuanto también de minimizar el acatamiento a un arbitrio proveniente de fuente externa a la célula familiar.

En otras palabras, la mediación se produce precisamente en casos en los que se desea evitar un juicio para preservar la intimidad de los que acceden a la mediación, y que pretenden así evitar la inevitable fractura que provocan las posiciones encontradas. Ayuda a la desaparición o a la morigeración de graves problemas en el seno familiar.

La mediación, a pesar de que parece un instrumento jurídico moderno y de reciente creación, hunde sus raíces en el Derecho Romano. Por la vía judicial una parte se erige en ganadora en desmedro de otra que queda relegada al papel de vencida. No obstante que la mediación, como herramienta para buscar equidad, podría dejar insatisfacción en ambas partes en alguna medida, lo cierto es que con una sentencia final en un juicio de familia evidentemente alguien será más perjudicado. También persigue el objetivo de procurar la mejor solución en un conflicto familiar, pero dejando el protagonismo absoluto a las partes, que son las que deben decidir cómo pueden terminar con su conflicto.

La idea que fundamenta el *consilium* y la mediación son las mismas: lograr superar el conflicto con una decisión lo más ajustada posible y procurar un acuerdo equitativo que los aleje de la judicialización de sus diferencias donde no habría ganadores, sino que la que en definitiva perdería seria la unidad familiar.

Continuando con la línea antes expuesta, no cabe duda de que, expresar que en los conflictos familiares se propugna un mecanismo de conciliación –antes que de mediación- en tanto esta sea entendida ésta como limitada a la intervención de un tercero sin

potestad para plantear fórmulas solutorias. El conciliador en el caso el consejero debe ser el impulsador activo, preponderante y decidido en las soluciones que resguarden el interés prevalente del núcleo familiar.

Se pretende de tal forma que las propias partes –con el conocimiento especialísimo que ellas poseen de su propia vida privada- puedan llegar a un acuerdo que supere las diferencias. Este es el objetivo central de la etapa previa.-

Esta fase del proceso se podría decir con exclusividad trata de lograr una especie de justicia auto compuesta descentralizada: son las propias partes quienes intentan superar el conflicto–con ayuda del consejero, de los profesionales que los asisten y sin formalidades superfluas – por ello sería una especie de justicia personalizada.

Esta etapa puede analizarse desde distintas aristas. Por un lado, oír a las partes, simplifica el litigio pues no habría agravio si se obtiene lo deseado; así se evitarán también conflictos futuros por incidencias motivadas en modificaciones. Por otra parte, son los propios litigantes a quienes se les da la posibilidad de recomponer la tranquilidad familiar, tarea en la cual antes fracasaron. También se trata de fortalecer y apoyar a una familia en crisis. Si el acuerdo se logra por las propias partes, su cumplimiento se obtiene por la adhesión, pues refleja la intención y la voluntad de ellos. Su aplicación descansa en la persuasión y no en la fuerza, pues existe un compromiso de los intervinientes. Se obtiene de las partes paz y cooperación en sus relaciones y razonabilidad en los tratos recíprocos, sin existir ganadores ni perdedores.-

Los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto como por las pasiones y enconos que casi siempre desatan en sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos , antes que jurídicos. Tienen toda la dimensión y presentan la riqueza de matices de lo humano. Las soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por soluciones jurídicas tradicionales.

La solución jurídica de los conflictos familiares debe tender a remediar la situación de fractura o de tensión en vista de la preservación de un valor más significante que denominamos interés familiar.

Vemos, entonces, una marcada presencia de la pragmática romanista en cuanto se organiza el proceso de familia sobre la base de perseguir el acuerdo de partes que evite el juicio y recordemos la Tabla I: en cuanto se refiere al proceso civil y nos dice también que si se llegase a una transacción se da por terminado el proceso, porque las propias partes han dictado su sentencia.

Pero si los litigantes no se ponen de acuerdo, el procedimiento debía seguirse. Esto se encuentra reflejado en la actual estructura del proceso de familia, dónde a excepción de los procesos que tengan un trámite especial en cuanto a sus formas o cuestiones que no admitan demoras, deberán transitar el paso obligado por la etapa previa.

Las locuciones latinas en el ámbito del Derecho Sucesorio

Pablo Haldón Contreras[1]

1. Facultad de Derecho – Universidad de Sevilla, Centro de Estudios Universitarios Cardinal Spínola. Fundación San Pablo-CEU Andalucía.

En su todavía reciente estudio sobre las locuciones latinas, Blanch Nogués señala cómo existe una cierta tendencia, más o menos extendida, a considerar a estas últimas como si se tratara de unas hermanas menores de los grandes aforismos o máximas jurídicas[2]. Sin embargo, lo que separa a unas y a otros resulta, a veces, difuso. La idea de que los aforismos encierran la formulación de una regla, de un principio normativo, en tanto que las meras locuciones serían solo agrupaciones de palabras, habitualmente de menor extensión, que no cumplirían con ese propósito, no siempre resulta acertada. *Favor testamenti,* por poner un ejemplo vinculado al ámbito del derecho sucesorio, sobre el que versan estas páginas, es una locución que, evidentemente, encierra una regla, una máxima jurídica. Tampoco puede decirse que la inexistencia de un verbo sea lo que permita diferenciar a las meras locuciones de los aforismos, ni menos aún la extensión, en cuanto al número de palabras[3]. Sea como fuere, que existe un uso generalizado de las locuciones latinas es un hecho fuera de toda duda, como lo es también que su utilización llega a ser tan masiva que se observa incluso a un nivel extra jurídico, esto es, en el habla cotidiana, ajena a los tecnicismos del léxico que se aprende en las aulas universitarias en donde se imparte la docencia del Derecho. Que esto conlleva, en no pocas ocasiones, una distorsión del verdadero sentido de las locuciones, un uso inadecuado o poco ortodoxo de las mismas, es entonces un hecho evidente que trae consigo una consecuencia peligrosa: puede darse que el mal manejo de ellas llegue a arraigarse en el individuo hasta tal punto que persevere en él aún después de obtener una titulación jurídica, y esto quizás porque en la propia universidad no se haya combatido (o sencillamente no haya podido combatirse) lo suficientemente por la supresión de los vicios lingüísticos con los que llegan los estudiantes al primer curso. El estudio detenido de las locuciones latinas se yergue, por tanto, en este escenario, como una herramienta de sumo interés no solo para pulir el lenguaje, para adquirir la brillantez oratoria tan ligada a muchas profesiones jurídicas, sino también para ayudar a asimilar conceptos jurídicos complejos e interiorizarlos hasta el punto de incorporarlos, de una manera natural, a algo tan espontáneo como el habla y la escritura.

Así, pues, el uso correcto de las locuciones no parece un aspecto secundario del aprendizaje del Derecho: la buena utilización de aquellas no solo enriquece el lenguaje jurídico, sino que es expresivo de hasta qué punto quien habla tiene asimilado lo que dice y es capaz de articular un discurso bien fundamentado. El adecuado manejo de las locuciones es una herramienta que ayuda, pues, a la fijación de conceptos jurídicos y

2. J. M. BLANCH NOGUÉS, *Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del Derecho Romano y del Derecho actual,* Madrid, Dykinson, 2017, p. 3. Utilizamos esta obra como punto de referencia para nuestras reflexiones en estas páginas. Se trata de un concienzudo y amplio estudio de las locuciones latinas que constituye una herramienta de sumo interés tanto para profesores –no solo de Derecho Romano– como para estudiantes y profesionales del Derecho en general. En las páginas introductorias se aporta una valiosa información, que inevitablemente hemos de utilizar aquí, sobre la importancia, que se juzga a veces desdeñada, de estas locuciones; sobre su origen romano o medieval; su papel de cara a la adquisición de un correcto lenguaje jurídico; su pronunciación, etc. Se acompaña una muy concisa exposición de la historia del Derecho Romano. El grueso del libro se dedica, naturalmente, al estudio individualizado de las locuciones, funcionando a la manera de un diccionario.

3. *Ibid*., 21 s. Véase también S. SEGURA MUNGUÍA, *Frases y expresiones latinas de uso actual*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.

al razonamiento porque, sencillamente, pensamiento y lengua no van, no pueden ir, separados: el propio Blanch Nogués se hace eco[4], con acierto, de que quien no puede expresarse correctamente (y cada vez son menos los que acceden a la Universidad con un dominio lingüístico aceptable) terminará razonando mal y, *sensu contrario,* aquél que no es capaz de razonar jurídicamente no podrá, desde luego, expresarse adecuadamente. Así pues, según sus palabras, estas locuciones no pueden entenderse como "el perfume [...] con el que se rocían decisiones, dictámenes, ensayos o artículos en señal de elegancia y distinción"[5]. No se trata, en suma, de un ejercicio pedante de esnobismo en el habla jurídica, sino de un rasgo identificador del buen jurista, o cuanto menos de uno que cuente con la capacidad de hablar y de escribir con corrección. Alcanzar este objetivo supone, desde luego, un reto nada fácil, especialmente para los jóvenes estudiantes de Derecho, que, como decía, en no pocas ocasiones parecen mostrar dificultades en lo que atañe no solamente al manejo del latín (cuyo conocimiento, de hecho, por parte del alumnado universitario español es cada vez más paupérrimo) sino de la propia lengua materna, que manejan no sin dificultad en el habla (incluso informal) y la escritura. Obviamente, esta valoración alarmista de la situación académica no puede entenderse en términos absolutos, como si no hubiese excepciones, pero la amenaza está ciertamente presente. En el desempeño de mis funciones como profesor universitario de Derecho Romano he dado en no pocas ocasiones con alumnos que tienen una percepción equivocada, por optimista, en lo que a su correcto manejo del castellano se refiere. Los problemas se hacen palpables cuando el estudiante debe expresarse oralmente de un modo técnico, formal, y no digamos ya cuando ha de redactar un texto, como puede ser el propio examen del que depende su calificación. El problema está, por tanto, en que de su conocimiento real de la terminología jurídica depende, en buena medida, su propio conocimiento[6].

Vayamos ahora al ámbito de la sucesión *mortis causa*. *Mortis causa* es, precisamente, una locución latina que, como cualquiera sabe, se contrapone a *inter vivos* y que se refiere bien a aquel negocio jurídico que versa sobre el destino de un patrimonio tras la muerte de su titular, bien al negocio que conlleva un beneficio patrimonial para alguien como efecto de lo anterior. A veces podemos utilizar esta locución para actos jurídicos realizados entre dos partes que están vivas, como es el caso de la *donatio mortis causa,* que el Derecho Romano ideó sobre la base de la posibilidad del temor a una muerte inminente, tal y como se describe en D. 39,6,2 (Ulp. 32 *ad Sab.*)[7]. En la *donatio mortis*

4. J. M. BLANCH NOGUÉS, *op. cit.* pp. 4 ss.

5. *Ibid*. El autor construye parte de su interesante reflexión sobre el vínculo entre Derecho y lenguaje en Cic. *Verr.* 2,5,167, que refiere la opinión ciceroniana de que ambos son los pilares básicos que conformaron en su día la sociedad romana como grupo homogéneo.

6. No ha de perderse tampoco de vista cómo durante la Edad Media se lleva a cabo un estudio del Derecho Romano estrechamente vinculado a lo filológico. Me refiero, naturalmente, a la figura de Irnerio y a la actividad de los glosadores de Bolonia. Sobre este punto, véase M. P. IRIRIGOYEN TROCONIS, «Derecho Romano y filología clásica», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 64, nº 261, Facultad de Derecho y Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, 2014, pp. 412 ss.

7. La bibliografía romanística sobre esta figura es amplia. Entre otros, A. D'ORS, «Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interpósita: una exégesis de D. 24,1,11,7-8 (Ulp. 32 *ad Sab.*)», en GROSSO (Coord.), Studi in onore di Gaetano Scherillo, vol. 2, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1972, pp. 471 ss.; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, Algunos aspectos de la *donatio mortis* causa en el Derecho Romano, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000; M. E. ORTUÑO

causa viene implícita la idea de que el donatario debe, por tanto, sobrevivir al donante. El aprendizaje de estas locuciones tan simples puede utilizarse para invitar a la reflexión en supuestos en los que resulta controvertida la naturaleza de los actos jurídicos como negocios *inter vivos* o *mortis causa*. Así, pues, Gai. 3,98 dice que la estipulación bajo condición imposible es inútil, pero, sin embargo, cuando se trata de la adquisición de un legado, que es un acto *mortis causa*, bajo condición imposible, el criterio cambia: Gayo nos dice que los sabinianos son partidarios de mantener la validez del legado, teniendo por no puesta la condición, en tanto que los proculeyanos defendían la invalidez del *legatum*[8].

Al que, precisamente, abre el fenómeno sucesorio solemos designarle también con otra locución latina: *de cuius,* que, como es sabido, no es otra cosa que la abreviación de *is de cuius bonis agitur* (aquél de cuyo patrimonio se trata). Esta expresión, que hoy, como se ve, queda reducida a dos términos sin sentido gramatical, fue ampliamente referida por la jurisprudencia romana (por ejemplo, D. 29,1,24 pr. [Florent. 10 *inst.*])[9]. Por su parte, la locución *favor testamenti,* a la que antes hacía alusión, y que se refiere, como, todo el mundo sabe, al principio interpretativo proclive a mantener la validez del testamento, puede también conducir a jugosas reflexiones a propósito de los criterios de interpretación de las normas jurídicas, y a una inmersión en el Digesto, por ejemplo, a través de lo que escriben Paulo (D. 50,17,12 [Paul. 3 *ad Sab.*]) y Marcelo en D. 32,69 pr. (Marc. *lib. sing. resp.*)[10]:

D. 50,17,12 (Paul. 3 *ad Sab.*): *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*

D. 32,69 pr. (Marc. *lib. sing. resp.*): *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*[11].

Naturalmente, como presupuesto básico, para realizar testamento válido es preciso disponer de *testamenti factio* activa[12], una expresión que también llega a nuestros días.

PÉREZ, «La "donatio mortis causa" de un donante insolvente en Salvio Juliano», en *Initium*: *Revista catalana d'historia del dret*, nº 13, *Associació catalana d'História del Dret Jaume de Montjuic,* 2008, 661 ss.; D. RÜGER, *Die* donatio mortis causa *im klassischen römischen Recht,* Berlin, Freiburger Rechtgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge, Band 62, 2011; C. TORT-MARTORELL, «*Donationes mortis causa* mediante cesión de crédito en Juliano (D. 39,6,18,1) y una *lex gemina* de Gayo (D. 39,6,31,3)», en *Revista General de Derecho Romano*, nº 16, 2011, pp. 1697 ss.; A. Murillo Villar, «Anotaciones sobre el proceso de recepción de las causas de revocación de la "donatio mortis causa" romana», en Murillo Villar (Coord.) et al., Homenaje al profesor Armando Torrent, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 581 ss.; M. E. Ortuño Pérez, «La falta de efectos de la "donatio mortis causa" por deudas en dos casos planteados en la jurisprudencia clásica», en MURILLO VILLAR (Coord.) et al., *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 613 ss.

8. El Código Civil español se inclina por la opción sabiniana en su artículo 792, que, en sede de obligaciones mortis causa, dice que las condiciones imposibles se tendrán por no puestas sin que ello perjudique los intereses del heredero o del legatario, aun cuando el testador hubiese dispuesto otra cosa.

9. J. M. BLANCH NOGUÉS, *op. cit.* pp. 206 s.

10. *Ibid.* p. 260.

11. *Ibid.* El texto de Marcelo coincide casi en su literalidad con el del artículo 675.1 del Código Civil español.

12. Sobre la *testamenti factio*, véase G. R. DE LAS HERAS SÁNCHEZ, «Testamenti factio: origen y naturaleza», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, nº 11, Fundación de Derecho Romano «Ursicinio Álvarez», 1999, pp. 39 ss.; J. M. RIBAS ALBA, «Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, nº 26,

De hecho, el Diccionario de la Real Academia española recoge el término testamentifacción bajo la definición de "Facultad de disponer por acto de última voluntad o de recibir herencia o legado". Evidentemente, dado que el testamento es una de las más grandes creaciones del pensamiento jurídico romano, no asombra que las fuentes también se pronuncien ampliamente sobre el problema de quién puede realizarlo y quién puede recibir a través de él. También la conocida locución *in memoriam*, que pertenece al lenguaje común, tiene su presencia en los textos del Digesto (D. 34,1,17 [Scaev. 19 *dig.*]; D. 48,18,18,7 [Paul. 5 *sent.*] o D. 50.12.14 [Paul. 1 *quaest.*])[13]. Es conocida la importancia, para el pensamiento romano, de la perpetuación del culto familiar –que se relaciona con antiguas realidades jurídicas como el *testamentum* y la *adrogatio*– que explica muchos aspectos de la vida religiosa del pasado romano y de la propia realidad de la familia. Precisamente la *adrogatio*, como forma adoptiva de mayor antigüedad, pudo encontrar su origen histórico en la necesidad del *paterfamilias* sin hijos de perpetuar, a su muerte, el culto familiar[14]. Precisamente *in memoriam* del *de cuius* puede realizarse una *laudatio funebris*, un elogio de sus virtudes[15].

Estas son tan solo unas pocas locuciones de uso común en el ámbito del derecho sucesorio, cuyo correcto aprendizaje y manejo puede servir para una profundización en los conocimientos y una inmersión en las fuentes jurídico-romanas. Recurrir a la enseñanza de estas, y de tantas otras locuciones latinas, en las aulas universitarias abre, por tanto, una vía de acercamiento hacia las fuentes, por las que el estudiante siente frecuente recelo, y ayuda a consolidar el conocimiento adquirido por el estudio, que, lejos de quedar reducido a un ejercicio meramente memorístico, pasa a ser interiorizado e incorporado al propio lenguaje. Ahora bien, el hecho de que hoy tengamos familiaridad con las locuciones y aforismos jurídicos latinos no significa, necesariamente, que siga siendo así mañana. Hemos señalado ya al comienzo de este breve texto que muchos de los estudiantes que acceden al primer curso de la universidad evidencian limitaciones, a veces graves, en el manejo de la propia lengua, oral y escrita, producto de que a veces se caiga en una suerte de utilitarismo de la enseñanza que conduce a un olvido de todo lo que se refiera al humanismo y a la cultura clásica y que conduce, en última instancia, a un distanciamiento con las bases de nuestra propia cultura jurídica. La pérdida de la propia identidad es una amenaza real que debe combatirse acudiendo a las fuentes, al *Corpus iuris,* a los orígenes, sobre los que se diseñaron las normas que hoy leemos en nuestras leyes y códigos.

Fundación de Derecho Romano «Ursicinio Álvarez», 2013, pp. 269 ss. Escribo aquí de *testamenti factio* activa refiriéndome a la capacidad de testar y en contraposición con la llamada testamenti factio pasiva, relativa a la capacidad de recibir por vía testamentaria, pero esta distinción no existe en las fuentes jurídicas romanas que hablan indistintamente de *testamenti factio* en uno y en otro caso

13. J. M. BLANCH NOGUÉS, *op. cit.* p. 316.

14. La célebre frase de Cicerón *Vita enim mortuorum in memoria est posita vivorum* (Cic. *Phil.* IX,10) ejemplifica la importancia del culto familiar a los difuntos.

15. Sobre esta locución, J. M. BLANCH NOGUÉS, *op. cit.* p. 356 ss.

Pervivencia actual de los Aforismos Jurídicos Latinos: El derecho de los títulos valores

Cristina Margarita Rosa Hofkamp[1]

1. Universidad Abierta Interamericana, Universidad Austral.

Introducción

La pervivencia[2] o existencia actual a pesar del transcurso del tiempo de aforismos[3] o máximas acuñadas en el Derecho Romano nos invita, una vez más, a reconocer la grandeza y profundidad de aquel Derecho, que no sólo ha traspasado fronteras naturales sino también, las fronteras temporales.

Hoy, como hace tantos siglos, seguimos aprendiendo y aplicando las enseñanzas de aquellos maestros, adecuándolas a la realidad jurídica, social y cultural, en que estamos insertos.

El paso del tiempo lejos de hacer olvidar ha fortalecido muchas expresiones y máximas acuñadas con el sello romano.

En este trabajo, nos centraremos en el Derecho Comercial, y en particular, en el Derecho Cambiario o de los Títulos Valores, para redescubrir el alcance de un aforismo romano, que encierra uno de los principales caracteres de estos títulos: la autonomía.

El aforismo «Nemo plus iuris»

Previo a considerar la propuesta de este trabajo, resulta menester recordar el aforismo, que, en forma acotada, solemos citar como *«Nemo plus iuris.»*

Su significado

Partimos de la expresión que, en forma completa, reza como *«nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet»*, que citada en Digesto 50, 17. 54, refiere a que nadie puede transferir a otro, un mejor derecho del que detenta.

Esta expresión ha adoptado otras formas[4]:

«nemo dat quod non habet»: nadie da lo que no tiene.

«nemo potiorem potest transferre quam ipse habet»: nadie puede transferir un título mejor del que él realmente tiene.

«nemo transfert si non habuit»: nadie transfiere si no tiene.

«nemo potest alii plus iuris dare, quam habeat ipse»: nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga.

En efecto, y tal como el principio base lo indica, no se puede transferir aquello que no se tiene, como así tampoco, se puede transferir un derecho mejor que el que se posee.

2. Consultado la definición de pervivencia, indica "acción y efecto de pervivir". Pervivir: "seguir viviendo a pesar del tiempo o de las dificultades". Real Academia Española, en https://dle.rae.es/pervivir (consulta septiembre de 2021).

3. Máxima o sentencia que se propone como pauta en alguna ciencia. Definición de "aforismo", Real Academia Española, en https://dle.rae.es/aforismo (consulta septiembre de 2021).

4. https://dpej.rae.es/lema/nemo-plus-iuris-ad-alium-transferre-potest-quam-ipse-haberet (consulta septiembre de 2021).

Esta regla no es absoluta

En el Derecho Romano la regla no era un principio absoluto[5], permitiendo excepciones. Así fue receptado por nuestra legislación.

Código Civil

Ubicada en el Libro Cuarto de los Derechos Reales y Personales Disposiciones Comunes. Título Preliminar de la Transmisión se los Derechos en General. se consagró la norma del *«nemo plus iuris»*, en:

Art. 3.270. Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.

A continuación, se citaba la excepción:

Art. 3.271. La disposición del artículo anterior no se aplica al poseedor de cosas muebles.

Código Civil y Comercial de la Nación

Ubicada en el Libro Primero Parte General, Título V Transmisión de los derechos, nos encontramos con la siguiente norma:

Art. 399 Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.

Reconocida doctrina sostiene[6]:

«El art. 399 CCyC contiene la regla conocida como *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, en los siguientes términos legales: "Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene". Este principio se encontraba consagrado en el art. 3.270 CC, bajo el enunciado: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.»

«*El nemo plus iuris*..., alude a la legitimación. Carnelutti ha señalado que la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto. También se ha sostenido que la "legitimación es el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un

5. Ya en el Derecho Romano la regla carecía de valor absoluto (por ejemplo, el acreedor pignoraticio, sin ser propietario de la prenda, puede proporcionar la propiedad al que la adquiere). Las SSTS, 1.ª, 28-II-2013, rec. 484/2008, y de 20-II-2012, rec. 459/2008: «Como regla, no se convierte en dueño quien adquiere de quien lo había hecho con causa en un contrato declarado ineficaz. No se puede transmitir el dominio a otro, según el principio nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet ('nadie puede transmitir más derecho a otro que el que tiene'): Digesto 50, 17, 54»
https://dpej.rae.es/lema/nemo-plus-iuris-ad-alium-transferre-potest-quam-ipse-haberet (consulta septiembre de 2021).

6. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastián. Directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf (consulta septiembre de 2021).

acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo". (286) En otros términos, Jorge H. Alterini puntualiza que, para estar legitimado con relación a un objeto, hay que ser titular, en el momento en que la actuación se realiza, de los derechos de fondo que se pretenden ejercitar; pero esa titularidad puede advenir posteriormente y bonificarla.»

«Vinculado a lo expuesto, el art. 399 CCyC nos ubica frente a un tema de suma importancia: la seguridad jurídica. Para Atilio A. Alterini, hay seguridad jurídica cuando existe un sistema regularmente establecido en términos iguales para todos mediante normas susceptibles de ser conocidas, que sólo son aplicadas a conductas posteriores, y no previas, a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para ello.»

La norma ratifica la expresión romana de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene.

Indicando que existen excepciones que la misma ley consagra.

Como podemos apreciar, la norma y sus excepciones, nacidas en antaño, fueron recogidas por el Código de Vélez y por el actual Código.

La excepción al «Nemo plus iuris» en el Derecho Cambiario

En el Derecho Cambiario nos encontramos con una de las excepciones al principio que hemos analizado brevemente: se puede adquirir un derecho mejor que el que detenta quien lo transmite.

Al transmitir el derecho en el nexo cambiario, se produce una ficción jurídica, un fenómeno particular: junto con cada transmisión, se transmite un derecho nuevo, un derecho inmaculado, un derecho sin manchas, un derecho sin vicios. Un derecho nuevo, es decir: un derecho «*ex novo*».

Por eso, en el derecho de los títulos valores, la regla «*nemo plus iuris*» no resulta aplicable.

Justo aquí, nos encontramos con una de las excepciones, que el Antiguo Derecho Romano reconocía al principio, aplicándolo a las cosas muebles, ya que el título valor, reviste tal carácter.

Breve referencia a algunas nociones del Derecho Cambiario a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación Argentino (CCyCNA)

El CCyCNA define a los Títulos Valores

Conocida es la discusión doctrinaria sobre la denominación de los títulos. Si bien el tema no es objeto de este análisis, no podemos soslayar dicha discusión, indicando que algunos autores denominan a los títulos como Títulos de Crédito; otros, como Títulos Valores, y también aquéllos que mencionan a los Títulos Circulatorios, entre otros.

En la legislación vigente sobre la letra de cambio y el pagaré[7] no se define al Título de Crédito. Para conceptualizarlo, adheríamos a la definición insuperable del maestro César Vivante: «el título de crédito es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él contenidos.»

Las mencionadas discusiones se ven superadas y solucionadas en el Código. Del análisis de los artículos 1.815 y 1.816[8], podemos inferir:

Los títulos valores «incorporan» una obligación incondicional e irrevocable de una prestación. Se hace referencia a la teoría de la incorporación, que parece adoptar este proyecto.

Los títulos valores otorgan a cada titular un derecho autónomo.

El portador de Buena Fe es quien lo adquiere conforme su ley de circulación; recibiendo así un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores.

El portador de mala fe es quien adquiere el título en conocimiento del perjuicio del portador demandando.

El CCyCNA contempla la noción de autonomía

La ya citada norma del artículo 1.816[9], define este concepto, diferenciando al:

Portador de buena fe: quien adquiere el título conforme la ley de circulación y le son inoponibles las defensas que pudieran existir contra anteriores portadores.

Portador de mala fe: quien al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

La noción de autonomía contenida en esta norma se enfoca más a los efectos que en la definición.

La autonomía es, y así lo hemos enseñado, la «prescindencia subjetiva», entendiendo por tal que, cada adquisición del título es «ex novo», cada obligado cambiario adquiere el título de manera o modo nuevo, lo que implica y produce como efecto principal que no se arrastran vicios, vale decir, que si alguno de los integrantes del nexo presentara un vicio (incapacidad, error, violencia) ello, no afectaría al resto de los obligados, quienes adquieren un derecho inmaculado.

De allí, se deriva que, al portador de buena fe, no le son oponibles las defensas que pudieran existir contra portadores anteriores (salvo, claro está, la situación especial entre obligados directos), en cambio, el portador de mala fe es pasible de dichas excepciones

7. Decreto Ley 5965/ 63.

8. Art. 1.815.- Concepto. Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816.

Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores.

Art. 1.816.- Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores.

A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

9. Ver nota anterior.

si ha procedido a sabiendas del deudor demandado.

El Decreto Ley vigente también considera esta noción, en su art. 7[10]. Aplicamos esta última norma para explicar la noción de autonomía, porque, aunque las firmas fueren falsas[11] o correspondieran a personas inexistentes o incapaces de obligarse cambiariamente, las otras firmas siguen siendo válidas. Ello nos permite deducir que, las obligaciones asumidas son autónomas, pues dichos «vicios» no son transmitidos a los otros obligados cambiarios, ni anulan el título.

El derecho de los Títulos Valores, es un derecho *«ex novo»*

El aforismo latino brevemente analizado hasta aquí nos conduce a considerar otro aforismo que destaca en el mundo de los Títulos Valores: el derecho *«ex novo»*: se transmite un derecho nuevo.

Cuando el tenedor o portador del título valor, lo entrega, puede estar transmitiendo un derecho mejor que el que detenta o posee.

¿Cómo podría plantearse el supuesto invocado? Si el título que se transmite, por ejemplo, contuviera firmas falsas o de personas imaginarias, quien recibe el título, recibe un cartular, en el cual, las obligaciones del resto de los firmantes resultan válidas.

Si este supuesto se planteara en el Derecho Común o Derecho Ordinario, una firma falsa o imaginaria, podría producir la nulidad absoluta o relativa del derecho.

En cambio, en el Derecho Cambiario, como se ha analizado, la firma la falsa o imaginaria, no perjudica el título o derecho que se transmite, sino que resulta válida la obligación y obligados, todos los otros firmantes del título (ya sea, como libradores, endosantes, avalistas).

El sustento normativo de esta conclusión se encuentra en el art. 1.823[12] del Código Civil y Comercial, y en el art. 7[13] del Decreto 5965/63.

Reconocida doctrina sostiene:

«El carácter autónomo del derecho cartáceo contenido en título valor es tal debido a que el titular de éste lo adquiere forma originaria, Se trata, pues, que la adquisición del derecho no deriva del tradens, sino que nace, ex novo, en cabeza del accipiens, en oportunidad de recibir el título, mediante la respectiva tradición de acuerdo con la ley de circulación de éste. En tal caso, el nuevo titular no es sucesor del sujeto que le transmitió el título, sino que lo adquiere en forma originaria, por no derivada. Es decir que el nuevo portador regular del título valor puede ejercitar un derecho propio, originario, distinto, independiente y no restringible por las relaciones jurídicas existentes entre los anteriores

10. Decreto Ley 5965/63 Art. 7° – Si la letra de cambio llevase firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros suscriptores siguen siendo, sin embargo.

11. El tema de las firmas falsas está contenido en el art. 1.823 del CCyCNA.

12. Art. 1823. Firmas falsas y otros supuestos. Aunque por cualquier motivo el título valor contenga firmas falsas, o de personas inexistentes o que no resulten obligadas por la firma, son válidas las obligaciones de los demás suscriptores, y se aplica lo dispuesto por el artículo 1819.

13. Ver nota 9.

poseedores del título y el deudor. En otras palabras, el principio de autonomía significa que el derecho representado en un documento cartáceo será ejercido por su portador legitimado, con prescindencia de las situaciones subjetivas de sus tenedores anteriores.» [14]

A modo de síntesis

La enseñanza encerrada en dicho aforismo *«Nemo plus iuris»* y en su excepción, que se vincula con la expresión derecho *«ex novo»*, nos permite comprender la noción de autonomía: el derecho cambiario es un derecho nuevo, independiente, sin mancha, sin vicios, que se transmite entre los obligados cambiarios.

Como consecuencia de ello, cada adquisición es nueva y, por ende, no se transmiten vicios o defectos que el derecho pudiera contener.

La doctrina y la normativa legal brevemente citada afirman esta noción, que inspirada en aforismos romanos, continúa siendo objeto de estudio y aplicación en la actualidad.

14. Gomez Leo, Osvaldo. R. *Titulos Valores y Titulos Cambiarios*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 2018. Pág, 128/129.

Argumentum Argentarium and Argumentum Baculinum in the Language of Pandemic Law

Arta Jansone[1]

1. Independent scholar, Republic of Latvia

The beautiful ULPIANUS descriptive definition IUS NATURALE[1], which was considered worthy both by GAIUS, including it in collection of Roman law INSTITUTIONES, and later by Emperor IUSTINIANUS recepting IUS NATURALE together with GAIUS'S INSTITUTIONES in the system of Roman law in compilation DIGESTA seu PANDECTAE, sees a rapid enlargement of theoretical development and flourishing practical usage in the turn of 20th and 21st century.

From the division of the system of Roman law in IUS NATURALE, IUS CIVILE, IUS GENTIUM, nowadays IUS NATURALE still holds the highest position in hierarchy of rights and legal normative documents/acts with highest juridical power. The definition and concept of IUS NATURALE nowadays ramifies largely in many international conventions, like "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", as well as many international conventions considering rights of children, people with special needs, animals, nature etc.

Modern system of law/normative documents/acts maintains the principle, that every nation/state at their own discretion introduces elements and concepts of IUS NATURALE or determines the order of using it in their national law. For example, in the system of legal/normative acts of the Republic of Latvia, concepts and elements of IUS NATURALE-basics of the human rights-constitute a part of "Criminal Law" (paragraph 12), in "The Constitution of the Republic of Latvia Satversme"-chapter VIII Fundamental Human Rights, etc. Usually, in Constitutions of civilized states, IUS NATURALE basic concepts are worked in. The further depends on mentality of the given nation/state, juridical culture, sanctions contained in conventions or other-politically reached decisions.

We could say that IUS NATURALE has become trendy in secular law/jurisdiction, sometimes-convenient reference in cases of juridical situations where strict regulation does not exist. Anyway, they are referred to in modern law/jurisdiction a lot and often.

At the beginning of Covid epidemic, it was interesting to observe how the public opinion about IUS NATURALE and respect of human rights was changing in legal acts. The opinion of society and political decision makers about the existence of human rights and their absolute status has changed radically as the human rights frequently cited and praised before, in legal acts passed during emergency situation caused by pandemic and praxis has been and is still strikingly violated.

Political circles passing laws and regulations which considerably restrict human rights during pandemic, apply and refer basically to two arguments, which have surpassed their meaning used in Roman law and during time have become juridical aphorisms:

1) first of them is -ARGUMENTUM ARGENTARIUM- the argument of money, bribery, corruption and finances.

2) the second is -ARGUMENTUM BACULINUM- or the argument of stick, respectively, force, power, violence and pressure.

Both abovementioned arguments are mutually connected with influencing of people, enforcing different restrictions in conditions of pandemic, significantly limiting their freedom in a large spectrum, using economic, cultural and social restrictions to support their vaccination even against their will.

As the brightest examples of ARGUMENTUM ARGENTARIUM can be mentioned allowances and lottery for persons fully vaccinated. This argument is sometimes called fiscal stimulus in Latvia, which is used to promote public health. As the Association

of Latvian Doctors rightly acknowledges, such actions are not the best way to address and educate society. Such actions devalue human life as vaccination and health is not a gamble.

As variety of ARGUMENTUM ARGENTARIUM in Latvia, we can mention large propaganda and advertising of vaccination, using parody of soviet posters from occupation period, where tools and weapons are replaces by vaccination syringe.

In general, we must admit that not only the financial efficiency of the abovementioned ARGUMENTUM ARGENTARIUM is doubtful but also the choice of those primitive methods of influence or stimulation.

The society must not be bribed, it must be informed. If the society is informed, they have no doubt about usefulness of vaccination. If the society does not clearly understand the nature and origin of Covid-19 virus and its mutations, its intellectual part will never agree neither to fiscal stimulation to support vaccination nor forceful vaccination.

Till now the World Health Organization has not reported either on origins of Covid-19 virus nor the type of spreading. Now, society is informed only about "scenarios"-"scenario of bats" and "scenario of laboratory" where politics are always present.

Major part of Latvian citizens holds the view that statistics about the virus Covid-19 and its mutations is relative. There exist absolute and comparative data but in the given case the society sees too much financial interest to consider statistics of pandemic to be objective. For example, Latvian state authorities-the salary of the head of State Medication Agency increased almost 70 per cent during the last year.

Society is tired, and major part of Latvian citizens do not believe their representatives, though they obey all enforced sanitary epidemiological requirements-use masks, observe distance and other "rituals" and "processions".

ARGUMENTUM BACULINUM is included in laws and regulations passed in Latvia during the period of pandemic which considerably limit basic human rights and freedoms of citizens. Although Latvian political representatives declare that obligatory vaccination will not be established through changes in special laws and regulations passed to restrict the spread of infection, they emphasize the duty of representatives of definite professions not to risk with their clients. In fact, obligatory vaccination is required in medical and educational establishment etc. though DE IURE such demand is not included in laws and regulations. Practical obligatory vaccination should not be considered expression of "soft power" but direct ARGUMENTUM BACULINUM.

The same simplified and primitive approach exists in Latvia towards vaccinated and unvaccinated people. Political representatives protect the rights of the vaccinated. The rights of unvaccinated are gradually more and more limited. They will not have access to many events, especially in-doors-culture, entertainment, public catering.

Laws and regulations (about 100 now) do not include individual health situations when vaccination is not advisable. Such people are considered unvaccinated.

At the beginning of the spread of infection the government enforced radical plans that shops were allowed to sell only the goods of first necessity. As a result of such decision it was impossible to buy lady's pantyhose or children's socks. I would like to mention that last winter temperature in Latvia dropped to minus 32 * Celsius.

As well because of precaution and safety it was forbidden to gather more than 10 people, but public baths and beauty parlors were closed. Possibly, political representati-

ves thought that more than 10 clients might stand under one shower etc.

Even the president of the Republic of Latvia Egils Levits, a judge of the Court of European Union before presidency, expresses his opinion about vaccination. I quote: "If I threaten another person, this is where my human rights end". [2]

My opinion differs; during my lifetime my human rights do not end in any situation of my life, independently whether there exists an emergency or there are attempts from positions of political power to limit them or not limit.

IUS NATURALE-human rights always give myself the exclusive rights to make decisions considering my health and life, and, to decide whether to vaccinate or not.

08/09/2021, Riga-Buenos Aires

Bibliographic references

1. "Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istus iuris peritia censeri." [D. I. I. 3.]

2. 21/07/2021 at 11:30 a. m. Speech by the President of Latvia Egils Levits at the TV24 broadcast "Dienas personība ar Veltu Puriņu".

Pervivencia del aforismo "Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"

Julio Javier Lococo[1]

1. Universidad Católica Temuco, Chile.

La génesis del aforismo[2]

Sabemos que, en Roma, la *lex* no fue la fuente principal del derecho.[3] Observa Bertone que la desconfianza de los romanos hacia la ley tiene su origen en la naturaleza de las cosas, el derecho penal y el derecho privado son apenas tratados por éstas.[4]

A la Ley aun cuando innova se le reconoce siempre el único objetivo de declarar pero no de constituir el derecho,[5] de lo que se explica la existencia de leyes *minus quam perfectae*.

En Roma, la Ley de las XII Tablas no tienen tal pretensión de eternidad, sino que en su mismo texto prevé la forma de modificación.[6] Aquí entonces se plantea el problema de la contradicción entre el contenido de dos leyes, brindándose como principio que la ley posterior deroga la anterior.[7]

Por otro lado, la *lex* tiene un carácter dialogal entre el magistrado que ruega y el pueblo que responde.

El papel de los juristas

La jurisprudencia es una actividad de los nobles, que también ejercían actividades militares y políticas. El jurisconsulto respondía consultas, brindaba consejos técnicos a ciudadanos, *iudex*, magistrados, etc.

Así como los Pontífices determinaban qué decían los *mores* ante determinadas situaciones, los juristas determinaban el derecho aplicable de entre los distintos extractos y multiplicidad de fuentes.[8]

El *ius* era expresión directa de la estructura y vida social pero la jurisprudencia cumplía una función de reconocimiento[9].

Ahora bien, el centro del derecho republicano y clásico es una tradición jurídica controlada por expertos. Existe un cuerpo de opiniones y de reglas elaboradas por medio de técnicas racionales que conciernen a la esfera privada. Tales opiniones en ocasiones no son concordantes e incluso diversos juristas y/o escuelas sostienen posturas contradictorias[10.]

2. El aforismo es un sentencia breve y doctrinal que se propone como regla de alguna ciencia o arte, si esta ciencia o arte es el derecho, será 'jurídico' y si su origen es romano y canónico perteneciendo al derecho común medieval *(utrumque ius)* se lo llama 'brocárdico' Cfr. RODRIGUEZ DIEZ, *La aforística jurídica romano-canónica puente para un nuevo derecho común europeo*, Anuario Jurídico y Económico Escurialende XXXVII (2004) 231-261/ ISSN: pp 1133-3677.

3. Sostiene Schulz que *"romans are basically opposed to codification and maintain a strict reserve in regard ti statutes" Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p 7.

4. Los contratos, la propiedad, la prenda, el matrimonio, la afiliación y la herencia quedan fuera de la consideración legal. Cfr. BERTONE M., *Storia del Diritto Romano*, Bari, Laterza, 2000, pp 182 s.

5. BRETONE M. *Storia del Diritto Romano*, Bari, Laterza, 2000, p 85.

6. Tabla 12, 5. De hecho una de sus disposiciones fue modificada por la Lex Canuleia 5 años más tarde.

7. LIVIO 9, 34, 7.

8. Cfr. CICERÓN, *De Oratore* 1,48,212

9. Cfr. GROSSO G., *Lezioni di Storia del Diritto Romano,* Torino, Giappichelli, 1965, p 382.

10. El contenido del ius era en gran parte incierto. Esta incerteza era tolerada en el período republicano y clásico, en razón del florecimiento de la ciencia del derecho y de la confianza en las respuestas.

La jurisprudencia, más que proponerse la tarea de determinar una voluntad objetiva, encerrada en la ley, tiende a alcanzar un resultado útil y oportuno.[11]

El uso de la dialéctica

La clave de la labor jurisprudencial era la *diairesis*, esto es la dialéctica consistente en la distinción entre género y especie.

Los juristas no forman las categorías por una exigencia puramente lógica, sino para encerrar en un *genus* determinadas figuras jurídicas homogéneas, sujetas a un régimen común que coexiste con el particular de cada una.[12]La distinción en géneros y especies, servía precisamente para ampliar o reducir según el caso el ámbito de aplicación de cada de los institutos.

Veamos unos ejemplos.

La irrupción del género 'culpa' en la extensión de la aplicación de la *Lex Aquilia*.

Una primigenia cuestión fue suscitada en torno al trato de animales preñados o mujeres grávidas. Así, Ulpiano recuerda una opinión de Brutus según la cual, «Si golpeada por ti una mujer con el puño o una yegua con otro objeto te obligas por la *Lex Aquilia* como por cosa rota.»[13]

Aquí observamos la extensión que hace el jurista del concepto de *rumpere* al golpe de puño.

Pomponio recuerda una opinión de Quinto Mucio según la cual «podía ejercerse la acción de la *Lex Aquilia* contra quien hallando una yegua preñada pastando en un campo ajeno, la hostigó produciendo un mal parto.»[14]

El comportamiento del dueño del campo no puede calificarse como injustificado ('*iniuria*') ya que al sacar al animal ajeno de su propiedad, ejercía un derecho legítimo[15] sin embargo Quinto Mucio entiende que corresponde la acción ya que, según aclara Pomponio en el fragmento sucesivo, quien encuentra una *res* ajena dentro de su campo debe echarla afuera, tratándola como si fuera propia.[16] De aplicar la norma sin efectuar distinciones, no se habría podido aplicar al caso. Para que el caso se encuentre comprendido fue necesario hacer distinciones en canto al modo en que se ejerció de la acción (en este caso la expulsión del animal del campo propio).

Claramente observamos en el fragmento la exigencia de un estándar de conducta –tratar al animal como si fuera propio- que delimita el campo de la conducta justificada '*iure*'.

11. BIONDI B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1953, 55.

12. BIONDI B., *Arte y Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1953, 71.

13. *«Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia eneri quasi rupto».* (D 9,2,27,22).

14. *«Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse».* (D 9,2,39).

15. La Ley de las XII tablas establecía como delictiva, la conducta de llevar a pastar ovejas a un campo ajeno *(pastu pecoris)*

16. *«Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat».* (D 9,2,39, pr.)

Otro fragmento interesante del mismo jurista es recordado por Paulo quien dice:

"Si un podador al desprenderse la rama de un árbol, o el que trabaja sobre un andamio mató a un hombre que pasaba, es responsable si aquella cayera en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse su peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa y que hay culpa porque habiéndose podido avisar por personal diligente, no se avisó o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público o privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiese camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se ha de exigir culpa, cuando no hubiese podido adivinar, si por aquel lugar habría de transitar alguno".[17]

De este modo se va individualizando un género o categoría jurídica 'culpa' de modo de concluir con Gayo que «se entiende por *iniuria occidere* el caso se matara con dolo o con culpa. Ninguna otra ley ha reprendido el daño causado sin *iniuria*, por lo que el daño que se cometa sin culpa y sin dolo malo, por mero accidente, queda impune.»[18]

La conceptualización del furtum

La Ley de las XII Tablas establecía que «si se acusa de un hurto que no resulte flagrante, adjudíquesele una indemnización del doble del valor del objeto.»[19]

Luego, los juristas comienzan a analizar distintas hipótesis como la del que hubiere conducido más lejos la caballería que le dieron en comodato[20] o la del depositario que le da un uso distinto al querido por el depositante a la cosa depositada, [21] efectuando sucesivas distinciones, de modo de arribar a la inclusión de la categoría '*furtum usus*' en la definición del delito "hurto es el apoderamiento fraudulento o de la cosa misma, o también de su uso, o posesión, lo que por ley natural está prohibido."[22]

Consideración de los bienes dotales

Luego de la muerte de Caio Gracco, su mujer Licinia reclamó a los herederos de su ex marido la restitución de los bienes dotales, que se habían destruido en los enfren-

17. *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.* (D 9,2,31)

18. *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* (GAYO, *Institutas*, III,211).

19. VIII. 16 *"Si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito"*

20. D 47, 2, 40

21. Gayo 3,196

22. I, 4, 1, 1

tamientos que acabaron con la muerte de su marido. P. Muscius Scaevola respondió que se deben los bienes dotales destruidos en las luchas que acabaron con la muerte de Gracco porque tales luchas fueron originadas por la culpa de éste. De aplicarse la norma en modo indiferenciada, Licinia no hubiese tenido derecho a la restitución de los bienes dotales destruidos. La distinción en cuanto a la causa de la muerte, en este caso por culpa del propio marido, fue lo que posibilitó la solución opuesta. De esto, Servio extrae el principio de que «respecto de las cosas que además de dinero contante, tiene el marido en dote, debe responder por dolo malo o culpa.» [23]

La afirmación del principio legislativo

El papel de legislador del Príncipe se va a ir consolidando primero con 'mandatos', que son instrucciones que el Príncipe enviaba a los gobernadores como parte de sus funciones políticas específicas, es decir, de disposiciones no destinadas a quienes debían obedecerlas sino a quienes debían cuidar que fueran obedecidas,[24].para luego producir normas de alcance general (edictos) y normas que fijaba la interpretación del derecho, ya sea con alcance general (rescriptos) o en casos particulares (decretos). De modo que el Príncipe concentró la facultad de producir e interpretar el derecho. En este nuevo contexto político se va afirmando la idea de que el derecho es un sistema de normas generales y abstractas que preceden a la decisión de cada juez.

Así se explica el principio "*non exemplis sed legibus iudicandum est*" (C. 7.45.13).

El título 45 del *Codex* trata de las sentencias definitivas e interlocutorias de todos los jueces. El fundamento que se brinda al principio es que "si una cuestión no es bien dirimida no es convenientes que esto se extienda para error de otros jueces..."

En esta Constitución rige el miedo por parte del emperador de que la práctica de los jueces, concluya imponiendo soluciones *contra legem*, que contradigan la voluntad del emperador. Es más, estos mismos jueces en caso de duda deben consultar con el emperador (*Tanta* 21).

Del mismo modo, en *Deo Auctore* se refiere que «si algo pareciere ambiguo expóngase por los jueces a la imperial superioridad y declárese por la autoridad augusta, única a la que le es dado dictar e interpretar las leyes» (C, 1, 17, 2, 21).

Se busca crear un *ius certum*. Es con Justiniano que se cristaliza la ley como fuente exclusiva de producción del derecho, y entendiéndose por ley como manifestación suprema del poder del estado, al que deben someterse todos los ciudadanos, incluidos jueces y juristas.

Se busca como valor el de la certeza del derecho.[25] Las opiniones de los juristas no eran vinculantes y los *iudex* privados podían elegir la que les pareciera más apropiada al caso.

23. D 24, 3, 66 pr.

24. Cfr. BRETONE, obra citada, 224.

25. No siempre se valoró en Roma este principio de certeza. Entre los juristas existían a menudo posiciones antagónicas. Pero el ius se iba formando en un lento devenir expresando la voluntad de los ciudadanos, aunque no la manifestaran expresamente por medio del Comicio.

El Principio "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"

La enunciación de este principio se encuentra en la obra 'Brocardica' (18,3) que se atribuye a Azon[26], con la intención de remarcar la obligatoriedad de la ley en todos sus aspectos.

Este principio se ha ido consolidando en el derecho intermedio, al tiempo que se afirmaban las monarquías superando el caos y la división del período de las invasiones bárbaras.

La ley 13 de Partidas dispone que «Las leyes se deben entender derechamente con el verdadero entendimiento de su parte más sana y provechosa según las palabras y razones que presenten. Y por esta razón no se deben escribir abreviaciones ni menguar en razones para que los hombres caigan en yerro, sino según la letra, no son para aprender y decorar, sino para saber su entendimiento.»

Así también, el aforismo fue muy bien recibido por el estatal-legalismo, en la afirmación de la potestad legislativa como una atribución del estado nacional.[27]

Se busca que nada pueda modificar la potestad suprema del Estado como legislador.[28]

Por tal motivo, no nos sorprende que este aforismo sea uno de los más citados por los tribunales en tiempos modernos.

En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que donde la ley no distingue, no cabe distinguir (Fallos: 333:735), pues si el legislador hubiera querido hacer distinciones, lejos de expresarse en términos generales, hubiese hecho las salvedades o excepciones pertinentes.

De tal aforismo se deriva también el principio de que no se presume la inconsecuencia del legislador en línea con otro de los principios "*ubi lex voluit dixit, ubi nonluit tecet*".

Así se ha dicho que: «La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero -en cambio- el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos.»[29]

Empero y curiosamente, el adagio ha sido utilizado para justificar una comprensión amplia de la norma y de hecho ha sido conceptualizado por Boris Starck como una

26. Jurista de la escuela de los Glosadores, fallecido en 1220.

27. Afirma Sandro Schipani *«Di questa prospettiva 'statual -legalista' i codici civili, che pur da essa non erano scaturiti, e le cui caratteristiche in buona parte ad esa non sono legate, addiritura 'diventano la bandiera', e véngono usati come definitico strumento di 'statualizzazione0, di 0nazionalizzazione' del diritto romano e di separazione di esso dal suo 'spazio – tempo' di censura della unita – continuitá del sistenma ... si vuole procedere cosí per le vie di un nazionalismo giuridico che costrunge entro ordinamenti chiusi, che si pretnede sinano assoluti (sovrani), con la rinuncia all'orizzonte comune e universale del diritto e de la giustizia per glio uomini» (La Codificazione del Diritto Romano Comune*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 33)

28. Montesquieu afirmaba que *«los jueces de la nación no son más que el instrumento (la boca) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»* (*Del espíritu de las leyes*, L. XI, cap. VI, 49, ap. 1; Madrid, Alianza, 2003)

29. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, "Saddakni, Lidia Inés c/ E.N.Tel. Empresa Nacional de Telecomunicaciones y otros s/ despido", Fallos 324:667.

'máxima plenificante'[30]

Veamos algunos ejemplos:

Ampliación de la exención del pago de impuesto a las ganancias.

La Ley de Impuesto a las Ganancias establecía que estaban exentos del gravamen «... los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas que realicen dichas operaciones en forma habitual...»

El organismo recaudador sostenía que para la procedencia de la exención se requiere "que exista transmisión de dominio a título oneroso", de manera que, desde su perspectiva, sólo tendrían cabida en la norma que establece la referida dispensa los resultados provenientes de "actos de disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores" que impliquen la transferencia o enajenación de tales títulos. Como esta condición que no se presentaba con el usufructo de acciones, el ente fiscal consideraba que este supuesto se encuentra fuera de la exención.

La CSJN resolvió que «...tal argumento es inaceptable pues importa efectuar distinciones donde la norma no lo hace, en oposición al conocido adagio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus'* y llevaría a un apartamiento por vía hermenéutica del texto de la ley, que menciona los actos de "disposición", sin efectuar a su respecto categorización alguna que pueda dar sustento a aquélla exclusión.»[31]

Aplicación del período de prueba

En materia laboral, ha habido un uso curioso del aforismo que ha servido para interpretar con diverso sentido.

El art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que «el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232.»

El art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que «Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.»

Se planteaba, en caso del despido de una mujer embarazada, si primaba el derecho a disolver el contrato por estar en el período de prueba, o la protección especial a la maternidad. Se resolvió que «Introducir la presunción del art. 178 en la etapa a prueba, nos lleva a trastocar la naturaleza del instituto. No debemos distinguir donde la ley no

30. *Introduction au Droit*, París, Litec, 1981, pp. 123-127.

31. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, "Soldati, Santiago c/ AFIP", TR LALEY AR/JUR/93441/2013.

distingue, jamás se presume la inconsecuencia del legislador de suerte tal que, si el mismo hubiera querido apartarse de las reglas expuestas en el artículo 92 bis de L.C.T. que lo regula, así lo hubiera hecho expresamente». (STJ de Jujuy - 15/10/2015- Giménez, Corina Elizabeth vs. Video Drome S.A. s. Demanda laboral).

Agravante en el caso del robo 'con armas'

Se discutía si debe calificarse como 'robo con armas' el que resulta perpetrado con un arma de juguete. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que: «No advierto que la tesis objetivista encuentre sólido respaldo en el texto legal involucrado. Este se constriñe a establecer la exigencia de que el robo se cometa "con armas" y no incluye distingos respecto de la calidad de las mismas, las condiciones de uso o su poder ofensivo. Es de estricta aplicación al caso el aforismo romano *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Particularmente inapropiado resulta formular criterios de distinción en este terreno cuando el sentido jurídico de la agravante está claramente dado por la circunstancia de que el empleo de armas disminuye notoriamente las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, al neutralizar cualquier posible reacción.

En este sentido, carece de significación que el elemento "arma" sea o no idóneo para producir disparos, ya que no existen, en el tipo penal del art. 166 inc. 2º del Código Penal, elementos normativos que autoricen a interpretar que no constituye verdadera arma la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional. La certeza de que el arma funcione y que esté cargada no son condiciones que aparezcan legalmente impuestas como requisito de validez de un juicio afirmativo del empleo de armas a los fines de la configuración del supuesto del art. 166 inc. 2º del Código Penal (conf. causas Ac. 24.818 y P. 31.495 del 15-II-1983, entre otras)».[32]

Con estos ejemplos hemos visto cómo el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus,* no sólo pervive sino que se hace frecuente uso, como instrumento dialéctico, para argumentar respecto de la aplicación amplia de la norma o de aspectos de ella.

32. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Castillo, Rodrigo N. s/Robo doblemente calificado, 26/2/2003.

“Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”

Luis Aníbal Maggio[1]

1. Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de Morón, Argentina.

I: Al referirse a la ímproba labor de los juristas medioevales, Savigny cuenta unos 47 jurisconsultos desde Irnerio hasta Accursio. Son unos 160 años durante los cuales los glosadores reconstruyeron los textos, detectaron concordancias y contradicciones, intentaron conciliaciones, indagaron y explicaron en notas interlineales o marginales la real significación de las palabras de la ley, "cuya publicación y propagación sirvieron para formar, acreditar y constituir progresivamente la ciencia jurídica de aquellos tiempos". "Volvían y resolvían en todos los sentidos como un labrador inteligente hace con sus campos". Las glosas enlazadas en torno a un título formaban *"aparatus"*, los resúmenes *"sumae"*, las circunstancias legales referenciadas "casus", las reglas o máximas extraídas de los textos "brocardica". Se planteaban "distinctiones" (distinciones), "dissensiones" (disputas), "quaestiones'' (problemas teóricos), etc.[2] "Con este método y con la interpretación literal más aguda, los boloñeses pudieron sistematizar toda la materia, establecer con seguridad los principios fundamentales y las ideas directrices, así como extraer las consecuencias lógicas: definir, distinguir, clasificar, unificar y luego eliminar dudas e incertidumbres, y, en breve, someter el pensamiento jurídico al análisis más intenso que jamás haya habido en la historia"[3].

El aserto *"ubi lex non distinguit, non distinguere debemus"* aparece como "brocardica" en Azon 18,3. Aun cuando no conste en la grilla medioeval y la de Savigny, el término "aforismo", si nos atenemos a la etimología griega y latina, es muy probable que haya sido utilizado desde mucho antes en el ámbito del saber jurídico. No obstante, y dado que trataremos sobre las generosidades del lenguaje, si vemos la definición que ofrece el Diccionario y los términos semejantes habitualmente utilizados, bien podemos considerar al que es objeto de este trabajo como un "aforismo".

Según la RAE, aforismo es "frase o sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte". Se suele mencionarlo también como sentencia, máxima, apotegma, refrán, axioma, dicho. En la fraseología del derecho, "prima facie" podríamos relacionarlo con el concepto de "regula" de Paulus[4], pero en este caso se trataría de una "norma" en su momento positivizada, mientras que el enunciado que estamos considerando es fruto de la experiencia jurídica; no sería un mandato jurídico sino una pauta de interpretación, un acto "ilocucionario" o "perlocucionario", no sólo "locucionario" (vid. infra actos del habla).

"Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus" (en otras, *"nec nos distingere debemus"*): donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir. Dicen que decía Sócrates que quien sabe el significado de las palabras sabe todas las cosas. Aristóteles comienza el abordaje del concepto de justicia por el examen de las palabras[5] También San Pablo apreciaba su valor comunicacional ("si ignoro el sentido de las palabras, seré como un extranjero para el que me

2. M. Ortolan, *Historia de la Legislación Romana*. Ed. Hijos de Leocadio López, Madrid, 1912, págs.503/515.

3. Riccobono, S: *Roma, madre de las leyes*. Ed. Depalma. Bs.As. 1975, pág.16.

4. *Regula est, quae res quae est breviter enarrat*. Dig. 50.17.1. Trad. García del Corral. Jaime Molina Editor, Barcelona 1859. Tomo 3.

5. *Etic. Nicomaquea*. UNAM, México. 1954. V, 1129 a y b, págs..105/7.

habla y él lo será para mi")[6], y, según la regla hermenéutica de Santo Tomás[7], por allí ha de iniciarse todo proceso interpretativo (*"omnes sensus fundantur super unum, scilicet litteralem, ex quo solo potest trahi argumentum"*), preceptiva a la que no es ajena nuestro ex Código Civil (art. 16) que, sólo si no alcanzan ni las palabras ni el espíritu de la ley para resolver una cuestión, remite a otros recursos interpretativos como la analogía y los principios generales del derecho. Similares pautas establece el artículo 2 del actual Código Civil y Comercial. Porque, claro, quedarse en el limbo de las palabras sin llegar a las realidades que designan, es como quedarse columpiando en los *"flatus vocis"* del nominalismo. El mismo Austin (infra) nos advierte que el lenguaje no es la última sino la primera palabra[8]. Los romanos prudentemente emparejaron la cosa: "Verbum "ex legibus": tan ex legum sentencia, quam ex verbis" ("La frase "en virtud de las leyes" ha de ser entendida así: "tanto según el espíritu como según las palabras de la ley"[9], cita que es sólo una de las 246 que componen todo un título del Digesto (*"De verborum significatione"*) como para que no queden dudas sobre "de qué estamos hablando" cuando hablamos en el lenguaje del derecho.

Desde estas coordenadas intentaremos en esta comunicación examinar si pudiera resultar posible interpretar la letra y/o el sentido de la ley sin hacer distinciones cuando la ley no distingue.

II: La calidad normativa de este aforismo ha sido largamente evaluada y halagada como fuente de "seguridad jurídica" y "claridad jurídica" al posibilitar el conocimiento anticipado y cierto de las conductas reguladas y su aplicación por los poderes del Estado, y se sostiene histórica y científicamente en sólidas razones iusfilosóficas. Responde nítidamente a la concepción del llamado "realismo aristotélico" de la que, al par de la Stoa, son tributarias las bases filosóficas de la jurisprudencia romana. Sólo existen los seres entes particulares (no las ideas platónicas), pero consisten en un universal abstraído de ellos por el intelecto. Es la "forma" "ousia", causa o "esencia" que hace que cada cosa sea lo que es y no otra cosa[10].

Hay pues una relación cabal entre la existencia (óntica) de los seres y la esencia (ontológica) de la que participan, abstraída por el intelecto humano, representada mentalmente en el concepto, traducida lingüísticamente por la definición y expresada en un juicio que será verdadero en cuanto produce una *"adequatio rei et intellectu"* (teoría de la correspondencia). Es por todo ello que no hay ciencia de lo particular y el afán de conocimiento del humano se orienta a descubrir en las cosas lo exacto, lo perfectamente determinado, lo universal, lo esencial definitorio de cada ente[11]. De tal postura gnoseológica derivan las máximas "clara non sunt interpretanda" e *"interpretatio cessat in claris"*

6. San Pablo: 1. *Corintos.14, 11*. La Biblia Pueblo de Dios. Ediciones Paulinas. Buenos Aires, 1980, pag.2315.

7. Santo Tomás: *Summa Theologiae*. BAC, Matriti, MCMLXXVIII. Tomo I, Quaestio 1, 10, pág.13. Etiam: *"Providentissimus Deus"*. Ench.Bibll. N.92.

8. L. Austin. *Philosophical Papers*. Oxford Univ, 1961, págs. 130/31.

9. Dig.L.XVI,6,1. Op.cit. Tomo 3.

10. Aristóteles. *Metafísica. Ed. Sudamericana*, Bs.As. 1978, 1ra.ed. Trad. Hernán Zucchi. 1012b/1015ª, pág.3239.

11. Cfr: Abel JAristegui, *La coprogramación definitoria de la Filosofía y los principios que la rigen*. Bs.As. Talleres Gráfico Registro Oficial, 1991, cap.2, págs. 18/23.

(doctrina de la claridad), abundantemente cultivadas en el ámbito jurídico.

A la luz de estos principios, la lógica tradicional distingue entre proposición y juicio. "La proposición verbal enunciativa consta de palabras, que, a su vez, se componen de letras. Es un producto del lenguaje, constituido por estos elementos. En cambio, el juicio que se expresa en la proposición no consta nunca de palabras y los elementos del juicio, los conceptos, no se componen nunca de letras. Por otra parte, el juicio está formado por conceptos que no son nunca elementos de una proposición verbal. Por lo demás, la diferencia que existe entre la proposición y el juicio se manifiesta en el hecho de que con una misma proposición, en casos distintos, pueden expresarse juicios muy diferentes. A ello corresponde que también un mismo juicio (al menos en algunos idiomas) pueda expresarse con distintas proposiciones"[12]. "En el juicio pueden distinguirse tres capas: la lingüística, la lógica y la objetiva. Todo juicio se nos presenta como una forma lingüística. Esta forma lingüística se llamará proposición. Formulamos juicios con las proposiciones que son, por tanto, como el ropaje exterior del juicio. En una capa más profunda se encuentra el juicio mismo que constituye la capa lógica oculta bajo el estrato gramatical. Como a su vez el juicio se dirige al objeto o situación objetiva, éstos constituyen por así decirlo la capa ontológica, subyacente bajo el estrato lógico". El conocimiento supone una relación entre un sujeto y un objeto que se interrelacionan y afectan recíprocamente [13]. En síntesis, la proposición es la forma lingüística, juicio es lo expresado sobre algo. La "definición" (de-finire) traduce la "esencia" de la cosa, cuyas notas conformantes contiene el concepto.

La concepción cientificista de la Filosofía del Derecho marcha en dicha orientación al paso de autores notables como von Ihering, Savigny, Radbruch, Larenz, Bentham, etc. El declarado propósito de "conceptuar el derecho", es decir, de perfilar un concepto exacto y cabal del fenómeno jurídico produce en la Teoría del Derecho aportes de enorme valía como los de Hans Kelsen, John Austin, el danés Alf Ross y otros importantes autores. Para esta visión cientificista racionalista, los conceptos tienen una entidad objetiva clara, distinta e inteligible que hace innecesario cualquier intento de interpretación. Según la leyenda, ante la primera tentativa de interpretación del Code Civil, Napoleón habría exclamado: ¡mi Código está perdido! Entre nosotros, el gran penalista que fuera Sebastián Soler aspiraba a conceptos jurídicos tan exactos como los de la geometría[14]. Bueno, en cuanto a restringir y hasta prohibir las interpretaciones, los romanistas pueden competir aliados de Juliano, Adriano y especialmente Justiniano[15], no sin advertir que, en nuestra modesta opinión, las motivaciones difieren. Mientras que para el racionalismo los conceptos y las definiciones lucen con radiante nitidez despejando las nubes de las incertidumbres, para los romanos eran siempre entidades peligrosas y vulnerables a las alteraciones[16], por lo que necesitaban ser acotadas para su uso correcto.

III: El Estagirita muestra gran preocupación por la equivocidad del lenguaje con

12. A. Pfander. *Lógica*. Espasa-Calpe. Bs.As-México, 2da.edic, 1940, págs. 43/44.

13. Johannes Essen. *Tratado de Filosofía*. Ed. Sudamericana. Bs,As. 1957, Tomo I, Segunda Parte, Introducción, págs.227/239.

14. S. Soler, *Las palabras y la ley*. Ed. Praxis Jurídica, última edic. Bs.As. 2018.

15. Justiniano: *De confirmatione Digestorum*. Dig. Op.cit, tomo I.

16. Dig. Op.cit. L.XVII,202.

respecto al "sentido" en que han de entenderse la justicia y la injusticia. El término "ser" –sentenció para la posteridad- se dice de diversos modos, tiene muchos significados, pero todos ellos en relación con algo único y con una naturaleza única. "Todos estos significados no tienen una mera coincidencia nominal, sino que... los diferentes significados del ente están referidos a un principio único". "Es imposible encontrar los elementos de los seres si antes no se distinguen los múltiples significados del ente. Y si las palabras carecen de significado, se elimina la posibilidad de diálogo con los demás y con uno mismo". "Concédasenos, que la palabra tiene un significado"[17]. En cuanto a los desajustes entre la norma general y los casos particulares, atribuye la dificultad no a la ley o el legislador sino a la "naturaleza del hecho concreto"[18].

Los romanos desconfiaron de las definiciones, cuyo peligro trataron de conjurar con la batería de aquellas 246 aclaraciones mentadas precedentemente, sin perjuicio de legión de otras que abundan en los distintos autores y evidencian sus precauciones por la precisión, claridad y justeza verbales[19]. En esta concepción emanada del realismo aristotélico, la verdadera significación de las palabras es la que integra y conforma el concepto y expresa la definición que, aunque en su generalidad pueda ser imprecisa y peligrosa, convenientemente "reperfilada" lleva a una adecuada correspondencia entre el intelecto y la cosa, al par que posibilita una identidad de comprensión entre los hablantes[20].

El interés exploratorio por el sentido de las palabras caracteriza las indagaciones de la Lingüística moderna, de la Filosofía del lenguaje y la Teoría de la comunicación con novedosos y sustanciales aportes que han hecho tambalear la construcción tradicional. Las teorías modernas de la interpretación, desde diversas perspectivas y fundamentaciones, convienen en que los textos legales no son acabadamente claros y deben ser interpretados. Sin quedar abolida, la concepción cientificista fue sucedida por la llamada versión "conceptualista" del derecho, sustentada por las citadas disciplinas, especialmente en clave de la tradición analítica aplicada en el mundo del derecho. Extenso en demasía y no tolerable para los límites de esta comunicación sería exponer cabalmente sus indagaciones y logros en esos campos del conocimiento, pero permítasenos al menos consignar su principales y perdurables mojones.

El lenguaje ordinario, como es cosa sabida, puede ser abordado desde tres enfoques: sintáctico (coherencia del lenguaje consigo mismo), semántico (significación de lo mentado) y pragmático (uso intersubjetivo en distintos niveles). El enfoque pragmático, que dichas y otras disciplinas ponen en la mira, ha dado lugar al llamado "giro lingüístico" que contempla en el fenómeno de la intercomunicación verbal la expresión de la racionalidad humana y la posibilidad de llegar a acuerdos racionalmente sustentables[21].

El ángulo visor de la tradición jurídica frecuenta dos niveles de conocimiento: sintác-

17. Aristóteles, Metafísica, op. cit, IV 1003ª, I,992ª, IV 1006ª,b. IX, 1051ª.

18. Aristóteles. Ética *Nicomaquea*, op.cit, V,1,10, pág.130.

19. Dig, op.cit, L.XVII,202. Dig. L.XVI: *De verborum significatione*. Sobre este tema cfr. Actas Congreso sobre Principios y principios romanos. UFLO, Bs.As.2019.

20. Dig, op.cit. Tomo 3, L. XVII.

21. Cfr: J. Habermas, Facticidad y *Validez*. E. Trotta. Madrid,1998, cap.I, págs..63/82. G. Fernández Comp, *El giro aplicado*, UNLa, R.de Escalada. Pcia.Bs.As. Autores varios, 2002. A. Cortina, *Etica* Comunicativa, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Vol.2. Concepciones de la Etica. Ed. Trotta. Madrid,1992, págs. 177/198.

tico y semántico. Gottlob Frege (1848-1929), matemático, filósofo y padre de la lógica moderna, alemán, en su obra "Escritura Conceptual" propuso un dispositivo lingüístico nuevo a fin de evitar la ambigüedad y asistematicidad del lenguaje ordinario, al par que permitiera expresar la forma de las proposiciones y la cadena deductiva de los razonamientos con la máxima precisión, mediante reglas explícitas y rigurosas. En la Filosofía del lenguaje introdujo las nociones de "sentido" y "referencia" que habrían de influir en la filosofía analítica posterior. Para Frege es importante la noción de "significado'', que está compuesta por dos elementos: el sentido (Sinn) y la referencia. El sentido es una entidad abstracta (no mental o psicológica) que determina las propiedades que debe tener un objeto para calificar como tal y consiste en un conjunto de propiedades o datos descripsicionales que sirven a los hablantes para determinar el "referente". El sentido incluye una forma peculiar de ver o caracterizarlo (al objeto), lo que se conoce como "modo de presentación''. Los "sentidos" equivalen a los "conceptos". Los enunciados considerados verdaderos son conocidos en razón de la experiencia o en razón de su significado. No hay otras fuentes de conocimiento más que el dato de los sentidos o el significado que le damos al enunciado. Los conceptos, entonces, en vez de una representación mental de la esencia de la cosa, son "significados" que, al ser aprehensibles por el uso, requieren un tercer nivel de conocimiento: el pragmático.

La teoría del significado pasa a ocupar una posición dominante en la Filosofía del lenguaje contemporánea en paralelo con el movimiento cultural del llamado "giro lingüístico". Uno de los importantes autores de los que podríamos hacer mención es Hilary W. Putnam (1926-2016), matemático, filósofo e informático norteamericano que desarrolló, junto con Saul Kirpke y otros, la teoría causal de la referencia y formuló una teoría del significado propia inventando la noción de externalismo semántico. El autor considera que el problema central de la semántica es un problema de significación: las distinciones sentido-referencia y extensión-intención tienen como objetivo clarificar la ambigüedad del lenguaje presente. Al respecto de que una palabra pueda tener varios sentidos, Putnam propone una solución idealizada que consiste en considerar a cada sentido de cada palabra como palabra diferente, entendiendo que el repertorio de sentidos está fijado de una vez y para siempre.

En consonancia con esta visión, el filósofo del lenguaje Michael Dumett (1925-2011), filósofo británico, desarrolla una teoría del significado: propone que para erigirse como tal, dicha teoría requiere, en primer lugar, de una teoría de la referencia (que especifique el valor semántico de las expresiones, es decir, los valores semánticos); en segundo lugar, de una teoría del sentido (ya que cada expresión posee un valor que le es propio, o mismo, un rol semántico); y por último, una teoría de la fuerza (que ponga en relación el significado de las proposiciones con las diferentes situaciones pragmáticas). Dumett enfoca la teoría de la significación como una teoría de la interpretación, entendiendo esta última como "comprensión" (aquello que conocen los hablantes cuando hablan). Para satisfacer una teoría de la comprensión, es necesario preguntarnos acerca del funcionamiento del lenguaje. Así, Dumett propone tres requisitos para una teoría de la significación: debe ser atomista o molecular (partes de la proposición y su relación), y no holista (donde las partes dependan del todo para ser comprendidas); asimismo, debe ser vigorosa (que pueda explicar puntualmente el significado de las expresiones), y no modesta (carente de valor explicativo); y por último, debe ser rica y no austera (que

contemple no solo el conocimiento de los participantes, sino también el conocimiento de su condición). Tales nociones, importadas de lenguaje natural, pueden colaborar para superar los escollos a los que a menudo suele enfrentarse la dogmática jurídica en su tarea interpretativa de la ley. En este sentido, una teoría del lenguaje rica desemboca en un conocimiento de los roles semánticos (a diferencia de una teoría austera que no puede más que aspirar al conocimiento de los valores semánticos a secas). Acceder a los roles semánticos, implica penetrar a una condición por la cual reconocemos las situaciones bajo las cuales puede significarse el enunciado establecido. Este acceso, guarda alguna semejanza con el método de identificación del espíritu de una ley, aplicado a menudo por la dogmática jurídica[22].

Ludwig Wittgenstein (1889-1951), célebre por su "Tractatus", aborda posteriormente uno de sus conceptos más relevantes: el juego del lenguaje. Mientras para Hume, Locke y otros los conceptos son representaciones mentales y para Frege sentidos, para este autor equivalen a "habilidades". La definición de una palabra es una tarea desesperada. La definición explica algo mediante palabras que, a su vez, necesitan ser explicadas por otras palabras que también necesitan ser explicadas y así llegamos a un ingreso al infinito. Si vamos a una definición "ostensiva" (que designa el objeto al que se refiere) nos encontramos con una pluralidad de palabras que no designan ningún objeto: y, o, por qué, etc. Se hace pues necesaria otra estrategia de abordaje como la que ofrece el uso de las palabras que permite identificar el "significado" de las mismas y para ello deben fijarse ciertas reglas. Wittgnestein propone el "principio de verificación modificado": cada situación vital tiene su lenguaje, no se utiliza, por ejemplo, el lenguaje del biólogo, del físico para hablar del amor. El significado de cada palabra depende del uso concreto, nadie habla de la misma manera al inspector de tránsito que a la novia, el médico de cabecera al paciente, el político al público. Al vincularse el lenguaje con la acción humana, el sentido de una palabra surgirá de su utilización en un contexto, de su lugar en un hecho y resultará de una estrategia lúdica ante las circunstancias. Tenemos entonces los "juegos del lenguaje"[23]. Cada coyuntura vital tiene su lenguaje. Las proposiciones de la ética, como de la estética, son proposiciones de sentido indeterminable. Puesto que no habla de hechos, sus proposiciones no se rigen por la lógica. Los imperativos éticos son absolutos y categóricos, pero no pertenecen a la razón sino al ámbito de lo místico, son incomunicables[24]. Los juegos del lenguaje son variadísimos (aporta muchos ejemplos en Cuaderno marrón (1934-1935) y en las Investigaciones filosóficas, tomando como clásico el ejemplo del "leguaje del constructor" de San Agustín y tampoco generan definiciones precisas. En tales emergencias, Wittgenstein apela al uso de las analogías.

22. M. Dumett: *¿Qué es una teoría del siginificado?*, en J. M Valdéz Villanueva, *La búsqueda del significado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs 307-409.

23. Cfr: R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima, Perú, 2007, 3,3.1,3 ,1,1,3,12, págs..84/92. Gerard Brand. *Los textos fundamentales de Ludwing Wittgenstein*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, págs.68,80,102,115,138. C.W.K.Munde, Una crítica de la filosofía linfuística. FCE, Breviarios 249, México, lra edición 1975, págs..2017/324.

24. V. Camps, *Concepciones de la Etica*. Encic. Iberoamericana de Filosofía. Ed. Trotta. Madrid, 1992. Presentación, págs.11/27. L. Wittgenstein. *Conferencia sobre ética*. Paidos ICE, Barcelona, 2da.reimpresión, 1995, págs.33/63. A.T.Bassols, El *Tractus y los límites de la siginificatividad*, en *Wittgenstein en Español*, autores varios, edic.UNLa, Lanús, 2009, págs..59,1103.

Michel Foucault no se contenta e intenta escarbar en el aspecto lingüístico de los discursos recurriendo al concepto angloamericano de "juegos (*games*) estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha". El discurso en determinado nivel es para el autor un conjunto de hechos lingüísticos, pero polémicos en unos y estratégicos en otro[25].

John L. Austin (1911-1960), relevante filósofo británico, realiza una incursión que apunta a tal dimensión pragmática del lenguaje. Para ello distingue los actos de habla "locutivos" (realización del acto de decir algo), actos "ilocutivos" (carácter del acto al decir algo), y actos "perlocutivos" (efectos del acto en el interlocutorio). "Denomino al acto de decir algo en este sentido normal y completo, la realización de un acto locucionario... incluye la emisión de ciertos ruidos, la emisión de ciertas palabras en una cierta construcción, y su emisión con cierto "significado" en el sentido filosófico favorito de esta palabra, i.e con un cierto sentido y con una cierta referencia". El acto ilocucionario consiste en la "realización de un acto al decir algo como opuesto a la realización de acto un acto de decir algo". Y perlocucionario es el acto que produce "ciertos efectos subsiguientes sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio o del hablante o de otras personas. Llamaremos a la realización de un acto de este género, la realización de un acto perlocucionario"[26]. Naturalmente, clasificación ha sido objeto de observaciones críticas y disensos, pero sustancialmente la triada se ha aposentado en la teoría lingüística y filosofía del lenguaje.

Sin lugar a duda, el lenguaje jurídico es una expresión de fuerte naturaleza pragmática y cierto significado prescriptivo, donde podemos entender esto último como una semántica prescriptiva (acto de ilocución). Es también posible pensar en la fuerza perlocucionaria de la norma jurídica como su condición de vigencia. Austin distingue además entre actos directos (donde el acto locutivo es equivalente al acto ilocutivo), y actos indirectos (el acto locutivo no es igual al acto ilocutivo). Quizá podría aspirarse a una máxima equivalencia entre las distintas dimensiones del lenguaje pragmático como la situación ideal a la que apunta la lectura e interpretación de la norma jurídica[27].

Por otra parte, Austin ha brindado esclarecedores aportes en cuanto a los usos del lenguaje. Desde este ángulo, el de la pragmática, el lenguaje se despliega a través de distintas significaciones. Un enunciado que narra informa o describe algo implica un uso "descriptivo" del lenguaje: la tierra es redonda, la vida es breve. En cambio, un enunciado que ordena algo hace un uso "prescriptivo": ¡venga para acá! Pero también usamos el lenguaje para traducir ciertas impresiones como ¡la pucha!, ¡caramba!, ¡qué cosa! con lo que le damos un "uso expresivo". Cuando el tío rico deja testado "lo instituyo mi único y universal heredero" o el Jefe del Registro Civil "los declaro marido y mujer", el lenguaje desempeña una función, en estos supuestos la de crear un estado o situación jurídica; por cumplir aquí una "performance" se le designa como uso "preformativo" u "operativo". Y

25. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1984, Conferencia Primera, págs.13/33.

26. J. L. Austin, *Philosophical* Quarterly, 1964, 14 (1964). G. Carrio, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Abeledo-Perrot. Bs.As, 1986, 3ra edición. 1ra Parte, págs.37/48. C.W.K.Munde, *Contribución del prof. Austín a la lingüística*, op.cit, págs.. 111/127. R. Alexy, Teoría de la aergumentación jurídica, op.cit. La teoría de los actos del habla de Austín, A 3,1,2, págs.93/99.

27. R. Alexy, op. et loc. cit. A 3,1,2.

hay otros usos varios. "Perdido manantial, llanto sonoro/ dilapidado ayer en la ribera/ de la tribulación, ¡quién me dijera/ que pesarías en balanza de oro". No importa si el poeta (Marechal) quiso describir algo, si lo expresado tiene algún significado racional u emotivo; la mejor manera de arruinar un poema es tratar de buscarle alguna explicación lógica, dejemos que esa tarea preocupe a los críticos, para nosotros es sin duda es un bello poema, nos colma de gozo estético[28].

Al análisis cientificista sucede el "análisis conceptual" del derecho, especialmente merced a la obra de H. L. E Hart (1907-1992), británico, uno de los más importantes filósofos del derecho del siglo pasado. "The Concept of Law"[29], un verdadero hito en la literatura iusfilosófica, en la que resalta la equivocidad del concepto de derecho sobre el que no hay una respuesta valedera en cuanto a su naturaleza o esencia, que sería la preocupación de la teoría del derecho. A su entender, la principal misión de la Filosofía del Derecho es la del análisis de dicho concepto de derecho y otros relacionados, pero ante la dificultad de alcanzar una definición a la manera de Austin y Kelsen, en línea con la corriente de la filosofía analítica y el positivismo jurídico y, en base a los trabajos de Austin, Wittgenstein, Strawson y otros que acabamos de sintetizar, aplica el enfoque analítico a los usos del lenguaje cotidiano en la regulación normativa de las conductas, a partir de la "textura abierta del lenguaje", a la que se debe una gran porción de los conflictos jurídicos. De lo que se trata es de explicitar las condiciones de los usos lingüísticos en los contextos sociales dejando de lado las esencias metafísicas sobre las que se estructuran diversas teorías definicionistas.

Hart, a diferencia de Raz, descree de la posibilidad de lograr un "concepto" claro y definitivo del derecho, como fuera la preocupación de la teoría jurídica positiva anterior, a causa, como dijimos, de la "textura abierta del lenguaje" que, si bien en ciertos casos expresa un núcleo claro y preciso de significados, deja en otras zonas periféricas y penumbrosas susceptibles de diversas interpretaciones. De similar manera, las leyes generalmente perfilan un "caso típico" en torno al cual orbitan incertidumbres de distintos rostros. Propone entonces una metodología que, a diferencia del análisis cientificista, desagrega y clarifica las partes sustanciales de los enunciados, ya que la ambigüedad y vaguedad del lenguaje ordinario dificulta la definición precisa de conceptos, como el de derecho, cuya equivocidad los hace susceptibles de diversas respuestas. En lugar de la búsqueda de exactitud, prefiere cierto método y propósito para satisfacer a la pregunta sobre qué es el derecho. Descompuestas y analizadas las distintas partes de los enunciados, se ensamblan en una nueva unidad de significación.

En el lenguaje del legislador puede lucir algunas palabras técnicas (habeas corpus, interdictos, etc.) pero en sustancia es el lenguaje usual, "vulgar", de su comunidad que, como todo lenguaje, responde a determinadas reglas gramaticales y sintácticas, adolece de vaguedades y ambigüedades y ofrece distintos usos[30]. Un enunciado se conforma en función de ciertas estructuras lingüísticas que mientan un campo semántico, una "refe-

28. J.L Austin. *Cómo hacer cosas con las palabras*. Paidos Estudios. Bs.As. 1990. Conferencia I, págs.40/ 52. Abate H. Bremond, Plegaria y Poesía. Ed. Nova, Bs.As. 1947, XI, págs. 103/107.

29. H.L.E Hart. *The Concept of Law*. *Oxford University Press*, 1961. G. Carrio Trad. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1977, cap.I, págs. 1/21.

30. G. Carrio, Notas *sobre el derecho y el lenguaje*, op.cit, 1ra Parte, págs..17/36.

rencia'', pero, a partir de Frege, como vimos, se advierte también "sentido'' que otorga el verdadero "significado'' de la expresión verbal o escrita, significado que, como señalara Wittgenstein, está modulado por los juegos del lenguaje, modulados a su vez por diversas circunstancias e intenciones.

Una misma significación puede expresarse de distintas formas, incluso no verbales. Con un simple gesto, el profesor puede indicar a los alumnos que se pongan de pie o el policía que un automovilista se detenga. La existencia de diversos idiomas hace que con distintos enunciados expresemos la misma significación: *"Alea jacta est"*. Si usted sabe latín o ha leído algo sobre Julio César, entenderá qué quiso decir: "la suerte está echada". Mientras aquí sale el "arco iris", en Francia aparece el "arc en ciel", pero es la misma maravilla. Si retornamos a lo dicho respecto de Frege, este autor denomina "modos de presentación" del referente, a las expresiones divergentes de igual referencia, ej.: "el lucero matutino" y "el lucero vespertino", ambas refieren a Venus.

En un mismo idioma con iguales palabras podemos estar expresando distintas realidades: "el gato es útil" quizá se refiere al felino que mantiene la casa indemne de ratas o al artefacto que auxilió a nuestro mal humor ante una pinchadura en la ruta; y hay otra especie de gatos, quizá no tan útiles como atrayentes. A la vez, con distintas palabras solemos expresar la misma realidad: "prohibido fumar", "no se permite fumar", "fumadores abstenerse", tienen un mismo e inequívoco significado: no se puede (debe) fumar [31]. Por otra parte, una forma de expresión puede tener diacrónicamente significados diversos (vgr. la referida a "la moral y las buenas costumbres") o revelar su significación según las circunstancias o intenciones del hablante (actos de ilocución de J. Austin). Es que, como dijera Ortega y Gasset[32], el significado real de cada vocablo depende de quién lo dice, a quién lo dice, cuándo y dónde lo dice, citando como ejemplo la palabra "negrita'' que puede tener significado de color o racial, pero dirigida al camarero al entrar en una cervecería, inequívocamente se entenderá referida a la refrescante bebida. En la praxis jurídica, esa misma palabra puede ser una galantería cariñosa o una causal de divorcio. Tenemos la palabra "cosa'', quizá la más polisémica de todas. Los romanos llamaron al juicio "res litigiosa", asunto litigioso. Cosa puede ser un objeto cualquiera, pero ser "cualquier cosa'' puede ser una calificación menoscabante. "¿Cómo es la cosa?'' pregunta un alumno que no entiende al profesor posmoderno y el interrogado se fastidia con un "pero qué cosa, ¡Éste no entiende nada!". Es cosa de pensarlo, dice otro ante una propuesta interesante. No sea cosa que tenga otras intenciones, desconfiamos. ¡Qué cosa bárbara!, dice alguien ante algo fuera de lo común. Los filósofos se desvelan por la incognoscible "cosa en sí'', otros hablan de la cosa pública, de las cosas de la vida, del estado de cosas y Heidegger se despacha con un libro preguntándose "por la cosa", pregunta de la que, aunque según el mismo autor, se reirían las mucamas, lo lleva a introducirse en el misterio de la "cosidad de la cosa"[33].

A propósito de las "cosas", es interesante observar que, según Silvio Maresca, los romanos tuvieron la palabra "res", pero los griegos no tuvieron ninguna para nombrarla. Los griegos usaban adjetivos neutros plurales (τα καλλα), y ante la dificultad de trasladar

31. http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf

32. *Del Imperio Romano. Concordia*, Rev. De Occidente, Alianza Editorial. Madrid, 1985.

33. M. Heidegger, La *Pregunta por la Cosa*, Ed. Memphis, Bs.As, 1992, A 1/6, págs. 13/31.

a otras lenguas las significaciones griegas de esos vocablos (καλοσ es bello, καλη bella, καλον, lo bello); cómo traducir el plural neutro τα καλλα?, los traductores optaron por "cosa" (res los romanos, cosa en español). Τα καλλα: cosas bellas[34]. En "Ser y Tiempo", Heidegger expresa: Los griegos tenían un adecuado término para "cosas": ϖραγμα, es decir, aquello que se tiene que ver en el andar, que se cura de (ϖραξισ). Pero dejaron ontológicamente en la oscuridad justo el carácter específicamente "pragmático" de los pragmata y lo definieron "inmediatamente" como "meras cosas"[35].

En la periferia de las palabras pueden emerger zonas de penumbras, de incertidumbres, susceptibles de diversas lecturas. Un hecho puede tener distintas consecuencias según ocurra de día o de noche, pero ¿qué diremos si ocurre al "anochecer"? En español tenemos palabras que podríamos llamar "escurridizas" para ser interpretadas o traducidas, vgr: huidizo, enamoradizo, enfermizo, resbaladizo, etc., que parecen camuflarse tan pronto queremos entenderlas. ¿Cuándo un conjunto de árboles es un bosque que se prohíbe talar? ¿Qué es una propuesta interesante? Una misma palabra puede responder a significaciones primarias u "oficiales" que distan de las de uso corriente. Cuando se usa una de esta últimas y el destinatario, al sentirse ofendido, pide explicaciones, el ofensor suele disculparse alegando que lo hizo con "otra intención" (la oficial de las Academias). "¡Fuego!" puede ser una orden en el campo de batalla o el grito de alerta ante un incendio. Con el avance de los medios de comunicación, ¿quién es hoy un presente o un ausente en el derecho? Aunque en derecho toda definición sea peligrosa, cuando muchas veces se señalan los elementos que configuran una institución jurídica (habrá contrato cuando...) o se precisan significaciones[36], ¿se trata de enunciados descriptivos, prescriptivos, performativos? ¿Cuál es el "uso" de que hace "uso" el Legislador cuando dictó tal ley? En fin, interminable sería la procesión de palabras y sus usos que expresa o clandestinamente nos confunden a los hablantes. A la luz de la textura abierta del lenguaje Hart llega a poner en crisis significados establecidos acríticamente en los lenguajes jurídicos como "órdenes y mandatos", órdenes respaldadas por amenazas", "hábito general de obediencia", "regla de derecho" y otros similares con los que se ha intentado identificar el sentido del derecho.

Ocurre que la generalidad de ley contempla casos típicos u obvios, pero la naturaleza o la invención humana presentan singularidades que sólo muestran algunas de las características del tipo legal. Los "cánones de interpretación" pueden atenuar, pero nunca eliminar las incertidumbres ya que son reglas generales que emplean términos generales que, a su vez, dada la "textura abierta" del lenguaje, requieren interpretación.

El esforzado intento de definir el derecho, según el autor, se encuentra asediada por tres problemas recurrentes: 1) En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas y qué relación tiene con ellas. 2) En qué se diferencia la obligación jurídica de la moral y qué relación tiene con ella. 3) Qué son las reglas y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas. La respuesta a estas preguntas provoca actitudes como el aserto de saber qué es un elefante, pero no poder definirlo o la de San Agustín sobre el tiempo (si no me lo preguntan, lo sé, si me lo preguntan, no lo sé). A las dificultades

34. Silvio J. Maresca, *Etica y Poder en el fin de la historia*, Catálogos, Bs.As,. 1992, págs.13/14.

35. *Ser y tiempo*. FCE, México, 1951, trad. José Gaos, 1ra.edic. argentina, 1980, III,A,15, pág.81.

36. Dig, op.cit. L.XVI, *De verborum significatione*.

para definir el concepto de regla, se añade la insuficiencia de las definiciones verbales o acerca de las palabras por las indeterminaciones del lenguaje ordinario. "La categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en la definición del derecho, es la familia general de reglas de conducta; sin embargo, el concepto de regla, como hemos visto, es tan desconcertante como el derecho mismo, de tal manera que las definiciones que comienzan identificando a los preceptos jurídicos como una especie de regla, por lo común no hacen progresar mucho nuestra comprensión de aquel". "En este aspecto, el autor critica largamente el concepto de derecho como órdenes respaldadas por amenazas" de Austin. En el abordaje de los mentados problemas recurrentes que subyacen a la pregunta "qué es el derecho", nada es "lo suficientemente preciso como para ser considerado una definición que pueda proporcionarle una respuesta satisfactoria". Por ello, el propósito de Hart no es dar una definición del derecho a través una regla que puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra, sino de hacer un aporte a la teoría jurídica mediante un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional[37].

El formalismo jurídico patrocinado por Kelsen concibe al orden jurídico como un compuesto predominantemente de preceptos legislativos que conforma un sistema autosuficiente (provee todas las soluciones sin necesidad de recurrir a otros criterios) completo (no adolece de lagunas) y consistente (no presenta contradicciones) con la virtualidad de poder resolver cualquier caso por dudoso que fuere; en última instancia, el axioma ontológico de la libertad (todo lo que no está prohibido está permitido) provee la vía appia de las soluciones. Consecuentemente, para el formalismo jurídico que asume Kelsen, la aplicación de la norma al caso concreto se realiza mediante el proceso de subsunción. A modo de silogismo, la norma oficia de premisa mayor, el caso de menor y la conclusión resulta de forma automática. Es un juicio de hecho[38]. Hart, por lo contrario, argumenta que el lenguaje ordinario del legislador deja aquellas zonas aledañas, neblinosas y hasta vacantes, frente a las cuales los tribunales cumplen con diversos tipos de razonamiento una "función no meramente heurística sino creadora de derechos".

Pero, no obstante su postura cientificista, Kelsen, al analizar el deber ser como el sentido de un querer dirigido a otro, y teniendo en cuenta que una expresión lingüística puede tener varios significados o el mismo significado puede expresar con distintas expresiones, considera necesario distinguir la expresión y su sentido o significado que debe ser entendido de la misma manera por el emisor y el receptor. Ejemplifica algo jocosamente con ¨El gallo que llama con su canto a los pollitos¨. El gallo canta de diversas formas, pero hay unas que para los pollitos son indiferentes y otra que "si interpretamos el canto de gallo como una "llamada", es necesario también interpretar la reacción de los pollos, quienes sólo reaccionan si entienden que ese canto es diferente a los demás cantos del gallo y los mueve a obedecerlos¨. Kelsen toma este ejemplo de Wittgestein, pero difiere cuanto pareciera que para el autor del "Tractatus" hay una relación causal entre el canto del gallo y la reacción de los pollos, sin tener en cuenta que la norma es una expresión lingüística que implica orden y obediencia, y pasa por alto los procesos inte-

37. H.L.E Hart, *El concepto de derecho,* op.et loc.cit.

38. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho. Dinámica Jurídica*. V,3, c. Trad. Vernengo, UNAM, México, 1979, V,3,c. *Teoría de las Normas*. Ed. Trillas. México, 1994, nros. 9 y 10.

riores del agente ordenador y el destinatario de la orden[39]. "Debido a que una expresión lingüística puede tener varios significados, de aquí se sigue la necesidad de distinguir entre la expresión lingüística y su sentido. Si puedo referirme mediante la misma expresión lingüística a varias cosas, es decir, si dicha expresión puede tener diversos sentidos en cuanto a su contenido, tiene que existir un proceso interno distinto del mero proceso de pronunciar expresado mediante sonidos o signos escritos. Este proceso se refiere al sentido último que tales palabras contienen[40].

Para Kelsen, todo acto de aplicación de una norma implica un acto de "producción" de derecho. "Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal "un cierto juego de discrecionalidad". Si bien la teoría kelseniana no ofrece una metodología de interpretación "in concreto", sino marco de posibles soluciones, "ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio"[41].

Desde el ángulo de la pragmática, J. Wrobleswki[42], notable iusfilósofo polaco, sintetiza el canon de las argumentaciones con que se impugna la concepción de la claridad meridiana: a) Existen dudas sintácticas si la estructura de la expresión lingüística se comprende de diversas maneras y da como resultado diferentes significados de la expresión en cuestión. b) La expresión es polisémica a pesar de los límites obvios de las clases de designata mencionadas en los significados especiales de la misma. c) La expresión es monosémica pero confusa, viz, el caso en cuestión pertenece a una penumbra semántica y existen dudas con respecto al uso. d) La expresión es polisémica y confusa al mismo tiempo.

La confusión es una característica pragmática que se da en situaciones concretas, pero no se puede decidir "a priori" si un término es confuso o no, dependerá de las variantes de la realidad a que se refiere el lenguaje en uso en diversas situaciones. Claridad significa que en un acto concreto no existen dudas sobre el significado de un término del lenguaje legal. Pero tal claridad es siempre relativa si se tiene en cuenta todos los elementos de un "acto de comunicación", que difieren según las teorías de la lingüística general o sociolinguísticas. Una vaca para nosotros es un animal mamífero, para un hindú es un animal sagrado.

Las hoy llamadas "neurociencias", entre las que la "filosofía de la mente" también intenta hacer su aporte, están desveladas tratando de entender cómo las estructuras neurológicas que, aun en su mínima conformación, son físicas, materiales y observables microscópicamente puedan generar algo tan misteriosamente inmaterial como el pensamiento[43]. Veamos: yo, tú y él pensamos "el marido debe fidelidad y asistencia a

39. Teoría General de las Normas. Ed. Trillas. México, 1994, pág.286. http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf

40. H. Kelsen, *Teoría de las Normas*, op.cit. nota 39, págs. 286 y 54.

41. Teoría Pura del Derecho V,35. Trad. Vernengo. UNAM, México,1979.

42. Jerzy Wrobeswski, "Interpretación operativa,claridad y comprensión de un texto legal". *Actas Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*. La Plata, Argentina. 1987, volumen I, págs. 603/11.

43. Cfr: Jean-Pierre Changues-Paul Ricoeur: *La naturaleza y la norma*. Lo que nos hace pensar. FCE. México, 2001, caps.I,II,III. La mente. John Searle, *La mente*, Ed.Norma, Colombia, 2006, Introd. y caps.4,5,6.

la esposa". Tenemos aquí tres actos de pensar, el mío, el tuyo, el suyo, producidos por procesos cerebrales que puede estudiar las neurociencias y la psicología, decir, todos actos individuales, subjetivos, intransferibles. Pero los tres hemos pensado "algo" que es común a los tres: el deber de fidelidad y asistencia del marido para con la esposa, aunque tengamos diferentes opiniones sobre qué ha de entenderse en cada caso y cómo pueden cumplirse; por otra parte, es imposible verificar, salvo por las reacciones, que lo que el emisor entiende por x, sea igualmente entendido por el destinatario.

Con relación a este punto, también es sumamente interesante la cuestión de si la atribución de significados jurídico-normativos a determinados comportamientos solamente responde a emociones, sentimientos o mero arbitrio de voluntad o, por el contrario, si las normas expresan realidades, si hay en ciertas acciones o circunstancias alguna especie de "necesidad o correspondencia normativa" que constriñe de alguna manera y se impone racionalmente a la voluntad del legislador. Para una respuesta a este tema, es determinante clarificar el sentido del "deber ser" que establece la norma. Alchourron, Bulygin, han denominado "hilética" a la concepción que identifica la norma con el significado de las expresiones normativas[44]. Si no se distingue entre la expresión y el significado, se trataría de distintas interpretaciones de una misma norma, como ocurre generalmente con los "cambios de jurisprudencia". Si, en cambio, la norma se identifica con el significado de la expresión, con el "mensaje" que trasmite, estaríamos ante dos normas distintas. La mutación es del significado porque el texto de la norma sigue siendo el mismo, lo que lleva a juristas del llamado "realismo americano" a decir que "el derecho es lo que los jueces dicen que es", tesis resueltamente desarticulada por Hardt[45]. Con los dictados de la llamada Filosofía Analítica, el análisis del lenguaje del derecho ha sido intensivamente abordado por respetados juristas con una producción científica de excelencia.

Frente al problema de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje, en síntesis, caben distintos posicionamientos. Según Joseph Raz, el embrollo puede resolverse porque los conceptos -"que consisten en cómo concebimos el mundo y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican"- pueden ser fijados y no habría lugar para equívocos respecto de los usos en relación con "las propiedades esenciales" que debe tener todo concepto. Eugenio Bulygin le replica: "es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto que usamos para identificar esa cosa". Para Carnap y el Círculo de Viena se trata de construir convencionalmente un lenguaje artificial, preciso y unívoco. El "segundo Wittgenstein" reconoce que el lenguaje ordinario es el único posible por lo que deben aceptarse sus problemas y convivir con ellos[46].

En la filosofía del eterno retorno de Nietzsche "no hay hechos sino interpretaciones", aserto tan repetido como por lo general malentendido. "Que todo suceda como si"... no se da más que en virtud de vuestra interpretación y de vuestra mala filología. No es un

44. C.Alchourron-E. Bulygin, Norma *Jurídica*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. II El derecho y la justicia. Ed. Trotta, Madrid, 2000, págs.133/47.

45 El Concepto de derecho. Abeledo-Perrot. Bs.As.1977, págs..81/82; 169/83. http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf

46. Raz-Bulygin-Alexy, *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2005, págs.56, 101. Russo, Eduardo Angel, *Teoría General del Derecho en la modernidad y posmodernidad*. Abeledo-Perrot. Bs.1995, pág.340.

hecho real ni un "texto", sino simplemente un apaño y una tergiversación del sentido ingenuamente humanitario, con los que halagáis sobremanera los instintos democráticos del alma moderna. "Igualdad ante la ley en todas partes...", he aquí una frase con seductora segunda intención, que sirve para ocultar una vez más la hostilidad de los plebeyos a todo lo privilegiado y soberano, así como una nueva forma más de sutil ateísmo. Tampoco vosotros queréis tener "ni Dios ni amo" y por ese gritáis "Viva la ley natural". ¿A que sí? Pero esto, como ya he dicho, es una interpretación, y no un texto"[47]. El furibundo autor no niega ni podría negar que existan hechos o textos, sería un absurdo, sino que todo hecho o texto, en tanto conocido, es una interpretación. Todo es subjetivo y los sujetos interpretantes son una interpretación; el intérprete está dentro de la interpretación, es parte de ella. En otras palabras, no conocemos hechos sino interpretándolos de alguna manera (ya había dicho Kant que la "cosa en sí" es incognoscible), todo lo que puede predicase sobre algo a través de cualquier categoría, es una interpretación, una forma de entenderlo. Desde este ángulo que las cosas claras no deben ser interpretadas implicaría, en términos de Apel, una "contradicción performativa", desde que la no interpretabilidad de la claridad es una forma de interpretarla. En otras palabras, que las cosas claras no deban interpretarse es también una interpretación.

La Hermenéutica conforma, según G. Vattimo[48], la "koiné" cultural desde mediados de los años setenta, en la que lucen las figuras descollantes de Fiedrich Scheleirmacher (1768 – 1834) en la interpretación teológica y Hans-Georg Gadamer en la cultural con su obra "Verdad y Método"[49].

Describe Gadamer que, junto con la hermenéutica filológica, existieron una teológica y otra jurídica que comportan con la primera el concepto pleno de hermenéutica. Y para ello se plantea "Volver a determinar la hermenéutica espiritual científica a partir de la teológica y la jurídica". La interpretación jurídica tiene para el autor un significado "paradigmático". En su opinión, Savigny ignora la tensión entre el sentido jurídico originario y el actual porque entiende la hermenéutica jurídica como tarea puramente histórica y, al distinguir la visiones del historiador y del jurista, nos dice: "Sólo hay conocimiento histórico, cuando el pasado es entendido en su continuidad con el presente, y esto es lo que realiza el jurista en su labor práctico-normativa cuando intenta "realizar el derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica"[50].

La moldura clásica de la interpretación en el racionalismo asumido por la Escuela Histórica se asentó en dos puntales: la traslación mental del intérprete a la situación concreta del autor del texto y la neutralidad aséptica del intérprete. Ambos soportes se encuentran puestos en cuestión por la moderna hermenéutica. La "neutralidad científica" es una ficción. Todo intérprete es alguien modelado por una cierta visión del mundo, un cierto "ethos" cultural, un cierto modo de pensar, que concurre al proceso interpretativo revestido de un repertorio de las llamadas "precomprensiones" o prejuicios propios de

47. F. Nietzche, *Mas allá del bien y del mal*, Obras Selectas Edimat Libros, Madrid, sin fecha edición, Madrid, 22 , págs.. 281/2..

48. G. Vattimo, *Ética de la interpretación*. Ed.Paidos Studio, Bs.As.1992. Prefacio y Prikmera Parte, págs..9/95.

49. H. J. Gadamer, *Verdad y Método*, Ediciones Sígueme. Salamanca, 2007. Entrevista de R. Maliandi a Gadamer en *"La Etica Cuestionada"*. N.Zavdikvker Comp. Ed. Prometeo,Bs.As.2007, 3ra. Parte Entrevistas, págs..261/282.

50. H. J. Gadamer, op.cit. págs... 379, 382, 399.

una tradición que lo ha modelado, y en este sentido forma parte e influye en la interpretación. A su vez, el autor y el texto a los que accede el intérprete no son meramente un objeto inerte de conocimiento sino algo que tiene algo que decir al intérprete; es decir, autor e intérprete son dos actores que intercambian significados conformantes del evento de la comprensión. Verificar que tal autor en tales circunstancias produjo tal texto es una comprobación de un hecho histórico. Entender qué quiso decir el autor con ese texto es otra cosa porque la comprensión es un diálogo de ida y vuelta, transcurre en un "círculo hermenéutico". La comprensión integral de un texto culmina en la aplicación; de allí que interesa desentrañar no sólo lo que el autor quiso decir en su tiempo y circunstancias a un auditorio que quizá ya no existe sino especialmente qué puede estar diciéndonos hoy a nosotros y que nosotros, modelado por nuestra tradición cultural, podemos dialogar con el autor en torno al texto que nos dejara. La interpretación es la mediación misma entre dos tradiciones, y como resultado de la "tradición hilativa" entre ambas que desagua en la aplicación, el texto puede estar significando algo más o algo distinto a lo que pudo haber dicho *"in illo tempore"*. En un infinito (Scheleimacher), en el mundo de la vida (Dilthey), en el despliegue del ser en el mundo (Heidegger), un texto es como un manantial de agua viva en el que pervive indefinidamente y en el que pueden abrevar distintas interpretaciones según los tiempos. Al igual que una partitura, un texto literario nunca se agota, está siempre abierto a distintas miradas interpretativas epocales o personales. "La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión...en este sentido nos vemos obligados a dar un paso más allá de la hermenéutica romántica (Escuela Histórica) considerando como un proceso unitario no sólo la comprensión e interpretación, sino también la aplicación... la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación". "No es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción"[51].

En la entrevista con Ricardo Maliandi, en oportunidad de visitar nuestro país[52], Gadamer, entre otras enseñanzas, dice: "La actividad del jurista no consiste en subsumir un caso bajo un parágrafo, sino en encontrar el parágrafo preciso bajo el cual se puede subsumir el caso de modo que comparativamente se produzca un juicio justo". Summun ius, suma iniuria. "No es cierto que podamos decir "esto y aquello ocurre por naturaleza y, por tanto, es justo en todas partes". Pero, en cambio, podemos decir, en el caso, "el derecho natural está en contra de algo determinado, contra lo afirmado por el derecho positivo. El derecho positivo tiene que llegar a su límite".

A tan amplio panorama discursivo sobre el lenguaje se acopla la llamada "Epistemología de la complejidad"[53]. Permítenos también un escueto bosquejo.

El hilemorfismo aristótelico postula que todo ente se compone de materia y forma; materia y forma son un *synolon,* no puede existir una sin la otra. La conjunción de materia y forma genera la sustancia. La sustancia es como lo que no se ve, lo que está

51. H.J.Gadamer, op.cit, págs.. 379, 402.

52. La Etica en la encrucijdada. N.Zavadivker, comp, op.cit.pág.276.

53. E.Morin, Epistemología de la Complejidad y Educación. Ed. Octaedro. Colomobia, 2017, 198 páginas. G.Bonaccorso, *"L´epistemologia della complessitá e la teología". Rivista di teología.* (Roma, 2013, nro.54, págs. 61/95).

oculto, sobre o detrás; a las espaldas de cada ente reside en un nivel ontológico superior. Preguntar por lo que significa cada cosa lleva implícita una desconfianza por la dispersión de las apariencias y una búsqueda de certezas en una instancia trascendente como principio unificador. Es universal, invariable, en un mundo concebido como un orden perfecto (Descartes, Newton, Laplace) en el que siempre existe un principio, un fundamento, un *"arché*" y un *"telos"*. Pero, mientras la realidad del mundo es infinitamente compleja, la forma de pensamiento que se nos impone desde la infancia dice Edgard Morin, tiende a eliminar la complejidad separando, clasificando, buscando ideas simples, leyes y fórmulas simples abstrayendo de los entes singulares sus formas inmateriales, sus "esencias". Hay un paradigma profundo oculto que modela nuestras ideas: creemos ver la realidad, en tanto en realidad vemos lo que el paradigma nos pide ver y ocultamos lo que el paradigma nos impone no ver.

Al "paradigma de la simplicidad" sucede hoy el "paradigma de la complejidad". La "revolución paradigmática" cambia el enfoque y se orienta en dirección a una realidad cada vez más enmarañada, selvática. El universo desde siempre es gobernado por una dialógica de orden y desorden, por lo que se impone afrontar y trabajar con el desarreglo y la incertidumbre. Hay complejidad cuando hay un entramado denso de acciones, interacciones y retroacciones, que pueden darse tanto en el polo empírico (efecto mariposa) como en el polo lógico (complementariedad de Bohr). La complejidad modifica hasta lo que consideramos lo más inmodificables de la vida (por ejemplo, la Genética ha modificado el concepto de madre).

La epistemología de la complejidad propone entonces pensar la complejidad de base de toda realidad viviente, trabajar con el desorden y la incertidumbre, sin caer en ella sino enfrentándola. No se consideran objetos, sino sistemas. La noción de "objeto", que es cerrada, monótona y uniforme, debe ser sustituida por la de "sistema". Para la epistemología de la complejidad, el objeto nunca es algo sustancialmente identificable (objeto material) susceptible de ser estudiado desde distintos puntos de vista (objeto formal) sino un sistema constituido por relaciones internas y externas caracterizadas por determinadas funciones. La realidad es, pues, multifactorial, extremadamente proteica. En la filosofía, el arte o las ciencias ya no existe un único punto de vista desde el cual todo puede ser comprendido. Ya no existe un sistema de pensamiento que no parta del supuesto de que la realidad no se deja comprender de modo único, a partir de un solo elemento, en una sola dirección.

Todos los objetos que conocemos están dotados de cierta organización de elementos que interactúan, se ensamblan y articulan. El todo es la suma de las partes, pero en cada parte, como en un holograma, habita el todo (ejemplo, átomo de carbono). Tradicionalmente se ha entendido que la organización dependía del orden, pero ocurre que el todo tiene propiedades que no tienen las partes cuando están separadas; las cualidades que surgen cuando hay un todo son "emergencias". Las emergencias son características de los sistemas complejos que no son totalmente explicables sólo por el comportamiento de uno de sus componentes. El sistema es uno y no puede descomponerse en partes individuales que pretenda ser el sistema mismo. En el nivel superior de complejidad el sistema produce algo que en las partes individuales no existe. Entre las diversas relaciones que se dan entre los fenómenos existe también la de causa, pero no es la única que merece ser considerada. La emergencia, zona intermedia entre conceptualidad y causalidad (ejem-

plos: la gracia de Dios, el enamoramiento) comporta una perspectiva no reduccionista imposible de explicar con las categorías aristotélicas. No todo lo conocido lo es por concatenación de causas.

La EC disuelve la idea metafísica de "sustancia" como una totalidad estática; toda realidad de hecho es el tejido de las relaciones de sus componentes. Se revierte además la relación sujeto-objeto. El observador se introduce en el objeto y lo modifica (Bohr). Jamás se puede hablar del objeto independientemente del sujeto. No existe una distinción absoluta entre sujeto y objeto, sino una distinción instrumental. El sujeto observador queda implicado en lo que observa porque, en el mismo momento en que observa, se introduce en el sistema y lo modifica de algún modo. Las neurociencias contribuyen a cualificar a este sujeto explorando la relevancia de la esfera emotiva, o sea la estrecha conexión entre acción y emoción. Se ha descubierto que en nuestro cerebro se activan las mismas conexiones tanto cuando alguien cumple una acción intencional como cuando ve que la realiza otro. Se ha supera la distinción entre sujeto y objeto que se basaba en la objetividad del cuerpo respecto del yo.

Por ello es imposible racionalizar y engrillar en una categoría al ser humano. Las interacciones en el cerebro son mayores que las interacciones en el cosmos. La capacidad de entendimiento humano está integrada por dos fases: la magia, los mitos, los sueños, las fantasías conforma el pensamiento simbólico o mágico. La otra es la racional, pero: "La razón (observación, pensamiento, conocimiento) – cuyo punto más alto no coincide con el pensamiento- no es "causada por"; se instituye gracias a las dinámicas entre acción y emoción, entre actuar y ser actuado a través de los sentidos". No se aprende a hablar porque nos expliquen la gramática. "El término que a la luz de las neurociencias, sobre todo la neurofrenología, expresa la complejidad de tales dinámicas y relaciones, es sin duda, el cuerpo".

La EC ayuda a superar las dicotomías sujeto-objeto, cuerpo-mente, materia espíritu, naturaleza-cultura. Excluye el unitarismo, pero no el monismo: existe un solo mundo con una increíble variedad interna. No hay un mundo uniforme. El cuerpo humano no puede ser reducido a los demás aspectos físicos de la naturaleza. La cultura no es simplemente otra forma de la naturaleza, ni puede ser juzgada a partir de ella; es un sistema más complejo y, por lo tanto, una emergencia.

Al encarar el mundo del obrar humano, el Estagirita advierte que se trata de cosas que "pueden ser de otra manera", aun cuando lo fuere por naturaleza, ya que la naturaleza también es mutuante[54]. Y atribuía el desajuste entre la norma y los hechos, como se dijo supra, a la generalidad de la ley. Si el derecho versa sobre cosas "que pueden ser de otra manera", las normas que lo componen por definición también pueden ser de otra manera, pueden ser objeto de otra lectura, por más claras que se presenten. Santo Tomás abonó sabiamente el concepto de "sustancia", pero un uso no apropiado del mismo orientó a la dogmática jurídica a buscar en el concepto de derecho algo que fuere "por naturaleza", fijo e inmune a las peripecias del tiempo, con olvido de que el obrar humano no era objeto de la filosofía "contemplativa", sino "práctica" y, por ende, susceptible de cambio. Cierta interpretación dogmática del Aquinate sostiene que todo cambio de la forma produce un cambio de la sustancia, pero hoy se advierte que, si nos atenemos

54. Aristóteles, Etica Nicomaquea, op.cit. I, III.

al carácter dinámico de la realidad, bien puede darse un cambio de la forma sin que se altere la sustancia[55]. La filosofía del derecho comparativa dice A. Kaufmann, se esfuerza por descubrir principios universales; durante mucho tiempo vio esos principios en el "derecho natural", luego en los principios generales del derecho, pero Santo Tomás ya había sentenciado que *"Ordo non est substantia, sed relatio"*. El hombre no como puramente empírico ni como noumeno sino como persona es decir "el conjunto de relaciones en que se encuentra con los otros hombres y con las cosas". "El derecho no es una concordancia, no tiene carácter substancial, sino un carácter relacional; la totalidad del derecho no es, por ende, un conjunto de parágrafos no es una unidad de normas, sino una unidad de relaciones"[56]. Que el derecho sea un "orden" (orden jurídico) siempre se ha dicho, pero si el orden es una estructura de relaciones que interactúan entre los humanos y las cosas, un complejo de vínculos, tensiones y desligamentos, al decir de Hartmann, la propia naturaleza de la acción en cuanto proceso determina que se encuentren sujetas a las lábiles circunstancias de la realidad y, en consecuencia, los significados de las normas que las regulan no puedan ser fijados de una vez y para siempre. En tal sentido, Stuart Mill destacó que "la conducta no puede ser conformada de manera que no exija excepciones" y el citado Nicolai Hartmann que "el peso entero del problema ético recae sobre la situación, y ello de tal modo que ni un solo valor puede responder a todas las situaciones"[57].

No obstante, los esfuerzos de los juristas romanos en buscar la verdadera, no la aparente filosofía, lo que en todo tiempo y lugar sea de la misma manera, los "daimones" de la complejidad acompañan toda la historia de nuestro derecho. Mientras las doctrinas racionalistas y cientificistas aspiran a un conocimiento claro y distinto, impermeable a toda interpretación que no sea única, los juristas desconfían del peligro de las definiciones, ya que es claro que pueden ser alteradas; mientras los compiladores se esfuerzan en precisar el sentido de las palabras (De verborum *significatione*), Celso había aclarado que de todos modos saber derecho no se agota en las palabras sino "su fuerza y potestad"[58].

Desde este mirador, un atento observador no podría dejar de preguntar si, por más clara que pareciere ser una norma, la complejidad de la realidad a la que pretende regular no eclipsará su luciente brillo o, si para que pueda exhibirlo en plenitud no habrá que despejar cúmulos de nubes que ensombrecen la univocidad de las palabras.

¿Qué "significados" en la coyuntura tendrán los conceptos y palabras de la ley? ¿Qué acto del habla habrá realizado o de qué juego del lenguaje se habrá servido al legislar de esa manera? ¿Cuál ha sido el uso de su lenguaje? Cuando en Dig. L.XVII,1 se define lo que sea una *"regula"*, ¿es una descripción o una orden?; tendrá acaso una sanción coercitiva quien haga un uso defectuoso o la recite incorrectamente? ¿El caso que perfila la norma es típico y las palabras empleadas unívocas o, aplicadas en concreto, ingresan en zonas de penumbras e incertidumbre? ¿El factor tiempo, de cuya labilidad e influencia ninguna norma o lenguaje se sustraen, no habrá horadado al menos en parte su *"vis*

55. Stella Morra, *Dios no se cansa*. Agape Libros. Bs.As. 2019, cap.III, págs.53/71.

56. Santo Tomás, Summa Thelogiae. I,116,1. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Univ. Externado, Colombia, 1991, págs. 63, 383, 508, etc.

57. S. Mill, *Utilitarismo*, Aguilar, Bs.As. 1980, cap.II, pág.55. N. Hartmann, N, Introducción *a la Filosofía*. UNAM, México, 1991. Etica, B,4. *Etica*. Ed. Encuentro. Madrid 2001, I,6.

58. Dig. I,1,1, 11; III,17.; L. XVII.202.

ac potestas"? Estas y muchas otras inquisiciones de previo y especial pronunciamiento deberá hacerse quien hoy en día pretenda traducir lo que el legislador autor de aquella norma diría si *"hic et nunc"* en trance de tener que aplicarla. Si el derecho no es orden sino relación (*proportio hominis ad hominem*), la claridad no está fijada de una vez para siempre, sino que dependerá del entramado de relaciones al momento de su efectivización. Dice Robert Alexy, recordando a Karl Larenz, que ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas sean sólo un acto de subsunción lógica bajo premisas mayores abstractas[59]. Larenz se había preguntado si sería posible reconducir todos los juicios de la experiencia jurídica a meros juicios subsuntivos: "no lo creo", responde tajantemente[60]. Vimos supra igual postura en Gadamer.

Para concluir, valga recordar que Pierre Menard escribió partes del Quijote exactamente con las mismas palabras que utilizara Cervantes llevado por la inercia del lenguaje y la invención, pero no fue una tautología, ni una transcripción mecánica, ni una copia, ni una nueva obra. Las palabras literalmente eran iguales, pero no era lo mismo componer una obra a principios del siglo diecisiete que a principios del veinte: ya no decían lo mismo[61].

En atención a todo lo expuesto y seguramente otras mejores razones que estudiosos más lúcidos y preparados podrían aportar, no resultaría temerario propiciar una inversión del aforismo postulando que "donde la ley no distingue, el jurista debe distinguir para aplicarla correctamente".

Esta perspectiva no implica escepticismo o relativismo cultural. Ya hemos visto que trabajar con el desorden y la incertidumbre no implica hundirse en la perplejidad, sino afrontarla reciamente. Sea que el jurista busque lo universal y necesario en la labidad de las cosas y las acciones, sea que se atenga a su intrínseca complejidad, siempre estará con ansia al servicio de la "verdadera filosofía, no la aparente" teniendo como presupuesto la cognoscibilidad de lo real[62]. "La epistemología de la complejidad parte del presupuesto de que la realidad es multifactorial. Esto no significa que nada podrá ser ya comprendido por ser irresolublemente complicado. Significa más bien que no existe una única ley que valga siempre y del mismo modo, sino que hay que hay que tener en cuenta las múltiples variables, aceptando las mismas acciones, en sistemas diversos, producen efectos diferentes"[63].

Hay, no obstante, un *"modus in rebús"* et *"certi denique fines" (*Horacio). Una visión aristotélica, abonada por la famosa "navaja de Occam", señala que los entes no deben multiplicarse innecesariamente (*entia non sunt multiplicanda*). Mantener inalterables las normas o pretexto de claridad, conduce a la llamada "cosificación" del derecho por su inmovilidad y a la "abstracción" irrelevante por su alejamiento de la realidad. Considerarlas en perpetuo vaivén, conspira contra la *ratio* del derecho, que es la de brindar ciertas certezas al menos provisorias en el oleaje de los conflictos humanos. El jurista puede

59. R. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, op.cit, Introducción, pás.27.

60. K.Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, 1966, pág.229.

61. Jorge Luis Borges. Cuentos: *Pierre Menard autor del Quijote*. Obras Completas. Emecé Ed- Bs.As.1974, Tomo I, págs.444/50.

62. Dig, op.cit, I,1,1. J. J. Hessen, op.et loc.cit.

63. S. Morra, Stella, op.cit. Cap.VI, pág.113.

permanecer indefinidamente como el burro de Buridán, pero el juez por su propia función está como Edipo acorralado por la Esfinge: "Adivina o vencerás". En estos trances extremos, Paulus enseña: *"minime sunt mutanda, quae isonterpretationem certam semper habuerunt"*[64]. Poco debe ser cambiado lo que siempre tuvo una cierta interpretación. Y *"Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo"*. Si se trata de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es la mejor intérprete de las leyes[65]. Si hay una interpretación sostenida en el tiempo, esa "tradición hilativa" (Gadamer) merece ser mantenida y no ligeramente modificada "al conjuro de vientos exóticos que insuflan allende los mares", al rimbombante decir de unos de mis antiguos profesores. Tal es la misión de la jurisprudencia y la doctrina que distinguiendo y distinguiendo va alumbrando ciertas claridades necesarias en las penumbras de todo sistema jurídico.

64. Dig, op.cit,. I.III.23.

65. Dig: I-III, 37.

"No el concúbito, sino el consentimiento, constituye las nupcias" (D. 50, 17, 30)

Enrique Julián Mallo[1]

1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

Introducción

La presente ponencia busca indagar en qué medida la concepción del matrimonio romano a partir de la regla que establece que el consentimiento es el que constituye las nupcias, se encuentra presente en la legislación matrimonial argentina. En tal sentido, planteamos la hipótesis de que existe un notable acercamiento, con algunos matices, al modo de concebir el matrimonio que tenían los romanos, sobre todo a partir de la sanción del Código Civil y Comercial por la ley 26.994.

Consentimiento matrimonial

Sin perjuicio de que estamos todos contestes de que el matrimonio romano constituye una situación de hecho a la cual se le asignan consecuencias jurídicas, es razonable distinguir, siguiendo la elaboración del derecho canónico, dos sentidos o más bien dicho dos momentos diferentes del matrimonio.

En primer lugar, el matrimonio *in fieri* (en cuanto se hace) o también llamado *active sumptum* (tomado activamente) que es el acto por el cual se constituye o perfecciona el matrimonio. En las fuentes se encuentra claramente reflejado en la regla que da título a esta ponencia. Por otro lado, se concibe el matrimonio *in facto esse* (en cuanto está hecho) o también *passive sumptum* (tomado pasivamente) que alude al estado mismo de las personas casadas, es decir al efecto duradero del matrimonio[2]. En las fuentes, podemos inferirlo de D. 24. 1, 32, 13 cuando se dice que «el matrimonio no lo hace el coito, sino la afección marital». Es muy interesante traer a colación lo manifestado por algunas Conferencias Episcopales Africanas en el proceso previo a la sanción del Código de Derecho Canónico de 1983. Comentaban, sin perjuicio de que finalmente no quedó establecido de esa manera, que el consentimiento matrimonial en estos pueblos era considerado un evento progresivo, formando un todo dinámico y existencial que constituye el matrimonio[3].

En la primera parte de la Edad Media, la Iglesia mantuvo la doctrina del Derecho Romano en el sentido de que el consentimiento era la única causa eficiente del matrimonio.

A partir del s. XII, cuando ya la competencia legislativa de la Iglesia sobre el matrimonio era aceptada, se van a esbozar dos posturas diferentes.

En primer lugar, vamos a tener la de Graziano volcada en su Decreto. Este canonista distinguirá entre el *matrimonium initiatum,* consistente en el pacto consensual entre los cónyuges, pudiendo ser efectuado d*e præsenti* o *de futuro*; y por otro lado, el *matrimonium ratum* que surge del intercambio de la cópula carnal. Este último, por ser el único que representa la unión perfecta de Jesucristo y la Iglesia, sería indisoluble. La Escuela de Bologna seguirá esta tendencia planteando los posibles casos de disolución del matrimonio no consumado.

Por otro lado, Pedro Lombardo establecerá claramente, volviendo al criterio romano,

2. KAUFMANN, J. L., *Manual de la Cátedra de Teología y Derecho Canónico. Especialidad en Derecho de Familia. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata, La Plata, 1996, p. 76*

3. KAUFMANN, J. L., ob. cit., p. 115 y 116.

que la única causa eficiente del matrimonio es el consentimiento. Distinguirá entre el consentimiento *per verba de futuro* que sólo constituye una promesa de matrimonio y, por lo tanto, puede disolverse; y el consentimiento *per verba de præsenti* que es un verdadero matrimonio. Seguirá esta postura la Escuela Teológica de París.

En la época posterior, Inocencio III y Gregorio establecerán con claridad el principio «*consensus facit nuptias*» en un entendimiento que persiste hasta la actualidad (c. 1057). Los Profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca en su comentario al c. antes citado nos dicen «La única causa eficiente del matrimonio es el consentimiento de dos personas, es su elemento creador y, en consecuencia, tiene un carácter insustituible»[4]. No obstante, el papel de la *copula carnalis* no desaparece del todo[5], permaneciendo en la actualidad en la posibilidad establecida en el c. 1.142 del Código de Derecho Canónico en la llamada «dispensa de matrimonio rato y no consumado». Un ejemplo podría ser un caso en que exista imposibilidad de tener relaciones sexuales con la negativa de uno de los cónyuges de realizar tratamientos encaminados a una posible solución del problema.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico argentino, tanto el art. 14 de la ley 2.393, el art. 1 de la Convención sobre el Consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el Registro de Matrimonios (ley 18.444), el art. 172 del Código Civil (seg. ley 23.515) como el art. 406 del Código Civil y Comercial actualmente vigente, fijan el consentimiento matrimonial como requisito de existencia del matrimonio y por lo tanto su causa eficiente, siendo esta manifestación suficiente para hacer surgir el vínculo matrimonial, Adhiere, por ende, esta normativa a la distinción entre matrimonio-acto y matrimonio estado (que es generado por este consenso).

Divorcio

Todo acto o comportamiento que ponga de manifiesto la decisión de poner fin al *consortium* representa lo que en el Derecho Romano se llama divorcio.

Así, Gayo en D. 24, 2, 2, pr nos dice «Pero díjose divorcio, o por la diversidad de ánimo, o porque van a partes diversas los que disuelven el matrimonio». Seguidamente, Paulo, reforzando lo antedicho en D. 24, 2, 3, nos aclara qué no es divorcio «No es divorcio, sino el verdadero, que se hace con ánimo de constituir perpetua separación. Y así, cualquier cosa que se hace o se dice en el calor de la ira, no es válida, antes que por su perseverancia haya aparecido que fue resolución del ánimo; y por esto, habiéndose mandado por acaloramiento el repudio, si a poco volvió la mujer, no se considera que se divorció.»

Ya en el Principado, Augusto en la *Lex Iulia de adulteriis* determinó algunos requisitos formales para el divorcio unilateral (repudio, el cual debía ser declarado mediante un liberto del que se divorcia o de sus ascendientes en presencia de siete testigos. Dicha formalidad tenía el sentido de precisar el momento de la ruptura, para evitar la acusación de lenocinio y de fijar el comienzo del plazo para iniciar proceso por adulterio. Su

4. PROFESORES DE DERECHO CANÓNICO DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada,* Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Burgos, 1995, p. 505.

5. KAUFMANN, J. L., ob. cit., p 113 y 114.

inobservancia no acarreaba la anulación del divorcio, por lo que podemos concluir, al respecto, que nos encontramos frente a una ley imperfecta.

El divorcio era libre y no era necesario expresar la causa. Esto no quería decir que un divorcio gravemente inmotivado, pudiera ser objeto de reproche por parte del censor.[6]

En el período del denominado Derecho Romano Cristiano, no obstante, la doctrina pacífica de los Padres de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio, la vigencia del divorcio continuó. Lo que sí sucedió es que se establecieron sanciones económicas y aún personales para los supuestos de divorcio unilateral incausado (por ej.: Nov. 134, 11 y Nov. 117,13).[7]

En lo que se refiere al Derecho Canónico, es clara la postura de afirmar la indisolubilidad del matrimonio, tanto antes como después del Concilio de Trento. Con la aclaración, como planteáramos en el capítulo anterior, que esto puede predicarse del matrimonio rato y consumado, pudiendo llegarse a una dispensa que desemboque en una disolución en el matrimonio rato y no consumado.

En el protestantismo es pacífica la posibilidad de poner fin al matrimonio por divorcio, anticipando las regulaciones posteriores a la Revolución Francesa que considerarán al matrimonio desde una perspectiva contractualista

Creemos que, de manera similar a lo que sucedió en el Bajo Imperio, lo que va a hacer el legislador es presentar o crear un contexto que desaliente que los cónyuges soliciten el divorcio o la separación de cuerpos, según lo permita cada ordenamiento, por las complicadas consecuencias económicas y personales que ello podía acarrear; sobre todo en lo que se refiere a las causas culpables de divorcio o separación.

Entendemos que, analizando la naturaleza del matrimonio, surge claramente su carácter de institución, y no de contrato. Sin perjuicio, del importantísimo e indisimulable papel de la voluntad de los cónyuges, vislumbramos naturalmente al *tripartitum bonum* agustino del matrimonio, indicándonos el camino a seguir en cada ordenamiento. El *bonum prolis* nos mandará no dejar desprotegidos a los hijos. El *bonum fidei,* al consagrar la unidad, implica que, tanto en la separación como en el divorcio, no puede dejarse en el olvido al otro cónyuge, y debe permitirse proseguir su camino en una condición equitativa. Por último, el *bonum sacramenti,* que se refiere a la indisolubilidad, más allá de su explícita consagración en los regímenes de separación de cuerpos, también proyecta sus ecos en los supuestos de divorcio. La invocación a la equidad que hiciéramos hace un momento, implica que por causa u ocasión del quiebre del matrimonio, ninguno de los divorciados puede quedar dañado personal y económicamente. Es como si ese consentimiento matrimonial, dejara un rastro después del divorcio, aunque el *consortium,* ya no exista.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos aplicar las consideraciones previas, al régimen de la ley 2.393 y al del Código Civil con la ley 23.515.

6. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano.,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, T. I, p. 348.

7. DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3° ed., 2009, p 327 y ss.

Conclusión

Ya terminando, creemos necesario, antes de plantear la conclusión, presentar cuál es la situación en el Código Civil y Comercial vigente. Con el antecedente del art. 86 del Código Civil Español, el art. 437 establece que «El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges», no estableciendo ningún plazo de espera (apartándose del art. 81 del Cód. Civ. Español que establece el de tres meses). Pareciera, entonces, que volvemos a lo expresado por Gayo en D. 24, 2, 3; los cónyuges disolverán el matrimonio por diversidad de ánimo o porque van a partes diversas los que disuelven el matrimonio. Y enseguida, el art. 438 estatuye que «Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.» Más allá de que, en caso de desacuerdo en la propuesta, tenga que determinar su alcance el juez, tenemos al *tripartitum bonum matrimonii* alertándonos nuevamente, sobre todo teniendo en cuenta que, dicha propuesta deberá referirse a la eventual fijación de una compensación económica para el cónyuge que resulte perjudicado por el quiebre matrimonial y la atribución de la vivienda.

Creemos entonces que se observa en nuestra legislación una vuelta a muchos elementos del matrimonio romano, partiendo de un consentimiento inicial *in fieri,* que posteriormente se sigue construyendo *in facto esse,* y que después del eventual quiebre matrimonial, pretende no olvidar a quienes hasta ese momento formaron parte de este *consortium*.

Nada nuevo bajo el sol.

“Mater semper certa est” : consideraciones actuales respecto de su vigencia

Adriana Beatriz Martinuz [1]

Anabella Facciuto Kaed [2]

1. Abogada. Profesora de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la carrera de Abogacía. Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad del Salvador en la carrera de Abogacía y en el Programa Integrado de Doble Titulación Franco-Argentino en Abogacía USAL-Université Paris I Pantheón –Sorbonne. Es miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

2. Abogada. Es Asesora Legal en la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud de la Nación. Profesora de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la carrera de Abogacía. Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad del Salvador en la carrera de Abogacía y en el Programa Integrado de Doble Titulación Franco-Argentino en Abogacía USAL-Université Paris I Pantheón –Sorbonne. Profesora de Principios Generales del Derecho Privado en el Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora de Legislación Profesional en la Facultad de Ingeniería y Ciencias Agrarias de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Es miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.

El principio "mater semper certa est" en el Derecho Romano

Paulo en D 2.4.5 establece dos principios fundamentales en materia de filiación, el primero de ellos, *mater semper certa est*, el segundo *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*

"Paulo, Comentarios al Edicto, libro IV.- porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias."

El principio *mater certa est* se refiere al hecho natural de la gestación y del parto. Por lo tanto, la mujer que gesta y da a luz un niño es madre a los efectos jurídicos.

En cambio, el padre se lo tiene por *certus* si existe un matrimonio legítimo, por lo que el hijo legítimo es aquel procreado en justas nupcias por individuo varón de la familia sea éste *pater* o *filius*.

Para determinar si el hijo fue concebido dentro de las justas nupcias se tendrán en cuenta los plazos máximos y mínimos de embarazo, esto es 300 días y 180 respectivamente. (Ulpiano en D 38.16.3.11y 12).

De esta forma, el nacido de justas nupcias se somete a la patria potestad del padre si es *sui iuris,* y en caso de que el padre fuera *alieni iuris* queda sometido a la patria potestad del padre de aquel. "La incorporación de los nacidos en la familia se hacía depender de la voluntad del *pater familias*, que se manifestaba en una ceremonia conocida como *tollere liberos*, en la que el recién nacido era colocado en el umbral de la casa paterna por las mujeres que atendían a la madre. El *pater familias*, recogiéndolo del suelo, lo introducía en la *domus* ("la casa") como signo de la aceptación en el seno de la familia"[3].

Por lo tanto, el *pater* podía negarse a admitir al hijo recién nacido por medio de esta institución.

Por el senadoconsulto Plancianum del siglo I d. C. se determinó el reconocimiento forzado del hijo legítimo si la mujer divorciada le hubiere hecho saber a su exmarido el embarazo dentro de los treinta días contados a partir de la separación por divorcio. Asimismo, por un senadoconsulto de época de Adriano, se extiende este procedimiento a los hijos que nacen durante el matrimonio pero que el esposo rechaza como suyos.

Pero si no existen justas nupcias el hijo seguirá la condición de la madre por el principio *mater sempre certa est* .

De ello tenemos varios ejemplos:

Así en los casos de esclavitud, el hijo de madre esclava nacerá esclavo sin importar la condición del padre, ya que como los esclavos no pueden celebrar justas nupcias, no puede aplicarse la presunción de certeza sobre el padre.

En épocas antiguas se tomó en cuenta la situación de la madre al momento del nacimiento, luego, el emperador Adriano contempla el caso de la mujer que concibe siendo libre, pero en el momento del alumbramiento es esclava, dispuso que el hijo naciera libre. Principio del favor libertatis.

Este principio es tomado por la jurisprudencia clásica, se dispuso que el hijo naciera libre, si la madre lo hubiera sido en algunos de los momentos comprendidos entre la concepción y el parto D1.5.5.3 (Marciano).

También, respecto a la ciudadanía, se contempla la situación de la madre, sin impor-

3. Rascon Garcia, C., *Manual de Derecho Romano,* Tecnos S.A., Madrid, 1996, p. 99.

tar la del padre, en caso de no existir entre ambos justas nupcias.

Por lo que el hijo de una madre romana era ciudadano desde el momento del parto (Gayo 1.89. Ulp 5, 10).

Hacia fines de la República, por la ley Minicia (de fecha desconocida anterior al 90 AC), se estableció que el hijo habido de una ciudadana romana y un latino o un extranjero seguía la condición del padre. Esta ley fue derogada por un senadoconsulto de Adriano (Gayo 1.,78/ Ulpiano 5.8).

La cesión de vientre en Roma

Conforme a una práctica social, los romanos acostumbraban a cederse a sus mujeres en el momento que estas estaban embarazadas. En tal sentido, el caso más emblemático, acaecido en la época republicana, es la historia de Catón, Marcia y Hortensia. Episodio narrado por Plutarco en Catón el menor XXV.

Brevemente narremos los hechos: Catón el Joven se encontraba unido en matrimonio con Marcia. Hortensio, amigo de Catón, no tenía hijos. Era tal la admiración de Hortensio hacia Catón que deseaba no sólo ser amigo sino convertirse en su pariente, es así que en un principio solicita a Catón que le entregue en matrimonio a su hija Porcia, aunque esta estaba casada con Bíbulo. Y Hortensio prometió a Catón que una vez que Porcia le diera un hijo la devolvería a su marido. Plutarco señala que Hortensio esgrimió el siguiente argumento: si Porcia le hubiese dado un hijo "comunicándose las sucesiones entre los varones aventajados, la virtud se extendería más, pasando a los hijos, y la república se fortificaría por medio de las multiplicadas afinidades; y si Bíbulo estaba tan bien hallado con su mujer, él se la restituiría después de haber parido, cuando ya se hubiese hecho una cosa más propia con el mismo Bíbulo y con Catón por la comunión de los hijos".

Pero Catón rechaza la propuesta de Hortensio. Por lo que Hortensio solicita a su amigo Catón que le cediese a su esposa Marcia, que era lo bastante joven para darle hijos y que ya había dado prueba de su fertilidad al haber dado dos hijos a Catón.

Catón consulta con su suegro quién se mostró de acuerdo. Marcia después de divorciarse de Catón se casó con Hortensio y le dio dos hijos. Cuando Hortensio muere dejándola viuda y rica, Marcia volvió a casarse con Catón. Lo que debemos destacar en esta historia es que en el momento en que Marcia fue cedida a Hortensio, estaba ya embarazada de Catón.

Existen otros ejemplos de cesión de mujeres que se encontraban embarazadas, así el caso de Emilia, que estaba ya embarazada cuando en el año 81 a.C. fue obligada a divorciarse del marido (por Sila) y a casarse con Gneo Pompeyo.

El caso más famoso es el de Livia, casada con Tiberio Claudio Nerón, estaba embarazada cuando Octavio hizo que su marido se la cediera.

Conforme señala Cantarella, los romanos se cedían unos a otros en calidad de esposas a las mujeres fértiles. En Roma había una estrategia reproductiva que conciliaba planificación familiar y planificación ciudadana.

En tal sentido, Plutarco señala "por naturaleza era honesto y político que una mujer en buena y robusta edad no tuviese su fertilidad ociosa dejándola apagarse, ni tampoco diese a luz más hijos de los que convenían, atropellando y empobreciendo con el número al

que ya no los había menester".

En el Digesto encontramos varios casos en los que se tiene en cuenta la función reproductora de la mujer: D 22.1.48 Ulpiano "Un marido legó a su mujer el usufructo de la tercera parte, y cuando hubiese tenido hijos la propiedad".

Pomponio en D 24.3.1 establece "...es necesario que las mujeres estén dotadas para que procreen y llenen de hijos la ciudad".

En D 35,1,25 Juliano da cuenta del caso del marido que condiciona la herencia de la viuda a que diera hijos a su nuevo esposo.

Como si las mujeres con capacidad para engendrar constituyesen una especie protegida, el derecho se preocupaba de que pudiesen ejercer su función cívica; y al parecer, las mujeres romanas aceptaban de buen grado formar parte de esa especie. Hasta el punto de que cuando no se encontraban en condiciones de desarrollar su tarea, consideraban normal que otra, que sí estaba en condiciones de desarrollarla, la sustituyera.[4]

Una matrona romana debía traer ciudadanos al mundo, y si no estaba en condiciones de hacerlo, podía ser repudiada y sustituida por una mujer fértil.

Recordemos que unos de los primeros divorcios fue el de Spurio Carvilio Ruga, quien repudió a su mujer por causa de su esterilidad, así lo sostiene Aulo Gelio. "Este Carvilio según la tradición tenía por la mujer que repudió un afecto extraordinario y muchísimo la amaba a causa de su temperamento, pero prevaleció el respeto al juramento, sobre el afecto y el amor, por cuanto los censores lo habían obligado a jurar de tomar mujer para tener hijos." (4,3,2).

En el mismo sentido encontramos el caso de Turia, una matrona ejemplar (época augustea), que no había podido darle un hijo a su marido. Perdida toda esperanza de darle descendencia, le propuso el divorcio, y ofreció que la sustituyera por otra mujer que le procurara hijos, afirmando que compartiría los hijos que tuviese como si fueran suyos. Propuesta que no fue aceptada por su marido. Este caso, según señala Cantarella, responde a la misma lógica que explica la historia de Marcia, la lógica según la cual a una mujer fértil se la hacía circular, por llamarlo así de tal manera que su capacidad reproductiva fuese utilizada del modo más racional; por regla general, cuando ya era *venter*.[5]

Con el término *venter* se hacer referencia tanto a la mujer embarazada como al feto, el marido ejercía un poder absoluto sobre ambos y el derecho articuló los mecanismos necesarios para que lo ejerciera aún después del divorcio y de la muerte.

Así, vemos que se nombraba un *curator ventris* para impedir que la mujer aborte y también se tomaban las precauciones necesarias para evitar que la mujer finja un embarazo y sustituya a un recién nacido.

Por el SC Planciano, probablemente de época de Vespasiano, se dispuso que la mujer puede, en un plazo de treinta días desde su divorcio, anunciar a su exmarido su embarazo, con el objeto de conseguir de este último una rápida manifestación de aceptación o rechazo de la paternidad. El exmarido debía, entonces, enviar *custodes* con el objeto de que confirmara la situación de embarazo de la mujer, o bien rechazar la paternidad. En caso de no escoger ninguna de estas opciones, se le obliga a reconocer al hijo y a la

4. CANTARELLA, Eva. *Mujeres romanos de Tácita a Sulpicia*. Ediciones Cátedra Universidad de Valencia Instituto de la Mujer 1997.

5. Cantarella , Eva Ob Cita pag 156.

prestación de alimentos (D. 25, 3, pr.-1). Otro senadoconsulto posterior a la época de Adriano introdujo una norma similar para el caso que el parto se hubiese dado durante el matrimonio (Ulpiano D. 25.3.3.1). La preocupación del legislador se centraba en no malograr el nacimiento de hijos legítimos. Pero, además, como ya hemos manifestado, se pretendía evitar la suposición del parto.

En D. 25, 4, intitulado: "De la inspección del vientre y de la custodia del Parto", se establecen las precauciones que se deben tomar durante el embarazo para asegurar el nacimiento.

D. 25, 4, 1, 10 (Ulpiano, comentarios al edicto libro 24) se refiere al caso de las viudas. El edicto del pretor establece que después de la muerte del marido, una mujer que decía estar embarazada debía darlo a conocer en el mes siguiente a la muerte a quienes tienen derecho o a sus representantes, para que estos puedan enviar (si así lo desean) dos veces al mes a que inspeccionasen el vientre. La mujer se instalará en casa de una mujer honesta, que elegirá el pretor. Llegado el momento del parto se describe con todo detalle las medidas a tomar para evitar la simulación del nacimiento o el cambio del hijo a nacer.

De todo ello podemos apreciar el carácter publicístico de la tutela del poder del marido sobre el *vente*r , revelado por la intervención del pretor en el curso del embarazo.

Para poder entender esta costumbre de cesión de la mujer embarazada, debemos tener la visión del matrimonio romano como un acuerdo-alianza entre dos familias, acuerdo que se efectúa por diversas razones (políticas, económicas, sociales), y también por el deber cívico de organizar, una ordenada y racional reproducción de los grupos familiares (Cantarella):

"sólo desde esta óptica puede comprenderse por qué, si se planteaba la situación, los maridos, como buenos ciudadanos, podían tomar la decisión de ceder a sus esposas cuando éstas eran *ventres*: úteros colmados, en definitiva, prestos a entregar un hijo a aquél a quien como *ventres* eran cedidas de acuerdo con una práctica que para los maridos (el cedente y el cesionario) comportaba dos ventajas adicionales. Como el cesionario era normalmente un amigo o un aliado político, la cesión del *venter*- gracias a la comunidad del hijos- conseguía además la finalidad de consolidar las relaciones de amistad y de alianza política entre dos familias. y a su vez, las alianzas familiares consolidaban el estado..." [6]

Conforme señala Cantarella, a falta de más sofisticadas tecnologías, los romanos habían inventado una práctica que permitía alcanzar los resultados que hoy se alcanzan con los úteros de alquiler, cuando consideraban útero a la misma mujer embarazada.

Análisis del principio a la luz del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 19, regula el comienzo de la existencia de la persona humana a partir de la concepción, dejando la regulación de las técnicas de reproducción asistida para una futura ley especial.

Cabe destacar que, respecto del comienzo de la existencia de la persona humana,

6. CANTARELLA, Eva. *Mujeres romanos de Tácita a Sulpicia*. Ediciones Cátedra Universidad de Valencia Instituto de la Mujer 1997, pág. 159.

cuando se trata de TRHA, ocurre cuando el embrión in vitro es implantado en la persona, esto es sostenido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En relación con este tema, debemos recordar que el Código Velezano fijaba en su artículo 70 el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno.

En la actualidad, si la fecundación ha ocurrido de manera natural -no por fecundación in vitro- el artículo 20 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un plazo dentro del cual se presume la concepción, fijando un máximo de 300 días y un mínimo de 180 días de duración del embarazo. Este plazo se contará desde el nacimiento hacia el pasado. La presunción prevista por este artículo admite prueba en contrario.

En el mismo orden de ideas, por el artículo 21 in fine del CCCN se establece la presunción del nacimiento con vida de la persona por nacer. En consonancia con lo dicho, el citado artículo expresa:

"Artículo 21. Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".[7]

Asimismo, por el artículo referido surge la condición jurídica de la persona por nacer ya que de la lectura del primer párrafo se desprende que las personas por nacer son capaces de adquirir derechos por donación, herencia, legado, créditos por alimentos, etc.

Así las cosas, la persona por nacer va a ejercer sus derechos por intermedio de sus padres, conforme surge de los artículos 100 y 101 inciso a) del CCCN.

1. Las fuentes de la filiación y los efectos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación. De la lectura del artículo 558 del CCCN[8] surge que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Por lo expuesto, los supuestos de filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. De lo dicho, se desprende que el Código Civil y Comercial de la Nación ha considerado como una tercera fuente de filiación a las TRHA en donde cobra protagonismo la voluntad procreacional por encima de la determinación fundada en el criterio biológico.

2. Determinación de la maternidad en la filiación natural. En el artículo 565 del CCCN se encuentra receptado el principio general relativo a la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza. En relación a lo expuesto, el artículo citado expresa:

"Artículo 565. Principio General. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de

7. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

8. "Artículo 558CCCN. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

salud si corresponde, que atendió el parte de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge…"

De lo transcripto, se colige que en los casos de filiación por naturaleza con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido la maternidad queda establecida, de la cual quedará constancia mediante la inscripción por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por su parte, el artículo 566 CCCN respecto de los hijos habidos dentro del matrimonio establece que "excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte".

Cabe poner de resalto que la presunción del artículo arriba citado no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre. [9]

Llama particular atención cómo es la determinación de la filiación en los casos de las TRHA y, dentro de las mismas, aquellos casos de gestación por sustitución, dado que la misma aún no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Por lo dicho, antes de adentrarnos en el tema de la gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia nacional, veremos acerca de las reglas generales a la filiación por técnicas de reproducción asistida previstas en el CCCN.

De manera preliminar, ha de recordarse que la Ley N° 26.862 del año 2013 garantiza el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, conforme surge de su artículo 1°.

3. Reglas generales a la filiación por técnicas de reproducción asistida en el CCCN.

Como dijéramos anteriormente, el Código Civil y Comercial de la Nación no reguló el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Lo que hallamos receptado en el CCCN es el tratamiento de las reglas[10] generales referidas a la filiación por técnicas de reproducción asistida, las cuales las encontramos en los artículos 560 al 564 CCCN -inclusive-. Estas reglas consisten en:

El fundamento estriba en la voluntad procreacional a los fines de la determinación de la filiación (conforme artículo 562[11]). Esto se produce con independencia de si el material

9. Tribunal Juzgado Nº 19 Secretaría Nº 37. Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Partes: "Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otros contra GCBA y otros sobre amparo". EXP A37252-2018-0. Fecha: 9-11-2018. Disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2019/01/FA.-NAC.-JUZ.-CONT.-ADM-Y-TRIB.-TRHA-Determinaci%C3%B3n-de-la-filiaci%C3%B3n-Pr%C3%A1ctica-casera.-.pdf (última consulta realizada el día 8 de abril de 2022).

10. BERENGUER, M.C., CERINI, S.M. y BAEZ, M.F., *Elementos básicos del derecho civil. Conforme al Código vigente,* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial EDUCA, 2018, p.38.

11. Artículo 562 CCCN. Voluntad procreacional. "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

genético corresponde a las personas que tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos.

El consentimiento informado previo de aquellas personas que desean someterse a las técnicas de reproducción humana asistida es requisito fundamental (conforme los artículos 560 y 561 CCCN). Dicho consentimiento se deberá protocolizar ante escribano público o certificado por autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

El derecho a la información[12] de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida (artículos 563 y 564 CCCN): Estas personas pueden recabar información vinculada a los datos médicos del donante cuando esto resulte importante para su salud o conocer la identidad del donante por razones fundadas, evaluadas éstas por la autoridad judicial.

4. La gestación por sustitución en la Legislación Argentina.

El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial que fuera presentado por ante el Congreso de la Nación en el año 2012, contemplaba en su articulado la técnica llamada gestación por sustitución en su artículo 562.

El artículo que fuera eliminado por la Comisión Bicameral, criterio luego revalidado por el Senado, disponía lo siguiente:

"Artículo 562[13] Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e) la gestante no ha aportado sus gametos;

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;

12. Artículo 563 CCCN. Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. "La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento". Artículo 564 CCCN. Contenido de la información. "A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local".

13. GONZÁLEZ, A., MELÓN, P. y NOTRICA, F.; *"La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada"*, p. 2, en http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod (última consulta realizada el día 7 de diciembre de 2021).

h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a una transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

5. Consecuencias de la falta de regulación de la gestación por sustitución en la República Argentina.

Como consecuencia de la falta de regulación de la gestación por sustitución se han presentado y se presentan ante la justicia casos relacionados con la incertidumbre en que se hallan inmersos los progenitores de los nacidos a los fines de determinar la filiación de sus hijos.

Por lo expuesto, ante el vacío legal en relación con el tema en estudio, los llamados "comitentes" están obligados a presentarse a la justicia con el objeto de que se determine la filiación del niño que nace dado que tanto el código velezano como el Código Civil y Comercial de la Nación establecen que la madre del niño es la que da a luz, determinándose la maternidad respecto de la gestante.[14]

De la lectura de sendos precedentes jurisprudenciales, encontramos que las presentaciones llevadas a cabo por los comitentes consisten en[15]:

I) Supuestos en los cuales el niño/a ha nacido. En estos casos se han presentado: impugnaciones de la maternidad; solicitudes de inscripción registral, etc.

II) Supuestos en los cuales se solicita la autorización judicial con carácter previo a la implantación del embrión.

III) Supuestos de solicitud de autorización judicial con carácter previo al parto.

6. Jurisprudencia nacional.

El primer caso que se presentó por ante la justicia nacional tuvo lugar en el año 2013. Ese año, se decidió sobre un caso de gestación de sustitución llevado a cabo en la Ciudad de Buenos Aires. Por aquel entonces, se autorizó la inscripción como hija de los comitentes de una niña gestada en un vientre prestado. Se trataba de un matrimonio heterosexual donde la mujer presentaba dificultades para concebir.

La justicia autorizó la inscripción requerida basando su postura en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial.

I) Distintos casos jurisprudenciales referidos a la gestación por sustitución.

La obra social debe afiliar provisoriamente a los recién nacidos por gestación por

14. NOTRICA, F., *"La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional"*, p. 1, en https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional (última consulta realizada el día 3 de noviembre de 2021).

15. NOTRICA, F., *"La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional"*, p.p. 1-4, en https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional (última consulta realizada el día 3 de noviembre de 2021).

sustitución siendo que sus progenitores revisten la condición de afiliados.[16]

Sumario

1.-Corresponde ordenar con carácter cautelar a la Obra Social que, en el término de cuarenta y ocho horas de notificada, proceda a afiliar provisoriamente a los menores de edad recién nacidos hijos de los amparistas nacidos por gestación por sustitución, y brindarles cobertura del 100% a su cargo de la internación en una unidad de terapia intensiva neonatal, por cuanto se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho debido a que de la prueba arrimada surge que los amparistas son afiliados a la demandada y que conforme los certificados de nacimiento y partidas de nacimientos, los niños son hijos del matrimonio y el médico tratante ha prescripto que deben quedar internados en la unidad de cuidado neonatales debido a su estado de salud.

Se ordena a la obra social que cubra íntegramente la técnica de reproducción asistida de alta complejidad a una gestante solidaria que 'prestará' su vientre a los actores, quienes son una pareja amiga de ella, constituida por personas del mismo sexo.

Sumario

1.-Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenar a la obra social que brinde a los amparistas la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con ovodonación proveniente de banco y gametos masculinos aportados por uno de los accionantes, la criopreservación de embriones, la transferencia embrionaria en el cuerpo de la gestante solidaria, todo ello bajo cumplimiento y respeto con lo normado en la Ley nacional N° 26.862 y su Dec. reglamentario N° 956/2013 pues negar la cobertura de tal técnica a los actores del mismo sexo representaría un acto discriminatorio en razón del sexo.[17]

Se autoriza la gestación por sustitución entre los F (pareja conviviente del mismo sexo) y la madre gestante, pues la ausencia de la práctica en la redacción del nuevo CCivCom. no puede interpretarse como la prohibición de realizarla.[18]

16. Partes: S. N. A. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ prestaciones médicas. Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Sala/Juzgado: A
Fecha: 8-jul-2021 Cita: MJ-JU-M-133336-AR | MJJ133336 | MJJ133336.

17. Tribunal: Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: VI. Fecha: 22-jun-2021 Cita: MJ-JU-M-132962-AR MJJ132962 | MJJ132962

18. Partes: R. L. A. y otros s/ sumaria. Tribunal: Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María
Fecha: 21-may-2020. Cita: MJ-JU-M-126330-AR | MJJ126330 | MJJ126330.

Sumario

1.-Corresponde autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre los comitentes (padres intencionales) y la gestante, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante nombrada, debiendo todos prestar su consentimiento ante el centro de salud elegido en los términos de los arts. 560 y 561 del CCivCom.

2.-Cabe declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCivCom. para el caso de gestación por sustitución y, en consecuencia, ante el vacío legislativo: a) ordenar que el niño/a nacido de la práctica autorizada sea inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo, como hijo de los comitentes, debiendo efectuarse la inscripción en el Registro de conformidad a lo normado por el 559 del CCivCom.; asimismo, el niño/a nacido/a de la práctica autorizada no tendrá vínculo jurídico con la gestante, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

3.-Si bien en el anteproyecto de CCivCom. la técnica de gestación subrogada no fue aprobada, esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia, la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento.

4.-La gestación subrogada es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en Argentina, y no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero (el llamado 'turismo reproductivo') y luego obtener el reconocimiento por la vía del art. 2634 CCivCom., lo que no luce contemplativo de los derechos de aquellos que no cuentan con los recursos económicos para proceder de esa manera.

5.- Fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo, planificación que va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener.

6.-Limitar la gestación subrogada por la orientación sexual resulta a todas luces discriminatorio de los derechos fundamentales, y la posibilidad de acceder a las TRHA por parejas del mismo sexo está expresamente contemplada por la Ley 26.862 y en su Dec. reglamentario 956/2013.

7.-No puede afirmarse razonablemente que el CCivCom. prohíbe a las parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones tener hijos biológicos, porque la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación.

Homologación judicial de convenio sobre gestación por sustitución[19]

En el mes de septiembre 2021, el Juzgado de Familia N° 2 de Córdoba procedió a homologar un convenio sobre "gestión por sustitución".

El mismo fue celebrado entre un matrimonio compuesto por dos mujeres (comitentes) y una amiga de ambas (gestante).

En dicho caso, la justicia cordobesa además de proceder a autorizar el proceso, ordenó que el niño/a nacido mediante dicha práctica sea inscripto como hijo de los comitentes, sin establecer vínculo jurídico alguno con la gestante.

En este caso, se dieron las siguientes circunstancias:

Ninguna de las integrantes de la pareja podía llevar adelante el embarazo.

La gestante que se ofreció como voluntaria ya era madre de cuatro niños.

La existencia de voluntad procreacional por parte de los comitentes.

Para fundar su decisión, la justicia cordobesa tuvo en cuenta lo prescripto por el artículo 19 de la Constitución Nacional "Todo lo que no está prohibido está permitido".

Asimismo, el juzgador tuvo en cuenta al momento de homologar el convenio que los intereses de todos (los comitentes, la gestante, el niño/a) se encontraran resguardados.

Sumario

1.-Corresponde homologar el convenio celebrado entre las partes, autorizar la realización de la técnica reproducción humana asistida de gestación por sustitución, y declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto, dejando determinado el niño o niña que haya de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada sea legalmente inscripto como hijo o hija de la pareja comitente desde el mismo instante del nacimiento, toda vez que la norma resulta contraria a los derechos humanos de jerarquía constitucional, pues impide a quien no pueda gestar acceder a las TRHA con la finalidad de ser madre o padre, importando un evidente trato desigual y discriminatorio, violando su derecho a formar una familia a través del proyecto de vida libremente elegido, o posible, su derecho a intentar procrear, contra su dignidad personal, su intimidad, su derecho a la autodeterminación y su libertad sexual y reproductiva, impide a quien no pueda gestar acceder, en condiciones de igualdad, a los avances científicos en la materia.[20]

19. https://www.erreius.com/opinion/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/573/homologan-convenio-sobre-gestacion-por-sustitucion (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2021).

20. N.M.E., L.M.D. y N.M.C s/ autorización judicial.SENTENCIA 15 de octubre de 2021 JUZGADO DE FAMILIA. SAN JUAN, SAN JUAN Magistrados: Esteban De la Torre Id SAIJ: FA21289002

Conclusiones finales

El principio establecido por Paulo, *mater semper certa est*, supone que la maternidad está dada por el hecho fisiológico del embarazo y su posterior alumbramiento. Por lo que cabe afirmar en virtud del mismo que madre hay una sola y es aquella que es la gestante.

Si bien, como hemos visto, en Roma existieron casos de cesión de vientres dicha cesión no estuvo regulada por el Derecho Romano y sus fines responden principalmente a intereses políticos y ciudadanos y al establecimiento de alianzas entre las familias más destacadas.

En la actualidad, el principio estudiado parece romperse ante la aparición y puesta en práctica de las TRHA y los distintos supuestos de maternidades (entre estas el caso de la gestación por sustitución).

Si bien de la lectura de nuestro actual CCCN, en su artículo 562, surge expresamente que la madre es la gestante (ratificando el principio *mater semper certa est*) ante la existencia cada vez más frecuente de casos de gestación por sustitución, los tribunales argentinos se ven obligados a fallar sobre el particular.

La inexistencia de una legislación especial sobre la materia da lugar a que se deba recurrir a la instancia judicial a los fines de establecer la relación filial entre el niño o niña y los comitentes, dejando a un lado la presunción prevista en el citado artículo 562.

Bibliografía

Berenguer, M. C.; Cerini, S. M.; Báez, M. F. (2018). *Elementos básicos del derecho civil : conforme al código vigente*. Buenos Aires : EDUCA.

Cantarella, E. (1997). *Pasado próximo mujeres romanas de tácita a sulpicia*. Madrid : Ediciones Cátedra S.A.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

González, A.; Melón, P.; Notrica, F. (2021). *La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*. URL: http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod

López Gueto, A. (2018). *El Derecho Romano en femenino singular historias de mujeres*. Madrid : Tecnos.

Notrica, F. (2021). *La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional*. URL: https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional

Rascon García, C. (1996). *Manual de Derecho Romano*. Madrid : Tecnos.

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

Andrea Silvana Mederos[1]

1. Profesora de Derecho Romano, Universidad de Buenos Aires - Universidad Abierta Interamericana.

Introducción

Este breve trabajo pretende dar una aproximación a un tema que preocupa a los juristas de hoy en día, la pervivencia de los aforismos jurídicos, el uso del latín jurídico y la subsistencia de los principios de Derecho Romano, en este caso, en los fundamentos de una ley en particular.

El tema a tratar no es la recepción de un aforismo en nuestra normativa, sino el camino inverso, qué preceptos jurídicos latinos encontramos en la ley 26.743, sobre la que me encuentro trabajando hace tiempo. En esta norma, conocida popularmente como la ley de identidad de género, no encontramos preceptos latinos. Por lo que me pareció pertinente buscar en sus fundamentos la existencia de aforismos, indagar sobre los principios jurídicos que puedan haber tenido incidencia en esta norma, aquellos que la inspiraron o que se puedan encontrar velados tras un lenguaje simple y coloquial.

La ley 26.743 del 2012 reconoce la identidad de género según la autopercepción del solicitante, permitiendo el cambio de género registral a pedido de parte, sin más requisitos. Esta norma fue realmente innovadora en su momento ya que abordó el tema de una forma diferente, marcando un precedente a nivel mundial. La legislación argentina ha sido la primera en otorgar el cambio de género con el único requisito de la autopercepción, es decir, con el mero pedido de la parte interesada. En estos tiempos, la norma resulta insuficiente y requiere de algunas modificaciones, en el 2021 nos encontramos ya hablando de categorías no binarias, excediendo lo planteado por la ley.

Se ha analizado como fuentes de la ley a los antecedentes legislativos de otras regiones, los fallos judiciales precedentes y los debates parlamentarios previos a la sanción de la misma. En cuanto al derecho comparado, debido a que la ley de Identidad de género de Argentina ha sido vanguardista en la forma de tratar la temática, y además ha sido una de las primeras leyes de este tipo, el derecho de otros territorios no fue una fuente jurídica relevante para la misma. Se encuentran entre los antecedentes de esta norma algunos fallos judiciales que intentaban subsanar la falta de legislación, estos se sustentan en principios de Derecho Romano, debido a que nuestro sistema jurídico es romanista, y su influencia es indudable e indiscutible. En cuanto a los debates parlamentarios que precedieron a la ley, tanto la cámara baja como la cámara alta del congreso han sido un gran aporte de argumentaciones jurídicas, con fundamentos interesantes para este trabajo. Los razonamientos de diputados y senadores a favor de la ley se basan en principios fundamentalmente de Derecho Romano. Sin dudas, el derecho argentino continúa con su tradición romanista, que se hace evidente en la voz de nuestros legisladores, pero actualmente estos principios no siempre son expresados en un lenguaje jurídico claro, y mucho menos en latín jurídico, pero podemos leer, detrás de los discursos, la voz del Derecho Romano como *fundamentum iuris*.

Los aforismos jurídicos latinos en la actualidad

Los aforismos latinos expresan, muchas veces, verdaderos principios jurídicos, y

lo hacen con una exactitud y claridad tal, que requieren de extensos desarrollos para ser explicados. Como dice el Prof. Reinoso Barbero, «los principios latinos contribuyen a la economía del leguaje y lo dotan de mayor precisión jurídica y concisión»[2]. Lamentablemente en Argentina el lenguaje común ha avanzado sobre el tradicional lenguaje jurídico, empobreciendo y despojando de precisión a la jerga técnica, que por siglos se había expresado en latín.

La ley que abordamos no cita términos jurídicos latinos, pero este no es un caso aislado, ya que el latín jurídico se está perdiendo. Son muchos los países que han pasado o están pasando por este proceso[3], pero reconocemos que detrás de la norma se ocultan muchos de ellos[4]. Recordemos que Argentina ya había entrado en un proceso de simplificación del leguaje jurídico, que termina de plasmarse en el Código Civil y Comercial de 2015 donde prácticamente no hay términos en latín, reemplazándose por otros menos precisos, en español (en el Código Civil y Comercial remanen algunas pocas expresiones latinas, la mayoría son palabras o frases muy difundidas fuera de la esfera del derecho, como, por ejemplo, *post mortem*).

A pesar de lo dicho, es preciso destacar que los preceptos latinos gozan de vigencia en nuestro derecho, más allá del poco uso actual que se hace de él en las normas. En el caso de la ley 26.743, ellos están presentes en los antecedentes de la misma, ya sea en los fallos judiciales que han sido un precedente, en los discursos parlamentarios previos a su aprobación e incluso en los principios de Yogyakarta[5].

Debate parlamentario de la ley[6]

Comencé mi análisis con los debates previos a la aprobación de la ley en la sede del Congreso Nacional. En el discurso de los legisladores, los precisos términos lati-

2. REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del Derecho en el Impeachment al lenguaje juridico*. Actas del micro symposium.Principios jurídicos. Madrid, UNED Editorial, 2013, p. 11. http://itunes.uned.es/000116/116_CCSociales_juridicas/04_PRINCIPIOS_JURIDICOS_antecedentes.pdf (Ultima consulta realizada el 25 de noviembre de 2021)

3. Como bien explica Fernando Reinoso Barbero que en la «comisión de modernización del lenguaje jurídico» 2011 del ministerio de Justicia de España se desaconseja la utilización de expresiones latinas en escritos y resoluciones judiciales. REINOSO BARBERO, FERNANDO *Los principios generales del Derecho en el Impeachment al lenguaje juridico. Cit. p. 7* http://itunes.uned.es/000116/116_CCSociales_juridicas/04_PRINCIPIOS_JURIDICOS_antecedentes.pdf (Ultima consulta realizada el 26 de noviembre de 2021)

4. GIOSA, MARIA LAURA. Corte interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de opinion consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016 https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/24_cedh_unicen.pdf (Ultima consulta realizada el 26 de noviembre de 2021)

5. "Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente, donde todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, podrán ejercer ese precioso derecho adquirido al momento de nacer". http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/ (Ultima consulta realizada el 22 de noviembre de 2021)

6. Todas las citas del debate parlamentario en la Camara de Diputados y en la Camara de Senadores son declaraciones textuales de los funcionarios en el contexto del debate parlamentario.

nos son reemplazados por un lenguaje coloquial, un discurso descriptivo, poblado de expresiones menos concisas que requieren de cierto conocimiento para hallar en el parlamento los preceptos que se quieren enunciar.

Prestando atención a las palabras, se hallan explicaciones que innegablemente refieren a principios del Derecho Romano, aquellos conceptos que en latín se podrían sintetizar en una sola palabra requieren de extensas declamaciones en nuestra lengua. Uno de los principios a los que se hace referencia en los argumentos favorables a la ley, es la *aequitas*, aunque no se ha citado el término expresamente, algo que sería inusual en un debate parlamentario en nuestro país. El concepto se desarrolla en un discurso descriptivo, y se lo considera uno de los principios fundadores de la ley, así lo expresan varios legisladores, tanto en la sesión de diputados, como en la de la cámara de senadores.

Veamos fragmentos de las alocuciones que fueron parte del debate parlamentario del 30 de noviembre de 2011 en la cámara de diputados, donde el proyecto logró media sanción con 168 votos afirmativos, 17 negativos y 6 abstenciones[7].

Diputada por la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sra. Ibarra, Vilma Lidia:

"Quiero empezar defendiendo este dictamen de mayoría diciendo que estamos pidiendo el voto para aprobar un proyecto de ley que permita a las personas trans a desarrollar su propio plan de vida acorde a su identidad de género y respetando la dignidad de las personas, tal cual lo establecen el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos incluidos en el texto constitucional.

Nosotros estamos recogiendo aquí de manera muy fuerte todo lo que se refiere a la autonomía de la voluntad y a la posibilidad de diseñar nuestro propio plan de vida sin interferencias en aquello que decidimos vivir respecto de nuestro cuerpo, de nuestra identidad y de nuestra vida.

Por estos motivos, pretendemos que, si no hay afectación de derechos de terceros ni, en suma, otros derechos en juego más que la propia identidad y dignidad de la persona, el Estado reconozca y respete esa identidad y le dé lugar en las leyes, en el documento y en el acceso integral al derecho a la salud.

En un Estado constitucional de derecho lo que valoramos es la diferencia. Por lo tanto, si no se afectan los derechos de terceros, el Estado debe proteger en igualdad los derechos de todas las personas respetando sus diferencias.

Esta norma va a despejar esa confusión y permitirá que las personas vivan con dignidad conforme su identidad de género.

Sepamos que estamos muy orgullosos porque vamos a realizar un avance fundamental en la dignidad de las personas, en el respeto humano, en la autonomía de la libertad y en la lucha contra la discriminación."

Sr. Diputado por Buenos Aires, Tunessi Juan Pedro:

"Basta leer el artículo 19 de la Constitución Nacional para reconocer la existencia del derecho que tienen las personas a la autonomía de su voluntad, la igualdad y a la no discriminación.

En consecuencia, creo que con la aprobación de este proyecto estamos cons-

7. Diario de sesiones. Cámara de Diputados de la Nación. Reunión 10ª - 7ª Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011, Período 129º. derecho a la identidad de género, Oorden del día N 2913.

truyendo una sociedad más tolerante; estamos haciendo posible este derecho a la igualdad y estamos reconociendo en estas minorías el derecho a ser seres humanos semejantes e iguales entre todos sin ningún tipo de diferencia, ningún tipo de estigmatización ni ninguna discriminación."

Sra. Diputada por Ciudad Autóma de Buenos Aires. Sra. Giudici Silvana Myriam:

"Volvemos a agradecer que de los cuatro proyectos presentados –los de las diputadas Diana Conti y Juliana Di Tullio, y los dos restantes se haya podido llegar a este dictamen que contempla los mejores aportes poniéndonos un paso adelante hacia una sociedad mejor y más igualitaria."

Sr. diputado por Buenos Aires, Sr. Ferrari, Gustavo Adolfo:

"Este dictamen que constituye una herramienta necesaria para garantizar la identidad de género -es decir, que permite que las personas sean lo que quieren ser con la posibilidad de acceder a derechos en igualdad de condiciones."

Sra. Diputada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sra. Reyes María Fernanda:

"Esta iniciativa reconoce –sigo con las palabras- el derecho a la identidad, que a su vez garantiza otros derechos: al trabajo, a la educación, a la salud, a la no discriminación y a la libertad de ser quien cada uno es.

No existe igualdad de oportunidades si no hay igualdad de derechos, y por eso este proyecto es un paso fundamental.

Estoy convencida de que, únicamente generando pisos de igualdad, un Estado y una sociedad pueden garantizar la paz, la libertad y la justicia.

Este bloque va a votar afirmativamente este proyecto porque es un paso hacia el reconocimiento, el respeto, la diversidad y la igualdad."

Sr. Diputado por Sante Fe, Sr. Comi, Carlos Marcelo:

"Nuevamente este Congreso y esta Cámara de Diputados votan a favor del principio más sagrado que tiene nuestra Constitución Nacional, que es el principio de igualdad. Nuevamente vuelve a ponerse del lado de los más débiles."

Sra. Diputada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sra. Alonso, Laura:

"Este es un debate profundamente constitucional que afecta la vida no sólo de una minoría sino de toda la sociedad argentina que desea, que quiere y que anhela ser una sociedad abierta e igualitaria. Honremos la Constitución Nacional. Este es un debate por la igualdad y la libertad."

Sr. Diputado por Santa Fe, Sr. Barrios, Miguel Ángel:

"Ahora estamos dando otro paso más importante con la sanción de un proyecto de ley de identidad de género que hace electivos los derechos constitucionales a la identidad y a la salud de las personas trans."

Sra. Diputada por Buenos Aires, Sra. Linares, María Virginia:

"Sin lugar a dudas, hoy estamos tratando de garantizar con esta ley derechos postergados desde muchísimos años en la República Argentina. Estamos hablando de una equiparación de derechos en los que, por suerte, año a año se va avanzando y todos lo podemos ir vislumbrando.

Estamos aquí discutiendo también sobre el derecho a la igualdad de trato, a la salud, al trabajo, a la vida y, principalmente, sobre las cuestiones que tienen que ver con los derechos humanos.

También estamos luchando por que puedan ser anotados en los diferentes centros de estudio sin ningún tipo de discriminación."

Sra. Diputada por Neuquén, Sra. Comelli, Alicia Marcela:

"Así llegamos a la cuestión de la identidad y el derecho. La identidad es un derecho reconocido por nuestra Constitución, por lo que no sólo debe ser garantizado por el Estado, sino defendido y honrado como parte del contrato social del que todos y todas formamos parte."

Sra. Diputada por La Pampa, Sra. Regazzoli, María Cristina:

"No más autorizaciones judiciales, sino ejercicio del derecho de la propia identidad, de su verdad personal. Se trata de ser considerado como se es: "él" o "ella" y no "otro" u "otra", por el derecho de ser quien cada uno y cada una es, por el derecho a todos los derechos."

Podemos hacer una síntesis de los derechos nombrados por los Sres. Diputados, con el objetivo de rescatar del discurso aquellos principios que son de interés de este trabajo, siendo estos los más destacados:

Respeto a la dignidad de las personas.

Autonomía de la voluntad (también nombrada autonomía de la libertad),

Derecho a la identidad.

Igualdad de derechos de todas las personas. (A veces comprendida en el concepto de no discriminación).

Respeto al ser humano (nombrado como "respeto humano").

Derecho a ser seres humanos semejantes (sin diferencias).

Tender a una sociedad más igualitaria. (También expresado como "acceder a los derechos en igualdad de condiciones" o en la frase "no existe igualdad de oportunidades si no hay igualdad de derechos").

Respeto por el prójimo y respeto por la diversidad.

Equiparación de derechos para todas las personas (e igualdad de trato, acceso a la salud, al trabajo, y principalmente, sobre las cuestiones que tienen que ver con los derechos humanos).

Libertad (libertad para decidir, por ejemplo).

El proyecto, ya con media sanción, fue tratado en el Senado el 9 de noviembre de 2012, donde obtuvo la aprobación y se promulgó la ley con 55 votos afirmativos y 1 abstención. A continuación, transcribiré pequeños fragmentos de la sesión, en los cuales se citan los fundamentos de la norma[8].

Senadora Sra. Itúrrez de Capellini, Ada del Valle:

"Estamos hoy, también, en la búsqueda incansable de una sociedad menos desigual que quiere otorgar más derechos, reconocer más derechos y nunca cercenarlos.

Los principios de inclusión y de diversidad son directrices fundamentales que deben estar presentes en toda administración pública.

Esta ley fortalecerá la profunda convicción de una persona en su sentir. Le garantizará que, desde el Estado, será tratada y tutelada como lo que siente que es y seguramente, con el devenir de los tiempos, gozará del normal empoderamiento que necesite."

Senador Sr. Artaza, Eugenio:

"Desde la Unión Cívica Radical, creo que es un gran avance. Nosotros ponemos al hombre, como les decía, como un fin en sí mismo humanamente."

Senadora Sra. Blas, Inés Imelda:

"El principio de igualdad se plantea justamente para evitar la discriminación, los criterios injustos, estigmatizantes y persecutorios, y al ejercicio de nuestros derechos como ciudadanos.

La presente norma se orienta a reparar los derechos vedados al colectivo de la comunidad de la diversidad sexual, como el acceso a la identidad, la salud, la educación y el trabajo."

Senadora Sra. Morandini, Norma:

"Lo que nosotros tenemos que hacer es garantizar los derechos que son intrínsecos a la condición humana. Esta es una idea que viene a cambiar completamente. No es el Estado el que otorga y concede el derecho, sino que se trata del derecho que tiene la ciudadanía; es el derecho que tienen las personas, quienes nos increpan como legisladores para que, finalmente, garanticemos esos derechos.

Tal como nos dice Rodotá, el sabio filósofo italiano del Derecho es mucho mejor una ley que sea dúctil a una que sea cruel.

8. Versión Taquigráfica. Cámara del Senado de la Nación. Periodo 130. 5ta reunión, 3ra sesión ordinaria. 9 de mayo de 2012.

La futura ley deberá echar raíces profundas, no tanto en la sociedad sino en la humanidad misma de los individuos, ya que cuando se otorgan derechos a los que se ve como una minoría, en realidad nos concedemos derechos a nosotros mismos; y no como integrantes de una comunidad política o un partido político sino como integrantes mismos de la humanidad.

En diciembre de 2008, sesenta y seis países de todos los continentes apoyaron una declaración que enfatiza que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos sin distinción de ningún tipo; y precisaron que el principio de no discriminación exige que los derechos humanos se apliquen igualmente a cada ser humano sin importar la orientación sexual y la identidad de género."

Senadora Sra. Rojkes de Alperovich, Beatriz:

"Pero nosotros continuamos avanzando en la ampliación y en el reconocimiento de diversos derechos, como el de la intimidad, el de la autonomía de la voluntad, el de elegir el propio plan de vida y el nombre, el de la identidad sexual, el de igualdad, el de vivir en dignidad, el de la no discriminación, el del trabajo, el de ejercer en plenitud los derechos políticos y el de la salud integral."

Senador Sr. González, Pablo:

"Que el principio de no discriminación nos exige que los derechos humanos se apliquen igualmente a cada ser humano sin importar la orientación sexual y la identidad de género."

Senador Sr. Fuentes, Marcelo:

"Pero este paso, que es simplemente eliminar restricciones de orden legal, no garantiza, precisamente, ni que esa discriminación ni esa desigualdad desaparezcan por arte de magia. La igualdad y la ausencia de discriminación es una construcción colectiva, una construcción de la totalidad de la Nación y de sus integrantes."

De estos fragmentos del discurso legislativo en el Senado, podemos rescatar algunos derechos que se enuncian con el fin de dar fundamento a la ley de identidad de género, a saber:

Igualdad.
Inclusión (lograr la total inclusión de todas las personas).
Aceptación de la diversidad.
El hombre es la causa de todos los derechos (expresado con las siguientes palabras: "Nosotros ponemos al hombre, como les decía, como un fin en sí mismo, humanamente").
Equiparación de todas las personas en sus derechos.
Garantizar los derechos intrínsecos a la condición humana.
Debe primar la flexibilidad normativa (nombrada ley dúctil).
Garantizar el goce de los derechos humanos (sin discriminar, sin distinción, aplicados

igualmente a todos los hombres).

Aequitas en el discurso legislativo y fallos judiciales

A pesar de que los legisladores argentinos han fundamentado la ley en principios como dignidad, justicia o libertad, no podemos asimilar estos a las *dignitas*, *iustitia* o *libertas* romanas. Sin embargo, hay un principio subyacente en el discurso legislativo que lo atraviesa en su totalidad dándole fundamento a esta ley, este principio es la *aequitas*.

La *aequitas* romana, siguiendo el pensamiento de Robles Velazco[9], tiene tradicionalmente el sentido de verdadero, justo, igualando a los individuos y los *cives* como componentes de una urbe. Esta igualdad para todos los habitantes fue firmemente planteada en las discusiones parlamentarias de la ley, ya que la falta de un documento con un nombre acorde al género autopercibido, generaba en una parte de nuestra comunidad, serias desigualdades en cuanto a las posibilidades de hacer efectivos sus derechos civiles.

La *aequitas* también ha sido el fundamento de varios fallos judiciales que anteceden a esta ley, a los que cito al pie, ya que el análisis de los mismos excedería en extensión los objetivos de este artículo[10]. Los jueces han recurrido a este principio con el objetivo de flexibilizar el *rígor iuris* en los casos en que la aplicación estricta de una norma resultaba injusta o de imposible aplicación, siendo un medio para adaptar el derecho al caso, completarlo y corregirlo, considerando que la equidad debe prevalecer sobre el derecho, o equipararse a él, tal como podemos leer en Constantino C. 8.1.8.

Pacuit inomnibus rebus praecipuam esse iustítiae aequitatísque quám strícti iu-

9. ROBLES VELAZCO LUIS MARIANO. *Aequitas – Aequity. Fundamenta Iuris, Terminología, principios e Interpretatio.* Almería. Edit. Univ. de Almeria. 2012. P.195.

10. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nº 8 de Quilmes, 15/05/1997, N.N. LL Buenos Aires, 1997-957.

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nº 14 de Mendoza ~ 24/11/1998 ~ A. D. D. LL Gran Cuyo 1999-706.

Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Rosario • 21/05/1999 • N.N. • LA LEY 2000-D, 854, (42.817-S)- LL Litoral, 2000-300.

Cámara 2a en lo Civil, Comercial y de Minas de La Rioja ~ 16/06/1999 ~ A. D. M. S. LL Gran Cuyo 1999, 695.

Tribunal de Familia de Bahía Blanca, 30/08/1999, V., A. A. LL Buenos Aires 2000, 1051.

Tribunal de Familia Nº 1 de Quilmes • 30/04/2001 • K., F. B. • Sup.Const 19/10/2001, 2 –

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 19a Nominación de Córdoba • 18/09/2001 • M.L.G. • LL Córdoba 2001, 1313 – LL Córdoba 2002, 575 - LA LEY 2002-D, 606 – JA 2001-IV, 465.

Juzgado Nacional Civil Nº 102, 1º de marzo de 2006. S., G. G. LL 2006, pág. 420.

Suprema Corte Buenos Aires, 21 de marzo de 2007. C., H.C. LL Buenos Aires, octubre de 2007, p. 997.

CN Civil, sala B, 11 de julio de 2007. S. S., E. A. s/información sumaria. ED 14 y 17/09/07.

J Familia Niñez y Adolescencia Nro. 4 Neuquén. 7 de octubre de 2008 – T.M.G.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D. 20/05/2009 - A., Z. B

Juzgado de Familia Nro. 8 La Matanza. 24/08/2010 - M., P. A.

Juzgado Civil y Comercial Nº 11, Mar del Plata, 12 de diciembre de 2005. D.A.A. L L Buenos Aires, febrero de 2006, pág. 84.

ris ratiónem.

Conviene que en todos los argumentos (o asuntos) tengan preferencia la justicia y la equidad, por razones de estricto derecho.

La *aequitas* brinda una equiparación justa, reestablece lo igual luego de una situación de desigualdad o inequidad, logrando poner en un plano de ecuanimidad los derechos, situaciones y personas. La acepción de *aequitas* no se contrapone al *ius*, se equipara a él [11]. Para Cicerón es esencial esa identificación de la *aequitas* con la *iustitia*[12], incluso la considera su fundamento[13]. Es este sentido ha sido la *aequitas* fundamento de la ley 26743, en un principio en fallos judiciales y luego tanto en la cámara de diputados como en la cámara de senadores, donde los legisladores esgrimieron sus argumentos, nombrando los derechos que se pretendían proteger y los principios en los que fundaban esta defensa de derechos.

El principio Pro Hominem como fundamento de la ley de identidad de género argentina

El derecho a la identidad de género se constituye con bases en el sistema internacional de los derechos humanos (ya no en los derechos personalísimos de la dogmática civil). La introducción de la orientación sexual y la identidad de género al corpus jurídico y filosófico de los derechos humanos se da con los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género en 2007. Al estar el derecho a la identidad de género dentro de los DDHH este es un derecho constituido *pro hóminem*. Este principio rige múltiples tratados internacionales de Derechos Humanos, y en virtud de él siempre debe estarse a favor de la persona, y si es necesario se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva de la misma[14].

Recordemos que en la mayoría de la literatura latinoamericana se utiliza la definición de *pro hominem* brindada por la Dra. Mónica Pinto:

11. USCATESCU BARRÓN, J. (1993). *Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico - conceptual.* Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos, 5, 73 - 104. https://revistas.ucm.es/index.php/CFCL/article/view/CFCL9393220073A (Ultima consulta realizada el 2 de diciembre de 2021)

12. De leg. I 18,48. Etenim omnes viri boni ipsam aequitatem et ius ipsum amant, nec est viri boni errare et diligere quod per se non sit diligendum: per se igitur ius est expetendum et colendum. Quod si ius est, etiam Iustitia.

13. Top. 5,28 Un si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.

14. HENDERSON Explica las diferentes formas de aplicación del principio pro homine. En primer lugar los casos en los cuales está en conflicto la aplicación de diversas normas de derechos humanos, en ese caso debe aplicarse aquella con mayores protecciones o más favorables para el individuo. En segundo lugar, cuando hay una sucesión de normas, la norma posterior no deroga la anterior si esta brinda protecciones mejores para las personas. En tercer lugar, al aplicar una norma, debe interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona. Henderson Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine.* Revista IIDH, N 39, 2004, págs. 92-96. https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf (Ultima consulta realizada el 22 de noviembre de 2021)

"Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre."[15]

Podemos notar que en relación con el tema que nos compete, la aplicación del principio *pro hominem* y de *aequitas* es simplemente de una armonía perfecta, estos principios se encuentran subyacentes a todas las fuentes de la ley de identidad de género. Son fundamentos de los fallos judiciales y han estado presentes en los argumentos esgrimidos en el congreso con el fin de dar sustento a la ley.

Por último, solo para transmitir una luz de esperanza en relación al latín jurídico, quisiera compartir un hallazgo en esta ardua búsqueda. Hay un texto en relación a la identidad de género que resultó rico en el uso de los aforismos latinos. En relación a la identidad de género y los DDHH, la Corte Interamericana de DDHH ha pedido una opinión consultiva en diferentes ocasiones a diversas entidades. La opinión consultiva del 18 de mayo de 2018 a la Universidad Veracruzana[16], da como resultado un documento en el que se citan muchos términos latinos, tal vez la presencia del Dr. José Luis Cuevas Gayosso[17] como autoridad de la Universidad, haya influido en el tenor del texto. Este documento utiliza vocablos tales como i*us cogens*, e*rga omnes, iure, facto, inter alia, lato sensu* y principio *pro homine*, todos estos términos se emplean con la acepción más usual que tenemos de ellos.

Conclusión

Se ha encontrado en las discusiones parlamentarias una exhaustiva enunciación de derechos que evocan la *aequitas* como razón y fundamento de los argumentos, y en algunos casos encontramos al principio *pro hominem* también expresado en el congreso. Hay fallos judiciales cuyo fundamento es la *aequitas* y siendo el derecho de género un derecho cuyas bases se encuentran en los Derechos Humanos, surge claramente el principio *pro hominem* como fundamento de su existencia. En los casos citados no se halla el termino *aequitas* ni *pro hominem*, sino un discurso descriptivo que nos refiere a ellos. La pérdida del latín jurídico nos está llevando a la falta de precisión en el lenguaje, ya que ciertos conceptos que se expresaban con una sola palabra ahora requieren de exhaustivas explicaciones que, aun siendo extensas, muchas veces no logran la con-

15. PINTO, MONICA, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos,* La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto. 1997, pág. 163.

16. https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/48_u_veracruzana.pdf (Ultima consulta realizada el 26 de noviembre de 2021)

17. El Dr. Cuevas Gayosso es hijo de la reconocida romanista Mercedes Gayosso y Navarrete, y él mismo se dedica a la investigación y docencia en Derecho Romano en la Universidad Veracruzana de México.

creción ni la exactitud del término latino. Mi conclusión es que hasta que se recupere el leguaje jurídico latino en los ámbitos en los que se está perdiendo, deberemos esforzarnos por dilucidar las expresiones, principios, reglas y preceptos que se ocultan tras el discurso jurídico actual, y sobre todo en la letra de la ley. Sin dudas los aforismos jurídicos latinos siguen siendo el principio rector de nuestro sistema jurídico debido a su fuerte impronta romanista.

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos
Pervivencia del pacta sunt servanda y rebus sic stantibus

Carla Menéndez Vicario[1]

1. Abogada de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Maestranda de la Universidad Nacional Tres de Febrero (UNTREF). Miembro del Poder Judicial de la Nación. Investigadora. Autora y expositora de temas de su especialidad.

La investigación se centrará en el análisis del aforismo latino *pacta sunt servanda* y su excepción *rebus sic stantibus*. Se tomará como punto de partida y corte temporal el S. XIX, a la redacción del Código de Vélez; se expresará el tratamiento que le otorgaba al primero y las implicancias del segundo. Tratándose el *pacta sunt servanda* de una regla cincelada bajo la moral del Derecho canónico medieval y arraigándose en el Derecho Romano, la pervivencia de ambos aforismos en nuestro derecho vigente (Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN) y la coyuntura que atravesamos nos demuestran una vez más la necesidad de adaptación, en donde las excepciones a las reglas -*rebus sic stantibus*- se hacen cada vez más corrientes hasta poseer apariencia de normalidad.

Pacta sunt servanda en Código de Vélez (Ley 340)

Nuestro derecho civil encuentra sus raíces en el Derecho Romano, comenzando por la Ley de las XII Tablas, aconteciendo diversos siglos de construcciones legislativas, doctrinarias y consuetudinarias de aquel derecho, hasta el *Corpus Iuris Civilis* por mandato del emperador Justiniano[2]. Empero, si bien es este su arraigo más profundo, a lo largo del tiempo se proveyó de otras fuentes.

Partiendo de la sanción de la Ley 340, adentrándonos en la época, estamos situados entonces en el S. XIX, año 1869: El Código Civil Velezano, tal como lo conocemos, tuvo diversas fuentes que colaboraron para su confección: El Esbozo de Freitas, el Código Civil Frances, Código Civil de Chile, Código de Luisiana, Código de Parma, el Derecho Romano, el derecho canónico, entre otros.

El instrumento allí definido como contrato es el que surge a partir de un acuerdo de voluntades, entre dos o más partes y, una vez perfeccionados sus formalismos y requisitos, produce efectos para las mismas de acuerdo a lo pactado; independientemente de la voluntad futura que tengan o no de cumplir el mismo, es ley para quienes convinieron.

El art. 1.137 del Código Velezano establecía -en Título primero de la Sección tercera- que un contrato existía «...cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos»[3]; aclarando, a su vez, en las notas que la voluntad debiera tener por objeto una relación de derecho, en donde se creen o extingan obligaciones, citando a su vez a Freitas, en cuanto establece que dichas obligaciones deberán corresponderse a derechos creditorios.[4]

La obligatoriedad de cumplimiento en la que se encuentra inmerso el instrumento contractual, el Código Civil la determinaba de la siguiente forma: «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma»[5]

Por su parte, el art. 1.198 -CC-, rezaba así:

2. RIVERA JULIO CESAR Y CROVI LUIS DANIEL, *"Derecho Civil Parte General"*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, pág. 17

3. Art. 1137 Ley 340.

4. Nota al art. 1137 ley 340.

5. Art. 1197 Ley 340.

«Los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos.»[6]

De esta manera se receptaba el aforismo latino *pacta sunt servanda*[7], el cual refiere que «los pactos deben ser cumplidos»[8], los contratos están hechos para cumplirse, los pactos se cumplen en sus términos, «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»[9]. Lo que implica que los contratos siempre se cumplen.

La voluntad o intención de las partes debe ser respetada toda vez que no se encuentre en pugna con el orden público; se reconoce a la autonomía de la voluntad y se basa en el cumplimiento y compromiso de buena fe. Trata de una actitud honrada, consecuente, justa, sincera e integra.

El *pacta sunt servanda* proviene de la rigidez medieval y dicho carácter podía apreciarse de la redacción de aquella norma, específicamente del art. 1197[10].

Cláusula rebus sic stantibus

La doctrina mayoritaria, al referirse a su origen, cita al derecho canónico medieval, siendo que, posteriormente, dicho aforismo fue adoptado y receptado como la excepción al *pacta sunt servanda*.

El mismo significa «permaneciendo así las cosas»[11], lo que refiere a la obligatoriedad de lo pactado, en tanto y en cuanto se conserve la situación tal como se encontraba al momento de pactar, es decir, la inexistencia de casos fortuito, fuerza mayor o hecho imprevisible.

Los canonistas, a través de los cristales de la moral cristiana, no consideraban justo mantener una relación contractual cuando la ejecución del contrato se tornara excesivamente onerosa en comparación a la prestación de la contraparte, en tanto y en cuanto se produzca una modificación o alteración posterior al momento de pactar, de carácter impredecible, provocando el empobrecimiento de una parte y el enriquecimiento de la otra. Este pensamiento tenía su base en la equidad y el derecho natural, que condenaba el enriquecimiento injusto.

Si bien Vélez no incluyó en su Código Civil normas determinadas que se correspondan con la interpretación de los contratos en general, el mencionado 1.198 CCCN, como indica **Cordobera**, «...sirvió para que se admitiera que configuraba una norma interpretativa, la que debía ser considerada para desentrañar el posible supuesto de oscuridad o ininteligen-

6. Art. 1198 Ley 340.

7. La fuerza obligatoria la encontramos en el fragmento de Javoleno recogido en Digesto .19.2.21: *Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur.*

8. CISNEROS FARIAS GERMAN. *"Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E Studios Jurídicos Nª 51, 2003, Pág. 87.

9. Cnf. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 1969; consulta web https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf (última consulta realizada el 16 de julio del 2021).

10. RIVERA JULIO CESAR Y CROVI LUIS DANIEL, *Op. Cit.*, pág. 155

11. CISNEROS FARIAS, GERMAN, *Op. Cit.*, pág. 106.

cia de las partes acerca del contenido del contrato. La reforma de 1968 introduce expresamente el criterio de la buena fe en materia de interpretación de los contratos.»[12]

Con la reforma del Código Velezano, a través de la Ley 17.711, el art. 1198[13] amplió su letra contemplando y advirtiendo que, para aquellos casos en donde las circunstancias cambiaran y una situación imprevisible y extraordinaria le generase una excesiva onerosidad a una de las partes contratantes ante el cumplimiento de su obligación, podrá demandar la resolución del contrato; claro siempre que no se hubiere obrado previamente con culpa o estuviese en mora.

Empero, fue por la ley 19.865 sancionada en 1972 mediante la cual se aprobó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en su art. 62[14] receptaba expresamente la excepción al *pacta sunt servanda*.

Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus en Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)

La ley 26.994 define al contrato como un acto jurídico a través del cual las partes -que podrán ser dos o más- manifiestan su consentimiento para crear, regular, transferir, modificar o extinguir relaciones jurídicas[15]. Si bien la noción de dicho acuerdo de voluntades persiste como en las legislaciones anteriores -con sus modificaciones-, encontramos esta vez, una mayor especificidad en términos de expresión. El término no permanece inmutable en el tiempo, dado que sufre el impacto de transformaciones

12 GARRIDO CORDOBERA LIDIA M. R. *"Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación den los contratos en general"*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2015, pág. 166.

13 Art. 1.198. Ley 17.711. «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato»

14 Art. 62 «1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que: a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; o b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado»

15. Art. 957 CCCN

sociales que se dan en el ámbito de la negociación.[16]

Empero, no admite duda, que la base de toda negociación y ejecución contractual radica aún en la autonomía de la voluntad y, a su vez, presupone una libertad de contratación, que, como indica **Cordobera**, «... no está ubicado en un criterio estricto del *pacta sum servanda* con carácter estático, sino por el contrario, con un carácter dinámico y rodeada de una serie de institutos correctores o limitantes, como el abuso del derecho, la imprevisión... y sobre todo la pauta o criterio de la 'buena fe' contractual, abarcando ésta todo el período existente de las negociaciones previas hasta la etapa post contractual.»[17]

El efecto vinculante que define la obligatoriedad para las partes esta dado por el art. 957 CCCN, el cual establece que ambas se encuentran sujetas a lo convenido y solo podrá ser modificado o extinguido por mutuo acuerdo o en los supuestos de ley. Dicha característica constituye un presupuesto de todo derecho patrimonial y además es aceptado en la legislación comparada; a su vez, en el art. 19 de nuestra Carta Magna encuentra su fundamento constitucional, dado que la CSJN ha resuelto que los derechos que emanen de las convenciones entre partes se encuentran comprendidos en el concepto de propiedad emanado de la constitución ratificándose a su vez de forma expresa por el art. 965 CCCN[18].[19]

Por otro lado -y en concordancia con la ley 17.711 (modificación de Código de Vélez)- las partes deben tanto al momento de celebrarse, interpretarse y ejecutarse el contrato, actuar de buena fe[20]; por lo que las obligaciones que emanan de dicho acto contractual pueden extenderse a todas aquellas consecuencias que pudieren entenderse comprendidas en él, ajustándose a lo que razonablemente se hubiere obligado un contratante "cuidadoso y previsor."[21]

La rigidez del *pacta sunt servanda*, aforismo que pervive en nuestro derecho, se ve suavizada cuando se reúnan las características de las siguientes situaciones contenidas en los art. 955 y 956 CCCN[22]: imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor[23]; o también en aquellos casos donde tenga lugar la teoría de la imprevisión. Esta última ocurre cuando el cumplimiento de la obligación por una de las partes se torna excesivamente oneroso, toda vez que las circunstancias actuales no fueran las mismas que cuando se realizó el acto contractual; siempre que esta modificación del estado de las cosas se deba a una alteración extraordinaria e impredecible. Y se encuentra a su vez regulada en el art. 1091 CCCN:

16. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. Op. *Cit.* , pág 31

17. GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R. *Op. Cit* , pág 153

18. Art. 965.- Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

19. En este sentido RIVERA, JULIO CESAR en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"., T. III [S.E.]

20. En consonancia, principio de buena fe determinado en el art. 9, 1061 y concordantes CCCN.

21. Art. 961 CCCN

22. «Art.955.- Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados // Art. 956.- Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.»

23. Art. 1730 y concs. CCCN

«Art. 1.091.- Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia»[24].

Por otra parte, en lo que respecta al caso fortuito y fuerza mayor, no puede catalogarse cualquier situación sobreviniente, sino que deben darse una serie de características como, por ejemplo: debe ser imprevisible, el daño no puede ser imputado al deudor, debe ser extraordinario, posterior a la celebración del contrato, etc.

Resta agregar que en el CCCN encontramos una norma que no tenía lugar en el CC de Vélez; el art. 960, en donde se le otorgan facultades al Juez para que modifique las estipulaciones de los contratos, a excepción de petición de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecte el orden público.

Es menester aclarar que estos supuestos significan y provocan la resolución o extinción del contrato de forma anticipada, y no el cumplimiento del mismo, como consecuencia del agotamiento de los compromisos o prestaciones recíprocas. Se debe a una modificación que ocurre provocando que se modifique el *rebus sic stantibus*.

Actualidad – COVID-19 y adaptación

Como podemos apreciar hasta aquí, los cambios y evolución socioculturales fueron puliendo aquellos aforismos que hoy permanecen vigentes en nuestro derecho.

Situándonos hoy, en la realidad que nos atraviesa, es decir, en este exhausto contexto provocado por el virus SARS COV 2 (COVID-19), devenido en pandemia, el Derecho Romano, fuente nuestra, nos permite poner sobre la mesa las obligaciones y observancias respecto de lo pactado entre partes, como así también las excepciones que cobran cada vez más relevancia y presencialidad.

A raíz de todo lo acontecido en el año que quedará grabado en la historia, el 2020, año de emergencia sanitaria a nivel mundial, se produjeron otro tipo de pandemias, como la económica, que impidieron el normal cumplimiento de los compromisos asumidos con carácter previo.

Producto de la inclusión de la teoría de la imprevisión en nuestro cuerpo normativo, es que -cfr. Art. 1091 CCCN-, cuando ocurra una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, siendo esta sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, y a su vez, esto provoque una excesiva onerosidad, la parte perjudicada podrá como mencionamos *ut supra* rescindir el contrato o solicitar su adecuación. Se deberá estar al caso concreto para tratar de renegociar de buena fe o extinguirlo.

24. Art. 1091 CCCN.

El *pacta sunt servanda* continúa ocupando su lugar, vigente, por lo que persiste la obligación de cumplir con los compromisos asumidos. Empero, en el contexto coyuntural en el que nos encontramos inmersos en el 2020 cuyos efectos perduran en algunos campos, cabe preguntarnos qué es justo para poder amoldarnos con mayor facilidad a las excepciones que hoy son la regla.

Conclusión

El derecho, como una construcción social, parte de un acontecimiento/hecho o serie de ellos sobre los cuales, conforme a la situación sociocultural se le da un marco de regulación. La rigidez del *pacta sunt servanda,* hoy lejos se encuentra de ser un principio absoluto. Este concepto redimensionado paso a paso brinda lugar a su excepción, *rebus sic stantibus*; y en estos tiempos resulta complejo tomar a esta última como una exceptuación, no solo por su amplio margen regulatorio, sino también, dadas la coyuntura atravesada en estos tiempos.

El cambio radica, entonces, en que el *rebus sic stantibus* actúa con un carácter más general y no restrictivo, en donde se evitan reduccionismos a una mera excepción con fundamento en la equidad y la buena fe.

Pese y con motivo del dinamismo del derecho, mutando su margen de actuación, perviven aún en la actualidad de nuestro derecho ambos aforismos latinos, que sembraron raíces en el Derecho Romano y que, con las circunstancias atravesadas en el país se turnan para cobrar mayor relevancia.

Presencia del Derecho Romano mediante los aforismos latinos

Carmen Meza Ingar[1]

1. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Introducción

En todos los sistemas jurídicos del mundo los abogados y magistrados invocan los aforismos latinos como una de las virtudes aprendidas en las Universidades, como prueba de la influencia de la cultura romana hasta nuestros días.

En 1973 tuve la suerte de llegar a Atenas, y en Delfos, al visitar el histórico "oráculo", pude admirar la inscripción griega, cuya traducción latina todos la comentan: *"Nosce te ipsum"*, en castellano: "conócete a ti mismo", atribuida a Sócrates. No hay duda del inmenso valor universal de este aforismo estudiado en escuelas, colegios y universidades, invitando a la juventud y a los ciudadanos a saber quiénes somos, qué hacemos, si desarrollamos o no todas nuestras posibilidades. Se trata de una frase inmortal que se encuentra presente en todas las aulas y que promueve -indudablemente- el auténtico estudio de la personalidad de cada ser humano.

Otro aforismo muy popular es: *"summun ius, suma iniuria"*, que quiere decir: "excesiva justicia, excesiva injusticia", o como prefieren decir algunos juristas: "excesivo derecho, excesiva injusticia" o "extrema justicia" es extrema injusticia.

El gran jurista Gaio decía que no debemos abusar de nuestros derechos: *male enim nostro jura uti nom debemus*,[2] y el derecho pretoriano en su conjunto constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico.

Es necesario que el derecho continúe siendo la ciencia definida en Roma, por el jurisconsulto Celso: *ars boni et aequi*, escuela de probidad y equidad.[3]

En verdad, es un proverbio que trata del interés en la justicia, el que debe ser disciplinado, como lo explica bellamente Cicerón en De officiis[4]: *nullum enim vinculum ad adstringendam fidem*.

En puridad, se trata de un interés disciplinado porque el derecho no es egoísmo, sino dar a cada uno lo suyo.

Igualmente podríamos citar el aphorism "*pacta sum servanda*", referido a que los pactos deben ser cumplidos, sin embargo, en la vida diaria se ve casos muy difíciles en los que pasan años y años y la ciudadanía no reclama por situaciones que claman al cielo, por ejemplo, el caso de las denominadas "empleadas de hogar", quienes en el Perú, desde 1935, tienen diversas leyes que regulan su situación en los hogares, pero la realidad es muy diferente a la simple lectura de las normas de orden legal sobre la materia laboral. En efecto, en 1970 se legisló también sobre los derechos de dichas trabajadoras, porque las anteriores leyes habían sido letra muerta. Hubo muchos defensores de sus derechos, pero se permitía que trabajaran 16 horas, al preceptuar que su descanso sería de 8 horas, considerando que dichas trabajadoras viven en los hogares donde trabajan.

La modernidad ha logrado una ley más justa, la ley número 31.047, pero es difícil que los inspectores del Ministerio de Trabajo puedan ingresar a los hogares, que en puridad son "centros de trabajo" de *condiciones* singulares. Se trata de una situación en la que las trabajadoras tienen muchas dificultades, si no cuentan con la buena disposición patronal

2. Citado por Josserand, obra cit., Pág. 5.

3. Citado por Josserand en obra cit. Pág. 5.

4. Citado por Ribas Alba, obra cit. Pág. 109.

de cumplir con sus obligaciones emanadas de la ley, que en puridad es un pacto social que obliga a todas las partes.

Podríamos nombrar muchos ejemplos, pero el gran maestro Ihering[5], reconoce que ¨cuando el jurista aparece en la historia, el Derecho ha pasado ya el período de la niñez y de la inocencia."

Llegada del Derecho Romano al Perú

Para los estudiosos del derecho es muy importante la historia de las leyes que precedieron la formación de Roma, cuna de notables juristas.

No obstante ello, debe tenerse presente que esa historia comienza en los pueblos itálicos, etruscos y griegos. Hubo una monarquía primitiva elegida durante la república de los patricios. En esa época el pueblo no intervenía.

La monarquía etrusca, es decir, los Tarquino Prisco, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio, es posible que no subieran al trono por elección. Se trataba de la influencia de ciudades griegas de los siglos VII y VI a. C.

Hacia el año 510 A.C se instauró el Régimen Republicano, fueron derrotados por los griegos de Siracusa en el año 474 A.C.

Surgieron los Rex Sacrorum, que eran los monarcas en lo religioso.

Durante la República, gobernaron magistrados que eran cónsules, pretores, censores, aediles curules, que administraban justicia en los litigios y cuyas funciones se ha visto en muchos siglos. Nótese que el Consistorio o municipio del Virreinato del Perú era el recinto de la justicia. Además, estaban los Quaestores, que administraban las arcas públicas y los *tribunus plebis*, establecidos cuando la plebe se retiró al Aventino y los patricios aceptaron su influencia. Todas estas representaciones, en puridad, eran los magistrados, el senado y el pueblo. Pero el más influyente fue el Senado Republicano, que controló el poder en Roma y dio a la República la influencia aristocrática[6]

Después hubo Asambleas del Pueblo, o sea, las *comitia centuriata*, que desarrollaron el derecho primitivo. Era la época en la que los prisioneros de guerra pasaban a ser esclavos.

Explicamos esta parte de la historia de Roma para comprender lo que significó para ellos el *ius civile*, de *civis*, ciudadano. No equivale al moderno concepto de derecho civil y es en puridad un derecho creado por los romanos para ellos, los romanos. La esencia de esta legislación fue el derecho consuetudinario que mencionamos líneas arriba, las XII Tablas que estaban impresas en grandes placas de bronce, que desaparecieron en el año 387 a.C., en el incendio de Roma. No se puede ignorar el Derecho Romano post clásico de la época de Diocleciano. Más aún el gran desarrollo de la legislación en el reinado de Constantino y sus sucesores. Nótese que Constantino gobernó del año 306 al 337 de la era cristiana.

Esta visión panorámica nos lleva a reconocer el *status* del *pater familias* romano

5. Ihering, R. von: ¨El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo¨, 4 tomos, Ed. Comares, Granada, 1998.

6. *Cit. Por Churruca y Mentxaka, obra cit.* Págs. 76 y 77

tanto en el derecho peruano, como en el sistema jurídico latinoamericano, como señaló Cuevas Gayoso, invocando el Digesto: *¨Pater autem familias apellatur, qui in domo dominium habe*t...¨ [7]

Debemos reconocer que la presencia de los reyes católicos y sus sucesores influyó en la unidad de la legislación del continente americano.

Entre las fuentes del sistema jurídico latinoamericano podemos señalar como fuentes:

El Derecho Romano

El Derecho Eclesiástico[8]

El Derecho Castellano, y

El Derecho Indiano

Se trata de muy antiguas influencias normativas, desde los siglos V y VI y de la edad media, que incluyen el derecho de la Iglesia Católica, las normas de los Concilios Ecuménicos y las Siete Partidas y las Leyes del Toro.

El Derecho Indiano estaba constituido por las leyes posteriores a 1492, para gobernar las poblaciones del Nuevo Mundo. De todos modos, debemos aclarar que, además de las normas referidas, debe incluirse el derecho moderno, como el Código Francés de 1804, que acompañó la independencia de muchas naciones.

De todos modos, es importante recordar que en los siglos XVII y XVIII no se derogaban las leyes, ni había una sistemática jurídica que reemplazara las normas que debían ser derogadas. Debemos reconocer que los abogados de los siglos XX y XXI no hubieran podido defender ante los tribunales, teniendo en pleno vigor numerosas leyes derogadas.

En el Perú, dada la importante historia prehispánica, hasta la fecha existen diversas poblaciones con culturas ancestrales. Más aún, debido a su desarrollo, la Constitución en vigor, en mérito del precepto 48 reconoce como idiomas oficiales al castellano, al quechua y al aimara, y, en las zonas donde predominen a las demás lenguas aborígenes, que 'en verdad' son 47 idiomas nativos.

El Derecho Romano en el siglo XXI

Nuestro siglo continúa la tradición jurídica de los siglos XIX y XX, que habían recogido la cultura romana, no obstante, ello, respetando la dualidad que señala la Constitución Peruana en su art. 19 al reconocer varias identidades étnicas y de orden cultural, además de los 47 idiomas de las comunidades originarias. Nótese que el gran historiador Arnold Toynbee definió magistralmente el gran aporte que dieron a la humanidad, los

7. en Cuevas y Gayoso, José Luis, obra cit., pág. 33

8. Señalamos el Derecho Eclesiástico, porque -en puridad- el Derecho Canónico está constituido por los dos Códigos de la Iglesia Católica, el primero data de 1917 y el segundo fue dado en 1983, como consecuencia del Concilio Vaticano II, que produjo un aggiornamento o reforma de la Iglesia. Dichas reformas tienen mucha importancia en la vida social, sin embargo, con anterioridad a dichos cuerpos de leyes, la Iglesia realizaba los Concilios Universales, que influyeron en cambios civiles y legales, como el Concilio de Trento del siglo XV, que estableció las partidas de nacimiento o de bautizo, las de los matrimonios y defunciones, organizando las sociedades para el desarrollo de los pueblos. De ahí la importancia que tuvo el derecho eclesiástico, las normas de la Iglesia, pese a que aún no estaban codificadas

imperios americanos de Cuzco y México[9].

Toynbee puso al Tahuantinsuyo en el nivel de las viejas culturas que se desarrollaron en otras latitudes.

El gran jurista y maestro de Derecho Louis Josserand [10], quien dio clases en Universidades de muchos países europeos y de África, además de su cátedra en Lyon, Francia, observó muchos abusos que realizaban algunos propietarios a sus colindantes, sin salir de sus inmuebles, cavando su propio terreno hasta derrumbar el del vecino, pero afirmando no tener culpa: *Feci, sed jure feci*, es decir *os he ahumado, arruinado, pero con toda justicia*. En sus magistrales lecciones Josserand aclaraba que, si se pudiera emplear ese lenguaje, el derecho no sería derecho. No puede justificarse en ningún caso el abuso del Derecho. Y de esos dichos han surgido distintas ramas del derecho, referidas al subsuelo, al derecho aéreo y muchas especialidades que buscan la armonía y la justicia social.

Más aún, Josserand aclaró que el poder de abusar de las cosas de su propiedad no puede servir para justificar un acto que, inspirado exclusivamente en la intención de dañar, toma el carácter de un ataque al fundo vecino: "*malitis non est indulgendum*".

Y este aforismo tiene otro similar que se refiere al concepto que estudia la mentira, la simulación y el disimulo, considerados como fuente de derecho, aclarando que el derecho es la ciencia de lo bueno y de lo justo: "*ars boni et aequi*", que siempre enseñó a los hombres y mujeres a vivir honestamente: "*honeste vivere*", es la regla social, la moral obligatoria, que concede a la buena fe, numerosos privilegios, valiosas inmunidades, por ejemplo -en materia de posesión-, únicamente el poseedor de buena fe adquiere los frutos, y, según los casos, goza del beneficio de prescripción de corto tiempo, en la legislación francesa, lo que permite adquirir instantáneamente el bien mueble que proviene de un "*non dominus*". Por el contrario, la mala fe es tratada con severidad: el dolo, el fraude son sancionados, como reconoce el aforismo latino completo: "*Malitis non est indulgendum; fraus Omnia corrumpit; nemo auditor propriam turpitudinem allegans*", es decir: el dolo vicia los contratos, la mentira es la antítesis del derecho.

Hay también muchos ejemplos de los contratantes que se basan en datos falsos o que viven en la mentira. La mala fe de uno es superada por la buena fe del otro "*non dominus*". En esa pugna entre el bien y el mal, crece el bien: "*ex malo bonum*".

Hay también asuntos de simulación: "*aliud simulator, aliud agitur*", con muchos casos de simulación de varios grados, que llegan a disfrazar una donación por una venta. O también algunos casos en los que se pretende presentar a menores de edad como mayores de edad, pero se llega a descubrir el fraude: "*fraus Omnia corrumpit*".

Esta casuística fortaleció buscar equilibrio social en el viejo Derecho Romano, quienes nos dejaron el aforismo: "*neminem laedere*".

Otro jurista que ha influido en muchas universidades es el tratadista alemán Carl Schmitt[11], como autor del libro: ¨La Defensa de la constitución¨. En su prólogo narra que, en el siglo XIX, todavía se alude con frecuencia al eforato espartano, casi siempre con la inevitable referencia al "*quis custodiet ipsos custodet*". Y, describe varias situaciones

9. Toynbee, Arnold: ¨Estudio de la Historia de las Civilizaciones¨, EMECE, 1955

10. Josserand, Louis: ¨Del abuso de los Derechos y otros Ensayos¨, citados en las páginas 4, 5, 7, 8, 11, 24, 29, 30, 4

11. Schmitt, Carl, en ¨La Defensa de la Constitución¨, pág 26

de gobiernos que intentan manipular la Constitución, con el pretexto de la necesidad de interpretarla.

Schmitt estudia, asimismo, el rol del Parlamento como un resultado de pluralidades sociales, analiza que dicho organismo debería ejercer su representación a cabalidad, pero la realidad presenta otro panorama en la vida de los pueblos. Por eso insiste en la necesidad de que los abogados tengan una postura recta, para hacer respetar el derecho constitucional, garantía de las personas y de la sociedad. En esa defensa de los derechos, afirmó: "*Res dura et regni novitas me talia cogunt moliri*".

Casuística del Derecho Administrativo

El ejercicio del derecho es tan amplio, sin embargo, ninguna de las ramas del Derecho Moderno escapa a la influencia del Derecho Romano.

En efecto, muchos creen que el Derecho Administrativo es nuevo, sin embargo, la historia comprueba que el antiguo Derecho Romano desarrolló también leyes referidas al Estado y a su relación con los ciudadanos y los estamentos de la Administración.

Nos referirnos a esta rama del derecho al reconocer que los antiguos legisladores se preocuparon también por los efectos de las actividades del Estado y sus consecuencias en los ciudadanos, sujetos de la administración pública.

En el Perú se reformó la legislación de la administración pública con la dación de la Ley N° 27.444, que en su art. III, numeral 1.10 del art. IV del Título Preliminar, establece con meridiana claridad que la actuación de la administración pública permitirá la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional, donde el principio de eficacia busca que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto.

Hay también actos impugnables, son los recursos administrativos, destinados a reformar un acto administrativo, que se supone lesiona un derecho e interés del administrado impugnante, a efectos de que el órgano superior jerárquico revise el acto y cambie la situación jurídica del recurrente, contrario sensu, sería ilógico en el ámbito administrativo que el recurso busque, mediante la revisión de la autoridad superior en grado, el agravio de su derecho. En ese caso, el administrado hubiere optado por no interponer ningún recurso administrativo, sino simplemente consentir el acto administrativo sancionador.

El numeral 237.3 del artículo 23 de la Ley Peruana 27.444 expresa claramente que cuando el infractor sancionado impugna la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

Sobre este caso, podemos sostener la vigencia en la legislación peruana del principio: "*non reformatio in peius*", que garantiza la finalidad que busca el recurso administrativo, es decir, cautelar el derecho del sancionado impugnante[12].

12. *En el derecho adm*inistrativo: *Serrano, Zócimo* y *Delgado, Wilser* presentan un caso administrativo con el aforismo ¨non

Este principio fue estudiado en el Derecho Administrativo por los abogados peruanos Zócimo R. Serrano Coz y Wilser Delgado Vásquez, en su obra: ¨El Poder Disciplinario en la Administración Pública¨, sin embargo el aforismo: "*non reformatio in peius*", es una figura invocada en algunas sentencias latinoamericanas, como la que consta en el expediente sobre Acción de Amparo N° 1255/54 del Juzgado penal de México, sentenciado por unanimidad el 19 de septiembre de 1957, habiendo sido ponente el Juez Luis Chico Goerne, quien después fuera Rector de la Universidad Autónoma de México, UNAM[13].

Recomendaciones

1. Las Universidades deberían fomentar concursos y trabajos de investigación sobre la influencia moderna del Derecho Romano.
2. Las Revistas que publican y editan las Universidades del siglo XXI deberían dar espacios a los trabajos dedicados a estudiar sobre la influencia del Derecho Romano en el Derecho Contemporáneo.

Bibliografía

Churruca, Juan de; Mentxaka, Rosa. (2015). *Introducción histórica al Derecho Romano*. 10ª ed. Bilbao : Universidad de Deusto.

Cuevas Gayoso, José Luis. (2013). *Costumbre jurídica*. Veracruz : Universidad Veracruzana.

Josserand, Louis. (1999). *Del abuso de los derechos y otros ensayos : monografías jurídicas*. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis.

López Rendo Rodríguez, María del Carmen. (2020). *Fundamentos romanísticos del derecho europeo e iberoamericano*. Oviedo : Universidad de Oviedo.

Ribas Alba, José María. (2016). *De la donación al contrato*. Madrid : Editorial Tecnos.

Schmitt, Carl. (1998). La Defensa de la Constitución. Madrid : Editorial Tecnos.

Serrano Coz, Zócimo R.; Delgado Vásquez Wilser. (2006). *El poder disciplinario en la administración pública*. Lima : Escuela de Periodismo Jaime de Bausate y Mesa.

reformatio in peius¨.

13. *Archivo del Poder Judicial de México, año 1957*

Derechos bancarios : Ubi societas ibi ius

Marilina Andrea Miceli[1]

1. Doctora en Derecho, Profesora Universitaria, Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As, Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano UAJFK, profesora de Post grado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del doctorado en Cs. Jurídicas de la Universidad Argentina John F Kennedy, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, AIDROM, de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina ADRA y del Instituto de Historia y cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata.

Ubi Societas Ibi Ius[2]

Nociones Generales

El ser humano, eminentemente social, es autor y protagonista de sus propias relaciones sociales. A lo largo de su vida, se diseña y se proyecta en relación con su entorno y grupo de pertenencia. Dentro de esa sociedad, los valores o ideales se representan como estándares valorativos que resignifican lo cotidiano.

De manera positiva o negativa y, por medio de lo heterónomo, representado en el Estado, son las normas las encargadas de describir el abanico conductual de posibilidades, otorgándoles consecuencias valiosas o disvaliosas según el entramado jurídico de múltiples relaciones que, en coexistencia desempeña el hombre, a través de sus conductas.

No debemos olvidar que la sociedad evoluciona históricamente y se desarrolla a lo largo del tiempo, a través de un proceso gradual. Indica Bonfante; "El derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo a pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades...".[3]

Sabemos que la tradición en general, y en particular la tradición jurídica propia del continente europeo se remonta sin solución de continuidad hasta el antiguo Derecho Romano, que logra evolucionar a través de la aplicación de justicia al caso concreto, transmutando o transfigurando en lo que solemos denominar fenómeno de pervivencia del Derecho Romano.

Señala D´Ors que el Derecho Romano en sí mismo es algo más profundo que trasciende lo meramente histórico[4]. "En el radica el numen del derecho del mundo occidental como claro forjador de las ideas jurídicas a través del paso del tiempo."[5]

El presente trabajo refiere al Derecho Bancario actual, en especial, a la regulación argentina, considerando que cada nueva normativa viene a ajustar, mejorar o cubrir un vacío o contradicción legal que, de sostenerse, tornaría injusta la situación jurídica de las partes.

Siendo el derecho un objeto cultural creado por el hombre para satisfacer sus necesidades, no parece extraño el aforismo latino *ubi societas ibi ius,* haciéndose necesario retrotraernos para anclar en el pasado pues, es la historia quien nos confirmará si dicho principio aplicó al fenómeno jurídico traído a estudio.

Debemos considerar que la empresa bancaria, hoy en día, resulta de particular importancia, pues, la actividad va dirigida desde el pequeño consumidor bancario no especializado hasta las grandes empresas internacionales con utilización de específicas y

2. Donde hay sociedad, hay derecho. y donde hay derecho hay personas que se ocupan de crear normas jurídicas, aplicarlas y explicarlas.

3. Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 9.

4. Ver D`Ors Pérez Peix, A, Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1943

5. Costa, J. C. los principios generales del derecho. Sistema latinoamericano, XI Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J. C. Temas de Derecho Romano, bs. As. 1994, Pág. 17 y SS.

variadas tecnologías.[6]

Así, la naturaleza jurídica del Derecho Bancario y la protección al consumidor bancario queda contenida en el código unificado, las disposiciones generales y particulares aplicables a consumidores y usuarios y los principios propios de dicha actividad, como ser: la transparencia en los contratos, el secreto bancario, la responsabilidad civil de la banca, el estatuto del consumidor, las entidades financieras, los contratos que se generen y los nuevos tipos penales, así como también, todo el amplio abanico de posibilidades que puedan presentarse en la práctica, siendo un derecho en constante evolución.

Derecho Bancario

En el año 2015 entra en vigor en la República Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión reformadora comprende la importancia de esta especialidad incorporando en los contratos bancarios un parágrafo específico, referido a los contratos bancarios con consumidores y usuarios.

El Derecho Bancario es considerado una especie o subsistema derivado del derecho mercantil. Garrigues habla de un doble aspecto, las normas propias aplicadas a los bancos y, por otra parte, la normativa que comienza a desarrollarse a partir de las diversas actividades que el mismo banco, con el afán de obtener ganancias, y por medio de contratos desarrollan.[7]

Como indica Etcheverry, los bancos ya no son "una empresa que tiene por objeto la mediación en las operaciones referidas al dinero y a los títulos" sino organizaciones complejas con creciente diversidad.[8]

La burguesía y el capitalismo centran su mirada en el mercader, las familias dinásticas, con su acopio de riquezas y de tierras, generan la moderna clase comerciante. Ya en el siglo XV existía la separación entre capital y trabajo, configurándose la *commenda* en Italia, el derecho consuetudinario mercantil en Francia, y la utopía mercantilista para la conformación del nuevo modelo de Estado-Nación en toda Europa.

Así nacen los bancos como asociaciones o centros de acumulación y guarda monetaria, siendo los banqueros verdaderos profesionales y especialistas de la empresa hoy en día.

Respecto de los consumidores, el deber de cuidado es esencial para mantener el equilibrio entre las partes, así en el Capítulo 12 del CCyCN en su segundo parágrafo de la Sección Primera, se hace especial referencia a la relación jurídica que se genera entre ambos, mientras que, la segunda parte, hace referencia a las actividades propias como lo son la cuenta corriente, el depósito, préstamo y crédito, entre otros.

Los bancos ocupan el mercado por la realización de operatorias y contratos que le son propios, regulados a partir de Art. 1.378 y ss. CCyCN, operatorias que se encuentran bajo el régimen regulatorio del Banco Central de la Nación.

"El banquero es el principal beneficiado con la multiplicación del comercio y los

6. Ver Ferrer de Fernández Esther Haydée S directora y Rocha Daniela Dora coordinadora en "Derecho del Consumidor en la Contratación Bancaria" Astrea, Bs. As. 2019.

7. Ver Garrigues, Contratos Bancarios pág. 1.

8. Etcheverry, Derecho comercial y económico parte general pág. 14.

negocios"[9], manifiesta Etcheberry, pero, primando siempre, la ley de defensa del consumidor.

Podemos observar la multiplicidad normativa que atraviesa dicha actividad, a su vez, nuevos negocios que orientan a un carácter de banca social se agregan a la agenda diaria, por ejemplo, la banca ética por la cual se financian proyectos medioambientales o de corte social, comprendiendo que, "invertir en medioambiente significa actualmente para los bancos, obtener nuevos clientes y mejorar las relaciones interpersonales."[10]

No cabe duda de que el crédito originó y siempre ha sido, una actividad mercantil en donde la buena fe y la reciprocidad son parte esencial del contrato y se comprende que sea el caballito de batalla del baquero que inspira confianza y siendo su evolución, el correlato de la necesaria regulación normativa.

La organización bancaria se transforma en un subsistema que se positiviza en la ley de entidades financieras. Primeramente, se conecta con el derecho privado, luego con la ley común complementaria y por último se eleva por el sistema jurídico en pleno. Es decir que encontramos primero el subsistema bancario, dentro del sistema financiero que se encuentra controlado por el BCNA según ley 21.526 y a ello se suman sus normas reglamentarias.

Dentro del entramado, también encontramos normas penales que han creado nuevas figuras vinculadas estrechamente al sistema bancario, económico y empresarial por ejemplo la ley de subversión económica 25.602/02, ley de lavado de activos 26.686/11 y la ley 26.733 que tífica diversos delitos como el manejo ilícito de información privilegiada (*insider trading*), balances falsos, entro otros.

Otra arista es el cliente y la protección de sus datos que se rigen por la ley 25.326 art. 2 y ss., datos personales y sensibles bajo la Dirección Nacional de Datos Personales, Ley de tarjetas de Créditos y la prohibición de brindarles informes regulada en la ley 25.065 dejando entrever la conexión normativa que, desde las aristas del contador, el economista y el jurista complejiza aún más la creciente negociación y diversificación del instituto.

En resumen, el derecho bancario se trata de analizar y regular el *status* bancario, esto es, cómo se crean los bancos y entidades y cuál es su ejercicio con normas de carácter público y, por otra parte, las operaciones bancarias específicas desarrolladas dentro del desenvolvimiento de su rol profesional y para el logro de sus objetivos pecuniarios.

La figura del banquero

De las fuentes de conocimiento consultadas, podemos encontrar en Manuel García Garrido, muchas de las actividades bancarias desarrolladas en Roma "Los profesionales de la banca, a partir de la época de la expansión imperial, realizan indistintamente diversas operaciones, como eran la comprobación y cambio de monedas, el depósito y concesión de préstamos, la intervención en las subastas con todas las operaciones anexas. Las especialidades de los *argentarios,* en los depósitos y préstamos, los *numularios* en la comprobación y cambio de monedas, y de los *coactores* en las subastas (Vid. Cap.

9. Etcheverry en Derecho del consumidor en la contratación bancaria Ed Astrea Bs As Pág. 11

10. ídem pág. 14.

II) que se van unificando en el ejercicio de la *mensa*. (Vid. Cap. III)."[11]

Justiniano expresa en su Nov.136 Pr, que los banqueros realizan garantías y mutuos llenos de peligro, por lo que se interpreta genéricamente que se dedican a dar y recibir préstamos y garantizar otros.[12]

Jerome Carcopino, al referirse a los orígenes de la especulación financiera, manifiesta: "Los primeros casos históricos de especulación aparecen en la antigua Roma, durante la república en el siglo II antes de Cristo. En esta fecha, el sistema financiero romano había desarrollado muchas características del capitalismo moderno: los mercados florecían porque la ley romana permitía la libre transferencia de propiedad, se prestaba dinero a interés, los cambistas trabajaban con divisas extranjeras y en los territorios romanos se podían realizar pagos mediante cheques bancarios. El capital se concentraba en Roma, como luego se concentraría en Ámsterdam, Londres y Nueva York"[13].

Polibio, al describir los últimos años del periodo republicano, se manifestaba en relación con el gran interés popular en la tenencia de acciones, sobre todo de acciones públicas.[14]

Dos son, básicamente, las actividades comúnmente afrontadas por los banqueros, la primera dar o recibir en préstamo, la segunda, garantizar asumiendo deudas ajenas.[15] Es suficiente con la lectura y enumeración del D.2.13.6.3[16].

En una larga evolución histórica que va del siglo I a.C. al siglo III D.C. en la que podemos observar una progresiva formación evolutiva de la empresa, primero comercial y luego de banca, entendida como organización de capitales y de trabajo de esclavos, libertos y libres, para el ejercicio de actividades, primero, comerciales y luego de tipo bancarias, la empresa de banca conocida como *mensa argentaria*[17] y sus diferentes aspectos y operatoria a través de la sociedad de banqueros como *societas argentariorum,*[18] se consolida en su especie.

La inmensa mayoría de los datos llegados a nuestros días data de la época de Justiniano, en donde la figura del banquero parece haber tenido mayor preponderancia.

Entre las concesiones efectuadas a los banqueros por parte de Justiniano, podemos

11. García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios jurídicos y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001, Pág. 75.

12. Ed. 9.5 reitera que el medio de vida de los banqueros consiste en dar y recibir mutuo, garantizar a otros y cobrar intereses.

13. Carcopino, Jerome, *Daily Life in Ancient Rome, Londres*, 1956, Pág. 74.

14. "En toda Italia, los censores otorgan gran cantidad de contratos, demasiados para detallarlos, para la construcción y reparación de edificios públicos, y también para la recaudación de rentas sobre ríos navegables, puertos, jardines, minas, tierras, en una palabra, toda transacción que esté bajo el control del gobierno romano se entrega a contratistas. Todas estas actividades son realizadas por el pueblo, y apenas hay un alma, podría decirse, que no tenga cierto interés en estos contratos y las ganancias que de ellos se derivan. Polybius, Rise of the Roman, Book IV, 17 (trad. Ing. Ian Scott-Kilvert, Londres, 1979, Pág. 316.

15. Ed. 7 PR del año 542, Ed 9 PR, Nov 136 PR hacen referencia a dichas actividades bancarias y en particular al mutuo sin documentar como medio de publicidad y buena propaganda del banquero prestamista a sus clientes de confianza.

16. Ver comentario de pág. 76 en García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid. 2001

17. D.14.3.20. / D.14.3.19.1./ D.2.14.47.1

18. D.17.2.52.5/ D.2.14.9 Pr, 2.14.27 Pr y 4.8.34 Pr.

mencionar por ejemplo la Nov. 136, 3 en donde Justiniano les otorga, frente a la falta de pago de sus deudores, el derecho de hacerse de los bienes comprados con dinero que éste, hubiese recibido en préstamo desde la banca.

En el párrafo 1 del cap. 5 de la Nov. 136, Justiniano se refiere a los intereses que corresponden por el otorgamiento de un préstamo, concediéndole plena validez al pacto de intereses entre las partes. También se ocupa de regular, para el caso de no encontrarse nada estipulado, un interés del 8%.

En el capítulo 4 del Ed. 7 del año 542 se fija un sistema por el cual, en el caso de no poder ubicar al mutuario, se irá contra el garante.

Al finalizar el mencionado capítulo, el emperador habla de la importancia de los banqueros y del tráfico bancario, ya que su corporación coopera al bien común y sus contratos sirven a casi toda la república.[19]

Se generan y regulan, previa casuística, contratos bancarios y de financiamiento. En la época posclásica bizantina, se van asentando algunos aspectos a favor de una mirada subjetivista o consensualista de los contratos mercantiles, esto ocurre sobre todo al interpretar y aplicar derecho a los actos tendientes a generar deberes y facultades recíprocas.

Con el derecho bizantino, los contratos adquieren su mayor evolución, Diaz Bautista nos dice al respecto, "desde antiguo había estado el pensamiento jurídico romano más vinculado a la mentalidad agraria y campesina que a las concepciones mercantilistas del mundo helénico; (...) Especialmente en materia bancaria, se advierte la huella helénica a lo largo de toda la historia de Roma[20]. Los banqueros romanos solían ser de origen griego[21] y posiblemente la estructura de los negocios que realizaban se sustraía a esta tradición."

Las fuentes de conocimiento emanan de diferentes disciplinas, especialmente de la economía como parte de la cultura social romana, dentro del manejo cotidiano del comercio. El arquetipo romano del pastor se ve enriquecido por el espíritu mercantil bizantino. Mientras en Roma se ha cosechado el trigo, Bizancio, por tener una amplia hoja de ruta mercantil, ha cultivado y cosechado la figura del banquero, quiénes, con el paso del tiempo, se organizan corporativamente, requiriendo su desempeño, una normativa jurídica especial como plena aplicación del aforismo aquí mencionado.

Los plazos se acortan por la necesidad de aceitar la circulación monetaria, se crean instrumentos propios, afines a la actividad mercantil en general y bancaria en particular y se establece un fuero de competencia especial para litigios.

Así el crédito, como una obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero que generaba el deber de posterior restitución fijaba para su incumplimiento, la reclamación que se encontraba jurídicamente protegida por la acción de la *condictio*.

En el caso del depósito, como el acuerdo de voluntades por el cual una persona deno-

19. Pág. 765, líneas 26 a 28.-

20. Diaz Bautista, Estudios sobre la Banca Bizantina, Negocios Bancarios en la legislación Justinieanea, libro on line www. interclassica.um.es pp 3 y 4 Murcia, 2012.

21. En Diaz Bautista, Estudios sobre la banca Bizantina, negocios Bancario en la legislación justinianea, libro on line www. interclassica.um.es Murcia 2012, Pág. 4, "Ya en tiempos de Plauto se les llamaba, además de *argentarii*, con el nombre griego de *trapeziti*, vid. GIANGRECO-PESSI. *"Argentarii"* e "Trapeziti" *nel teatro di Plauto*, AG 201 (1981) 39 y sigs., LAUM, RE Supplementband IV, 1924, s.v. Banken.

minada depositante le entrega a otra, denominada depositario una cosa mueble, para que la guarde o custodie gratuitamente, y la devuelva ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido.[22]

Siendo el depósito irregular el antecedente del depósito bancario; contratos en los cuales el objeto depositado es una cosa fungible o sustituible y también dinero u objetos no determinados, por encontrarse en sacos o bolsas cerradas.

Manifiesta Costa, "Es semejante al mutuo. Sin embargo, este depósito se celebra en interés del depositante, ya que este le entrega la custodia de los bienes al depositario por la responsabilidad y confianza que éste le inspira. En este caso, basta el simple pacto de interés, ya que se trata de un contrato de buena fe."[23]

Así lo expresa el digesto claramente en su título 42: en cuanto hace referencia a "los que depositaron dinero en el banco llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente a los banqueros."[24]

Respecto al mutuo, los romanos entienden que cuando la cosa entregada es una suma de dinero, las partes pueden convenir intereses, *usurae*, por la privación del uso que sufre el prestamista pudiendo pactarse intereses,[25] en un principio eran irrestrictos; por eso y, para evitar abusos, la Ley de las XII Tablas fija el límite en una onza por ciento al mes (*uncia*), que equivale al 8,33%[26] situación que se reafirma en el año 355 A.C. con la *Lex Duilia Maenenia*. Años después, en 347 a.C. y, por cuestiones sociales[27], un plebiscito reduce la tasa de interés a la mitad, posteriormente la *Lex Genucia* los prohíbe en el año 342 a.C.

Gayo nos cuenta que cada interés mensual devengado pasa a ser parte del capital adeudado, así, los nuevos intereses del mes posterior se recalculan, agravando la situación del deudor.[28] Con Sila se determina que los intereses no pueden superar el 1% mensual, es decir, el 12% anual y Justiniano, luego los reduce aún más, 6%, aunque todo quedara supeditado al estudio del caso concreto.

Otras actividades conocidas fueron la asunción de deuda por el banquero. *Argentarii Receptum,* en beneficio de un acreedor al que le promete abonar el dinero adeudado por su cliente y puede poseer diferentes utilidades, como lo indica en su trabajo García Garrido, operaciones de caja, garantías personales para adquirir créditos, para gestionar la apertura de una cuenta de crédito y para efectuar cambios monetarios.[29] Transferencias. *Permutationes*.- como una red de banqueros, que, como corresponsales unos de otros y basados en la confianza mutua, efectuaban la transferencia abstracta de cada uno de

22. D.13.6.5.2.

23. Costa J. C., Manual de Derecho Romano Público y Privado, Lexis Nexis, Bs. As. 2007.

24. D.42.5.24.2

25. Tito Livio 7.16.

26. Tabla 8.18

27. El plebiscito es la norma jurídica de la clase plebeya, *plebis*, que, por evolución, con el transcurso del tiempo, logra, ya avanzada la república, ser obligatoria para todo el pueblo de Roma, inicialmente solo eran normas obligatoria para la propia clase social que la originaba.

28. Gayo 4. 23. 53

29. Ver García Garrido, El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001.

los fondos.

La forma de garantizar el negocio era efectuar un depósito, realizar una cesión de crédito o dejar constancia de la transferencia en los libros contables del banquero. Los banqueros, además, participaban también como agentes dentro de las subastas, podían ser encomendados en la gestión y administración de los patrimonios de sus clientes, formar parte de una sociedad de inversión y participar en juicio como testigos, pudiendo acreditar los dichos de una u otra parte dentro litigio, con la simple presentación de sus libros bancarios como medio de prueba conducente.[30]

Lo que se debe resaltar es la protección por medio de acciones de cada una de las partes y, en particular, la protección del más débil como parte de la práctica cotidiana del sistema jurídico romano en torno a toda regulación de intereses, el límite usurario casi confiscatorio del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de la mensa.

Como reconocieron y compaginaron sus resoluciones identificando, dentro de la relación jurídica la disparidad de los sujetos intervinientes sin descuidar la práctica profesional y el funcionamiento de la mensa.

Protección del consumidor que recién receptada y positivizada en nuestra carta magna en la última reforma constitucional de 1994, como derecho de tercera generación y que requiere la incorporación y especialización normativa en la legislación que de ella se deriva como norma magna y fundante en leyes inferiores. Tal es el caso de la ley de protección del consumidor y las normas incorporadas recientemente a nuestro código unificado como basamentos o principios, como en el caso a estudio es el de la transparencia en la contratación bancaria.

A modo de conclusión

Es así como, evolutivamente, la innumerable presentación de casos ha compelido a los diversos operadores jurídicos a lo largo de la historia, a aplicar *iustitia y aequitas* al caso concreto. Con sentido común y congruencia, fueron generando y adaptando, por casuística, cada instituto, logrando la pervivencia esencial de los mismos frente al vacío legal existente por estar allí, por ser sociales, por ser prácticos y pragmáticos pues, donde hay sociedad, hay derecho y donde hay derecho hay personas que se ocupan de crear normas jurídicas, aplicarlas y explicarlas y como dijera, humildemente, comprendo que la experiencia de vida occidental porta el velo de la esencia y, en especial, la esencia jurídica romana.

Bibliografía

Argüello, Luís. (1976). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea.

Bonfante, P. (1959). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid : Instituto Editorial Reus.

30 D.34.3.28.8/ D.16.3.7.2.

Carcopino, J. (1956). *Daily life in ancient Rome*. London : George Routledge And Sons Ltd.

Corpus Iuris Civilis.

Costa J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Lexis Nexis.

Costa, J. C. (1998). *El negocio jurídico en Roma : influencia en el derecho argentino*. Buenos Aires : Estudio.

Costa, J. C. Los principios generales del derecho. Sistema latinoamericano, XI Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J. C. Temas de Derecho Romano, Bs. As. 1994.

Costa, J. C. (1997). *El derecho de familia y de las personas en Roma*. Buenos Aires : Estudio.

D´Ors. (1964). Documentos y notarios en el Derecho Romano postclásico. En: *Centenario de la Ley de Notariado*.

Di Pietro, A. (2004). *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*. Buenos Aires : Ábaco.

Díaz, Bautista. (2012). *Estudios sobre la banca bizantina : negocios bancarios en la legislación*. Murcia : Justinianea. URL: www.interclassica.um.es

García Garrido, M. J. (2001). *El comercio, los negocios jurídicos y las finanzas en el mundo romano*. Madrid : Fundación de Estudios Romanos.

García, R. G. (2007). *Fundamentos del derecho*. Buenos Aires : Parábola.

Gayo 4. 23. 53

Gayo 4. 23. 53

Iglesias, Juan. (1965). *Derecho Romano : instituciones de derecho privado*. Buenos Aires : Ariel.

Polybius, Rise of the Roman, Book IV, 17 trad. Ian Scott-Kilvert. Londres, 1979.

Ponssa de la Vega de Miguens, N. (1979). *Manual de historia del Derecho Romano*. Buenos Aires : LEA.

Desde la clasificación de los contratos romanos modernos a la importancia de su cumplimiento[1]

Viviana Cespedes[2], Mercedes Landivar[3], Marilina Andrea Miceli[4]

1. El presente trabajo colaborativo, se genera como parte del proyecto de inserción a la investigación de los estudiantes avanzados de la carrera de Derecho, en este caso comisión 235 UBA

2. Auxiliar docente de la materia Derecho Romano Universidad Abierta Interamericana, Doctoranda en Derecho Universidad del Museo Social Argentino.

3. Estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As.

4. Coordinadora: Doctora en Derecho, Profesora Universitaria, Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As, Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano UAJFK, profesora de Post grado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del doctorado en Cs. Jurídicas de la Universidad Argentina John F Kennedy, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, AIDROM, de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina ADRA y del Instituto de Historia y cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata.

Introducción

La categoría de los contratos reales forma parte del patrimonio conceptual y sistemático de la tradición jurídica europeo-continental pues, en la mayor parte de sus ordenamientos jurídicos la entrega de una cosa ya sea que implique o no una transferencia de dominio, constituye o constituyó su modo de perfeccionamiento.

Considerando que el Derecho Romano es la base de lo que se denomina sistema jurídico continental; tomamos a la relación contractual y a la obligación, que de ella deriva, como parte del cumplimiento debido y de las buenas intenciones que se esperan de la contraparte, pues, los pactos están hechos para cumplirse; locución latina *pacta sunt servanda*. que, pareciera fortalecerse, en el código unificado, por la importancia que se le otorga al acuerdo de voluntades, hasta el punto de eliminar la histórica clasificación entre reales y consensuales prevaleciendo la última como única nominación contractual.

Cabe aclarar que, en Derecho Civil, este principio viene definido como una regla tradicional la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos. En nuestro sistema, este principio, se encuentra regulado específicamente, en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de cumplimiento de contratos.

Contractus

Hoy, puede definirse de modo general, como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos capaces de crear, regular, modificar, transferir o extinguir derechos con contenido patrimonial (Borda, 2016).

Sin embargo, el contrato no siempre significó lo mismo, siguiendo a Di Pietro, puede señalarse que el vocablo contractus, como sustantivo en su forma nominativa, no figura en los primeros tiempos ni tampoco se lo conoce como un término abstracto jurídico en el sentido en que lo conocemos hoy, su aparición es, en términos históricos, tardía (Costa, 2016).

El término contractus se conforma a partir del verbo *contrahere* y comienza a utilizarse para denominar a cualquier obligación contraída como consecuencia de la conducta humana.

Conducta, reconocida como obligatoria por encontrarse dotada de una causa civil y provista de una acción, respetando, además, las solemnidades que la ley establecía para poder celebrarlos. Esta "causa civil" se refería a que la ley contenía un catálogo cerrado de contratos que podían celebrarse, cada uno con sus reglas particulares, el cual se iba actualizando a raíz de cambios políticos, económicos y sociales que iban sucediendo.

Es Justiniano, a través del *"Corpus Iuris Civilis"*, quien logra definir a los contratos, eliminando el requisito de la causa civil y estableciendo al contrato como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra; creando, modificando o extinguiendo deberes y derechos. Concepto que evoluciona con Donello y Cuiaccio,

para, en la época moderna en donde Grocio desarrollará el consensualismo contractual, cuya influencia se reflejó en los juristas Domat y Pothier. (Costa, 2016, p. 270-293) fortalecer la voluntad de las partes por medio del acuerdo.

Finalmente, Savigny ampliará el concepto, el cual fue tomado casi literalmente por Vélez Sarsfield en el Código Civil, hasta llegar a nuestro código unificado, art. 957, donde se lo define como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

En Roma, se evidencia la importancia de dar cumplimiento a lo pactado en la *actio praescriptis verbis*, en ella, se reconoció una tutela procesal por la cual, podía exigirse el cumplimiento de lo pactado siempre que una de las partes hubiera entregado la cosa o cumplido con la prestación convenida, pues , porque una de las partes ya se había enriquecido (Gastaldi, 1974, p. 13). Es así como evidenciamos que los pactos se celebran para cumplirse, es decir, no bastaba el mero acuerdo de voluntades, sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación. Una prueba más de que la obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos según Belda Mercado, 2008, intereses que se relacionaban con el cumplimiento efectivo.

Claro está que el consentimiento, el objeto y la causa fueron signados como elementos necesarios siendo considerados *contractus lex* y sus preceptos fundamentales: observar el principio de literalidad, el principio de relatividad, el principio de legalidad, el principio de irrenunciabilidad, el principio de buena fe, no siendo plausibles de modificación unilateral puesto que están hechos para cumplirse en sus propios términos.

Los elementos necesarios de los contratos en Roma siguen siendo los mismos con los que contamos hoy en día, sujeto, objeto y causa, aunque el C.C y CN. no toma a la causa como elemento de los contratos sino de las obligaciones (Barbón, Lacambra, 2017, p.1).

Si bien, por principio de relatividad, los contratos sólo tenían efectos entre las partes, en algunos casos, surtían efectos respecto de terceros, por ejemplo, los causahabientes o los acreedores quirografarios ya que, cualquier contrato del deudor que afectara su patrimonio, lo hacía, también, en la garantía de cobro.

Revisando su evolución los contratos romanos pueden dividirse en “contratos romanos antiguos” y “contratos romanos modernos”, a su vez Gayo en *Institutas*, los dividía en verbales, perfeccionándose por el empleo de la palabra y literales, o escritos.

Entre los verbales, encontramos el *nexum*, la *sponsio* y la *stipulatio*. Entre los literales, la nómina *transcriptitia*, la *chirographa* y la *syngrapha*. Por otro lado, dentro de los “contratos romanos modernos” se distinguían los contratos reales de los consensuales, la diferencia radica en la forma de perfeccionamiento, si se requería la entrega de una cosa o si era suficiente el acuerdo de partes.

Reconocidos en las Instituciones de Justiniano los contratos reales son el mutuo

(*mutuum*), el comodato (*commodatum*), el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*) en algunos se transmitía la propiedad, en otro la posesión o la tenencia. (Costa, 2016, p.270-292). Dichos contratos hoy adquieren la categoría de consensuales pues, la actual codificación eliminó dicha categoría.

Analizar cada uno, escapa al estudio del presente trabajo, aunque podemos someramente mencionarlos; así el Mutuo, conocido también como "préstamo de consumo", era el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona, llamada mutuante, le entregaba en propiedad a otra, llamado mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de esta última de restituir, dentro de cierto plazo fijado o por resolución del juez , previa intimación, de la misma cantidad, género y calidad.

La transferencia de la cosa implicaba el traspaso de la propiedad, por dicha razón, el prestamista debía tener capacidad para enajenar y tener el dominio sobre la cosa. En el caso de que la cosa hubiere sido ajena, debía verificarse si el adquirente había sido de buena o mala fe: en el primer caso el mutuo se consideraba válido, en el segundo, el tercero propietario de la cosa estaba autorizado a recuperarla mediante la acción de reivindicación; en caso de que la cosa ya hubiera sido consumida, debía restituirse una suma de dinero equivalente. Se admitía la tradición simbólica y por medio de representantes o gestores, aunque, en sus inicios, requería las mismas solemnidades que el contrato de *nexum*. Respecto a los intereses, en un inicio fueron ilimitados, luego, pasaron de ser usurarios y, por último, con Justiniano, limitados a un 6% anual.

Respecto al comodato o "préstamo de uso", era el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona, llamada comodante, entregaba gratuitamente a otra, llamada comodatario, el uso de una cosa no fungible, debiendo esta última devolverla, en el lugar y tiempo convenidos. Respecto del uso de la cosa, el comodatario debía utilizarla según lo acordado, caso contrario, debía servirse de acuerdo a uso común. Como el comodante no obtenía beneficio, el comodatario era responsable por caso fortuito, dolo y culpa ante su pérdida.

En relación al Depósito, éste era entendido como todo acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada depositante, le entregaba una cosa mueble a otra, llamada depositario, para que guarde o custodie gratuitamente, y lo devolviera ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido, incluyendo los frutos y productos que se le hayan agregado. Era gratuito, aunque, con el derecho justinianeo, se comenzó a permitir la percepción de una retribución al depositario por la guarda de la cosa, entendiéndose que el depositario respondía solo por dolo y culpa grave.

La jurisprudencia romana va a admitir el "depósito necesario", con motivo de una calamidad pública, tumulto, incendio, ruina, naufragio o cualquier otra situación imprevista que, impidiera que el depositante pueda elegir libremente a quién confiar su depósito. El secuestro, cuando dos o más personas le daban a otra la custodia de un bien, y ésta debía entregársela a un individuo designado previamente, o a quien llegara a encontrarse en determinada situación. El "depósito irregular", cuando se entregaba la custodia de cosas fungibles, generalmente dinero, y el depositario debía devolver otras

del mismo género, se celebraba en interés del depositante ya que éste le entregaba la custodia al depositario por la responsabilidad y confianza que le inspiraba, se acordaban intereses y es considerado antecedente de los actuales depósitos bancarios.

La Prenda, determinada como acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada pignorante le entregaba a otra, llamada pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla, sin utilizarla y de restituirla, cuando ella se saldara; era y es un contrato accesorio a la obligación principal del deudor. El acreedor prendario respondía ante la pérdida de la cosa por dolo y por culpa, pero no por caso fortuito ya que ambas partes tenían un interés en su celebración. Una vez que la obligación principal era cumplida, el acreedor debía restituir la cosa junto con los frutos que ésta generara, salvo que pactara "pacto de anticresis".

Si nos ubicamos en la línea de tiempo observaremos que, de la evolución en el perfeccionamiento de los contratos, en donde existía el requerimiento de una causa civil dotada de una actio pasamos a la época justinianea en donde se comenzaba a reconocer contratos previstos o no previstos en la ley y de carácter nominados e innominados, seguimos, por dichos lineamientos y, observamos que la codificación moderna, en especial nuestro C.C. tenía una parte general de contratos y una especial, de tipo consensuales y reales siguiendo la metodología clásica de las Institutas de Gayo y Justiniano.

Si bien la calificación, hoy, se encuentra eliminada, los contratos reales romanos y sus lineamientos perviven en la actualidad, la diferencia radica en el momento en que el contrato queda perfeccionado. Podemos mencionar, por ejemplo, el artículo 1.357 del contrato de depósito y el art. 1.527 del contrato de mutuo, en los cuales se presume, son onerosos, advirtiéndose que el "permiso" de pactar una retribución en la época romana, en la actualidad, se convierte en regla, salvo pacto en contrario.

Con el paso del tiempo, comenzaron a tornarse más constantes las críticas de la doctrina acerca de la distinción entre contratos reales y consensuales, viéndola, como indicaran Freytes y Ayala, como un mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición, sin razones que justifiquen su mantenimiento[5]; en donde la clasificación de los contratos reales creaba una inmensa injusticia cuando las partes acordaban sobre un contrato real pero luego, por la falta de entrega de la cosa objeto del mismo, se carecía de acción para reclamar el cumplimiento del acuerdo. Solo era posible superar esta injusticia con la eliminación de esta categoría de contratos[6]. Sin embargo, podemos indicar, que, al eliminarla, no se le ha restado importancia a la entrega de la cosa, si bien pierde preponderancia en orden al perfeccionamiento del contrato, es parte de la etapa

5. Ver en Freytes Alejandro E, "El contrato en el proyecto de Código. Concepto y clasificación", La ley, Buenos Aires, 2013, pág. 4.

6. Ver en Ayala Martín, "Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero 'Derechos personales'", Infojus, pág.32 http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf. Visitado el 26/05/20

de ejecución, de eficacia, de cumplimiento del plan prestacional del negocio jurídico ya perfeccionado y concluido mediante la manifestación de voluntad de los contratantes.

Con la sanción del CCyCN. se da una versión más general del contrato[7], reiteramos, plasmándolo como un acto jurídico en el que, el consentimiento es el elemento esencial para perfeccionarlo: "hay contrato cuando, al menos, dos partes con intereses contrapuestos manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; no existiendo ya, una división entre contratos consensuales y reales, en donde la tradición forma parte de la ejecución del mismo".[8]

Estableciéndose así una relación directa entre acuerdo y cumplimiento, siendo la obligatoriedad contractual, pilar sobre el que se asienta la teoría general de la responsabilidad, por lo que no es extraño que, este principio, se haya mantenido -como regla principal - en el código unificado vigente en el Art. 959 CCyCN.

El Art. 959 del CCyCN, su sentido Jurídico y su reconocimiento en el Derecho Comparado

Pacta sunt servanda fue reconocido en el artículo 1.197 del Código Civil de la República Argentina de 1869 y establecía que: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma", Tomando como modelo la codificación francesa y otorgando un carácter inquebrantable a aquello que por la voluntad de las partes se estipule siempre bajo la guía de la ley; lo encontramos en la legislación colombiana art. 1.602 del CC :"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En mismo sentido se regula en la codificación chilena, art. 1.545, y en el Código Civil de Brasil, art 427.

Sobre el mencionado artículo civil argentino, Borda (2004) afirma lo siguiente: La fuente obligatoria de los contratos, tan fácticamente afirmada en el artículo 1.197, se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello es indispensable reconocerles fuerza jurídica. Media en la cuestión un interés de orden público. Una de las consecuencias del principio de obligatoriedad o del "*pacta sunt servanda*" es la irrevocabilidad del contrato, ya que la vocación de los mismos siempre será la de su necesario cumplimiento, siendo los únicos mecanismos

7. 20 Ver en Jurio Mirta L. Y Parra Ricardo A., "El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación", 2015, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), pág.23 http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Visitado el 26/05/2020.

8. Ver en Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.

capaces de modificarlo, nuevos acuerdos generados por la novación, la compensación, la condonación o el mutuo acuerdo de finalizarlo. Bajo las doctrinas tradicionales, solo las partes eran las únicas capaces de poder modificar los contratos bajo circunstancias especiales, pero, siempre buscando que se cumpliera a toda costa el mismo, y en casos aún más especiales que pudiera ser modificado por un Juez, tales como la lesión, la desaparición de la razón negocial, teoría de la impresión entre otros pocos. Es con este mismo sentido que, el CCyCN traslada dicho principio al art 959 pilar fundamental de toda la teoría contractual que llega de Roma a la actualidad.

Conclusión

Nuestros contratos marcan en forma central "el consentimiento" que siempre estuvo presente en Roma, en mayor o menor medida, más aún cuando fueron creados los contratos consensuales, los cuales son la base de todos nuestros contratos actuales. Con respecto a los contratos reales, hoy ya no utilizamos esa clasificación, pero, seguimos manteniendo los tipos de contratos que estaban incluidos en esa categoría.

Entendemos que los romanos siempre aprendían del pasado, para no tropezarse dos veces con la misma piedra y eso los llevó a tener ideas que perduran en el tiempo, logrando el desarrollo que conocemos.

Contamos con la suerte de obtener esos antecedentes y seguir evolucionándolos de una forma consciente, de acuerdo como vayan modificando las necesidades sociales, sin olvidarnos nunca de las raíces.

Son muchos los elementos que hoy en día conservamos desde el derecho romano, más allá de que hayan evolucionado puedan marcarse ciertas diferencias lógicas que devienen de la evolución de las sociedades. Como mencionó el Dr. Carlos Costa en una entrevista: "en obligaciones, contratos y propiedades ha pasado todo casi intacto"[9].

Bibliografía

Aula Virtual Instituciones Jurídicas de Derecho Romano. Recuperado de: http://aulavirtualderechoromano.blogspot.com/2012/06/los-contratos-reales.html (Visitado el 04/10/2020).

Aula Virtual Derecho Romano. Recuperado de: http://derechoromanosaavedra.blogspot.com/2014/04/derecho-romano-ii-tema-7-los-contratos.html. (Visitado el 04/10/2020).

Ayala, M. "Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero 'Derechos personales', Buenos Aires, Argentina. Ed. Infojus: Recuperado de:

9. Entrevista al Dr Carlos Costa en la Universidad de Kennedy: https://www.youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0. Visitado el 26/05/2020

http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf. (Visitado el 04/10/2020).

Barbón, Lacambra, J. A. (2017). "La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial". Ed. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina. pág.1.

Belda, M. J., (2008). "Reconocimiento jurídico de los contratos innominados". Recuperado de: https://core.ac.uk/download/pdf/61901269.pdf (Visitado el 04/10/2020).

Borda, A. (2016). "Derecho civil. Contratos". Ed. Thomson Reuters.

Código Civil - Recuperado de: https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y- comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/ (Visitado el 04/10/2020).

Código Civil (1869) – Ediciones SAIJ - Recuperado de: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S1_tituloIII.htm (Visitado el 04/10/2020).

Código Civil Y Comercial De La nación Comentado – Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf (Visitado el 04/10/2020).

Costa, J. C. (2016). "Manual de derecho romano público y privado". Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot. pág. 270-293.

Ferreira Rubio, D. M. (1984). *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, p. 101. Respecto a la noción de buena fe como "cláusula general" y a su diferencia con el "principio general del Derecho", debe tenerse en cuenta la multivocidad de la expresión y las diferentes opiniones existentes. En contra, p.v. Martins Costa, Judith, *A boa-fe no Direito Privado*, Revista Dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1999, ps. 315 y 342.

Freytes, A. E. (2013). "El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y clasificación". Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley. Recuperado de: https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/contratobancarioCCyC.pdf (Visitado el 04/10/2020).

Gastaldi, J. M. (1974). "El contrato de concesión privada". Ed. Astrea.

Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2016). "Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Influencia del Derecho Romano en las obligaciones y contratos en la propiedad. Entrevista al Dr. Carlos Costa, Universidad de Kennedy. Recuperado de: https://www.

youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0 (Visitado el 04/10/2020).

Jurio, M. L.; Parra, R. A. (2015). "El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf- PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Visitado el 04/10/2020).

Lacambra, B. J. A. (2017). "La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial". Ed. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina.

Levaggi, A. (1982). "Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas". Buenos Aires, Argentina. Ed. Perrot. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/lecciones-de-historia-juridica-ix-1982-levaggi-historia-del-derecho-de-las-obligaciones.pdf (Visitado el 04/10/2020).

Nicolau, N. L. (2019). Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Evolución del Principio. Ed. de la Fundación Iberoamericana de Estudios Superiores. Buenos Aires, Argentina. 293-307.

Villareal, M. L. N. (2010). La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1 (1), n°446.

De qua re cogneverit iudex pronuntiare quoque congendus est (Juliano, D. 5.1.74pr.). El Juez debe ser obligado a pronunciarse sobre el asunto del que conoció

Patricia S. Mora[1]

1. Profesora Derecho Romano, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho Administrativo Escuela de Abogados del Estado Procuración del Tesoro de la Nación, Posgrado Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Nacional de Rosario.

De modo preliminar, en torno al tema a exponer, debe señalarse que, conforme lo define la Real Academia Española, un aforismo es una máxima o sentencia que se propone como pauta en alguna ciencia o arte.

Conforme Javoleno (Digesto, 50.17.202), los juristas romanos no han sido afectos a las definiciones jurídicas por considerar excesivamente arriesgada la empresa de poner límites (*definitio*) a los conceptos.

Realizaron sentencias breves, principios jurídicos, máximas, reglas o criterios de interpretación de carácter general a efectos de la solución de casos complejos tomando en consideración las necesidades de cada una de las circunstancias y épocas que se presentaran, con una visión práctica del derecho.

Y es que cualquier sistema de elaboración jurisprudencial del Derecho acaba desembocando en las reglas jurídicas, cuyo carácter normativo *lato sensu* es casi un a priori, conjuntamente con los principios que de la resolución de casos se van delineando.

El desplazamiento de la autoridad jurisprudencial por la potestad del emperador, podría decirse con seguridad desde el S.IV, vino a identificar el Derecho con la Ley, de suerte que el "arte de lo justo" dejó de ser jurisprudencial para convertirse en un sistema normativo impuesto por el Emperador mediante leyes generales.

Hoy en día esa identificación se justifica en tanto toda fuente formal del derecho requiere de una autoridad legalmente constituida para su imposición, gozando el Estado Constitucional del monopolio de la *coercitio*.

El aforismo que motiva esta presentación *de qua re cogneverit iudex pronuntiare queque congendus est* (Juliano, D. 5.1.74pr.) se inserta en el Libro V del Digesto denominado "*De los Juicios"*, y cuyo Título Primero se denomina *"De los juicios y en dónde cada cual debe demandar y ser demandado."*

El mismo se encuentra ubicado en el Libro Quinto del Digesto, que señala además del ambiente jurídico y contexto de aplicación, títulos dedicados a los modos de consagrar la jurisdicción, temas concretos para reflexión del derecho procesal, así como títulos dedicados a cuestiones sucesorias. Conforme *Omnem*, en el diseño Justineaneo su estudio por parte de los estudiantes se realizaría en el segundo año curricular[2].

Corresponde señalar que Aristóteles en su tratado Pol. I 1253a, 1-18, sostiene que «...lo propio del hombre en relación con otros animales es diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto y otras cosas parecidas...».

2. D'Ors, Álvaro, *El Digesto de Justiniano* (Pamplona, Aranzadi, 1968), I, pp. 18-20 (Omnem § 3): *"En el segundo año [...] establecemos que se den los siete libros «Sobre los juicios» o los ocho «Sobre las cosas», según lo permita en cada caso la duración del curso, que preceptuamos se observe sin alteración. Pero que se den tales libros «Sobre los juicios» o «Sobre las cosas» enteros y por su orden, sin dejar nada de lo que contienen, pues todo ha quedado depurado con nuevo esmero, no pudiéndose encontrar en estos libros nada inútil ni caído en desuso. Queremos también que a uno y otro volumen, esto es, «Sobre los juicios» y «Sobre las cosas», se agreguen en la enseñanza de este segundo año los cuatro libros sueltos que hemos extractado de la colección completa de catorce libros [...]": "Tras estas lecciones [...], se daban los otros títulos, tanto de aquella parte del cuerpo legal que se llama «Sobre los juicios» (también aquí sin continuidad, reduciendo la explicación a las pocas cosas de utilidad, como si todo el resto del volumen se considerara inútil), como de la otra que se llama «Sobre las cosas», en siete libros (dejando a un lado también en ellos muchas partes inaccesibles para la explicación, resultando impropias o menos aptas para el estudio). En el tercer año se les explicaba lo que de ambos volúmenes, es decir, «Sobre las cosas» y «Sobre los juicios» no se había dado en el segundo año, según se hubiera dado uno y otro volumen [...]".*

Esa diferenciación a efectos de resolver, ante la presencia de un conflicto del *ius*, recae desde antiguo en manos de un tercero, que se considerará dotado de *auctoritas*, para diferenciar a los magistrados que se señalan dotados de *potestas*.

También corresponde destacar que el proceso romano se caracterizó por la existencia de dos sistemas bien diferenciados, el *"ordo iudiciorum privatorum"* y el período de la "*extraordinaria cognitio*" o *"cognitio extra ordinem"*, que se impuso como sistema procesal a partir de Diocleciano y Maximiano, es decir, con posterioridad al año 284 d.C.

A su vez, dentro del primero de los mencionados, pueden distinguirse dos períodos, respectivamente calificados de procedimiento de las acciones de la ley, *legis actiones*, en vigencia desde los primeros tiempos de Roma hasta mediados del siglo II a.C., y de procedimiento formulario *per formulam*-, que tuvo aplicación, desde esta última época hasta fines del siglo III d.C.[3].

Ambos períodos del ordo *iudiciorum privatorum* ofrecieron un rasgo común, que consiste en la división del proceso en dos etapas, de la primera de las cuales se dice que tiene lugar *"in iure"*, lo que significa que se desarrolla ante un magistrado, que obra en nombre de la *Respublicae* y cuya función se sujeta a autorizar y dirigir el proceso, indicando la norma aplicable al caso, y la segunda *"apud iudicem"*, o *"in iudicio"*, que se desarrolla ante un árbitro, *iudex o arbiter*, o un jurado compuesto por varios de ellos, quienes no invisten el carácter de órganos del gobierno, sino que son simples particulares, a quienes se encomienda la misión de recibir la prueba de las alegaciones de las partes y de expresar su opinión sobre el asunto en una *sententia*[4].

3. Gayo. Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Quinta edición. ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 658 y ss.: §30. legis actiones: Gayo I, 184: IV, 11ss.; 48; 82; 108; "menor error": Gayo IV, 11: Pero todas estas 'legis actiones' se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada (ex nimia subtilitae) de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos (iura), llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis. Fue así que por la ley Aebutia y las dos Iulias fueron abolidas estas 'legis actiones' permitiendo que litigáramos por palabras redactadas (per concepta uerba), es decir, por 'fórmulas' (per formulas). Di Pietro recuerda que en este párrafo Gayo señala el paso del sistema de las 'legis actiones' al nuevo procedimiento 'formulario' (per formulas), y atribuye la decadencia del primitivo sistema a la "precisión exagerada de los antiguos" (ex nimia subtilitae ueterum), por la cual se llegó a tal punto "que el menor error hacía perder la litis". Lo fundamental del nuevo régimen fue el reemplazo de las "certa et sollemnia uerba" de las 'legis actiones' por los 'concepta uerba', es decir, por las palabras convenidas, respecto de las cuales el pretor es el que tiene la última decisión, redactándose una "fórmula", que es un breve documento escrito donde está reseñada la cuestión y la manera como debe resolverse el pleito. Sobre el problema de cómo aparecieron estas 'formulae', la cuestión no está totalmente aclarada, discutiéndose si fue un procedimiento generado desde dentro del ius civile, o si fue tomado por imitación de algunas formas extrañas provenientes del ius gentium. La opinión prevaleciente indica su vinculación con la aparición del pretor peregrino, en una esfera que no resulta de la aplicación del ius civile. Así, en determinados casos que sucedían entre extranjeros o un extranjero y un romano, parece ser que se utilizó el procedimiento de que el pretor estableciera la "formula" para ordenar el pleito y decidir, finalmente su solución por medio del "iudex". El empleo de 'formulae' aparece en la ley latina de bantia. También un procedimiento por escrito sometido a jueces elegidos por sorteo, aparece en Sicilia (cfr. CICER. In Verr., 2. 2, 15; 37; 38; 17, 42).

4. Ver Gayo. *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, cit, pág, 629. §11. cfr. Pomponio (D. 1, 2, 2, 6 y ss.; 12; 38); legis actiones: Gayo II. 24; III, 154 b.; de arboribus succisis: XII Tabs., 8, 11 (Textes, 19; Bruns, I, 31). Indica Di Pietro en su comentario que "la designación de 'legis actiones' es la que especifica el más antiguo procedimiento romano. Se conjetura que, por lo menos, en algunas de sus formas debió ser anterior a la ley de las XII Tablas, rigiendo

En el aforismo en estudio se señala la obligación del *iudex* de pronunciarse sobre las *res* traídas a su conocimiento.

La primera diferenciación se encontrará, entonces, en establecer quién es el *iudex* en los diferentes procesos, de modo de delimitar su rol y los alcances de dicha obligación.

En el ordo *iudiciorum privatorum,* la fides y el o*ficcium* servían como guía del iudex a efectos de dictar *sententiae*, articulándose con el *munus iudicandi*, esto es la tarea o carga cívica de juzgar que recaía sobre todo ciudadano romano, incluido en el *album iudicum* por cumplir ciertos requisitos, en particular ser varón, púber, sano de mente, senador o caballero a partir del siglo I a.C.

El *album iudicum* se componía de diferentes decurias, de unos trescientos integrantes cada una de ellas.

Por otra parte, podía elegirse a quien no integrara la lista, y es así que algunas fuentes epigráficas contienen el nombre de jueces libertos, que desde ya carecían del requisito de la ingenuidad.[5]

No lo integraron mujeres, mudos, sordos y dementes, así como los menores de treinta años, en principio, y de veinticinco a partir de Augusto.

El *iudex* se seleccionaba por acuerdo entre partes y, a falta de acuerdo, el actor lo proponía del *album*, y el demandante podía o no aceptar. A falta de acuerdo se procedía a la *sortitio*, concediéndole a las partes el derecho de recusar al juez obtenido por sorteo.[6]

La *autoritas* del *iudex* se expresaba a través del *iudicare*, distinto de la *iurisdictio,* que era la potestas propia del magistrado. El juez podía desconocer la ciencia del derecho, pero debía tener un saber prudencial *ad casum*, y hacerse de las responsa que requiriera para dar su *sententiae*. La sociedad reconocía que un juez aceptado por los litigantes no requería nada más, pues éste estaba investido de un poder que se manifestaba en el efecto de cosa juzgada del *iudicatum*, que durante siglos fue definitivo por inapelable, ya que se entendía como inconcebible que un particular revisara la sentencia de otro en el seno de un orden judicial no jerarquizado.

desde sus más antiguos origines (...). Sus caracteres principales eran los siguientes: i) Sólo se podía accionar en determinados días, que eran los dies fasti (...), ii) el procedimiento estaba dividido en dos etapas: una primera 'in iure', consistente en una serie de ritos, que se desenvolvían en palabras y gestos preindicados, que formaban lo propio de la legis actio; y una posterior, 'in iudicio', o sea la resolución del pleito ante un 'iudex'. iii) Tal como lo dice Gayo, predomina un formulismo extremado. Ello nos emparenta con ciertas prácticas vigentes en los actos religiosos romanos. Se exige en determinados actos el uso de 'palabras ciertas y solemnes' (certa et solemnia uerba); Cfr. Gai. I, 112; d. 1, 2, 2, 6 (Cicer., pro domo sua, 47). Por ello, una equivocación trae como consecuencia la inutilidad del acto (Cicer. de harusp. Resp., 23). la escrupulosidad de los Romanos era muy marcada en tal sentido, no estando exenta de una cierta exquisitez (...)".

5. ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 10° edición italiana por José M. Caramés Ferro, ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, 127 ss., indica que ya en esta época parece que había en el tribunal un *album* de jueces y que, cuando los contendientes no tuviesen ya preparado otro nombre, el magistrado los invitaba a elegir en el album, y en el caso de desacuerdo se libraba la elección a la suerte. Igualmente se procedía en los casos en los cuales, por existir entre las partes más un conflicto de intereses que un litigio propiamente dicho, el juez tomaba el nombre de *arbiter*. Vid. también Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1977, p. 139.

6. Aunque se trata de algo discutido en la doctrina, lo cierto es, en todo caso, que la elección del juez por acuerdo de las partes litigantes se consideraba perteneciente a los más antiguos usos judiciales de la cultura republicana; Cic. pro Cluentio 43.120.

Respecto a la obligación de juzgar, resulta ilustrativo también lo dispuesto en D. 50, 5, 13 Ulpiano señala: *El pretor promete que él excusará a los que entiende que no pueden prestarse a juzgar; acaso porque alguno no puede nunca prestar sus servicios, porque contrajo tal enfermedad, que es cierto que él no puede desempeñar cargos civiles, o si padeciera otra enfermedad de modo que no pueda bastarse para sus cosas, o si hubiera obtenido algún sacerdocio, de suerte que no pueda separase de él sin ofensa de la religión; porque también éstos están excusados de perpetuidad.*

§1. - Hay dos maneras de conceder exención de cargo público, una más plena, cuando se da también de la milicia, y otra más restringida, cuando alguien ha recibido la nuda exención del cargo

§2. - Mas el que no tiene excusa es obligado aun contra su voluntad a juzgar.

§3. - Si después de instruida la causa hubiese comenzado el juez a excusarse, y verdaderamente quisiera excusarse por privilegio que tenía antes de tomar a su cargo el juicio, no ha de ser oído; porque una vez que acepta el juicio renuncia a la excusa. Pero si después sobrevino justa causa para que el juez sea *excusado aunque temporalmente, no debe ser transferido a otro el juicio, si esto se ha de hacer con perjuicio de una de las partes; porque al fin es a veces más tolerable esperar aquel tiempo al juez, que ya había conocido el asunto, que encomendar otra vez el negocio a un nuevo juez para que lo juzgue.*

En sus *Noctes Atticae* XIV 2, *Aulo Gelio* describe un caso que presidió como juez, y en el que fue incapaz de pronunciar una *sententiae*. Su indecisión está relacionada con el desequilibrio entre las características morales de los litigantes y las pruebas o, mejor dicho, la falta de ellas[7].

Pero, además, el juez podía renunciar a dictar su parecer (*sententia*e) sobre un asunto previo juramento de no haber llegado a formarse una convicción sobre el mismo (*iurare rem sibi non liquere*).

Este término es escasamente recogido en las fuentes, en las que destacamos tres textos: Aído Gelio, Noct. Alt. 14.2.25: «*... iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum*»; D. 42.1.36 (Paulo, lib.XVII ad edictum): *si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueal, ceteri autem consentiant, si is iuraverit, sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant... »*; D. 4.8.13.4 (Ulpiano, lib. XIII ad edictum): «*Proinde si forte urgeatur a Praetore ad sententiam, aequissimum erit, si uret sibi de causa nondum liquere, spatium ei cul pronunliandum dari*».

Como referencia al juramento promisorio puede citarse a Cicerón en pro Cluentio. 43.121, quien nos informa que en su estructura se comprometía el sentenciar con la mayor religiosidad y diligencia *(...qui iurati statuere maiore cum religione et diligentia debuerunt)* y en off. 3.10.44 señala que exigía a los jueces lo que se pudiera hacer para salvar la fides pues ponían a su conciencia por testigo *(Cum vero iurato sententia dicenda sit...se adhibere mentem suam...Itaque praeclarum a maioribus accepimus morem rogandi iudicis, si eum teneremus, "quae salva fide facere possit).*

Lo aquí señalado coincide con el texto de Ulpiano en su obra sobre el oficio de procónsul (D. 5.2.79.1) donde explica que los gobernadores no deberían dar consejos a los

7. JERUE, Benjamin Adam 2020: «Gellius' Dilemma at Noctes AtticaeXIV 2: Legal and Ethical Approaches in the Court», Emerita 88 (2), pp. 303-323.

jueces, sino ordenarles que dictaran sentencia conforme a su conciencia, pues el consejo acerca del derecho aplicable podía dar lugar al favor y a la intriga, impropia del *officium*.

La idea de la elección del *iudex* y su libre convicción abrigaban una embrionaria concepción de la imparcialidad que caracteriza en la actualidad al órgano judicial.

Un *bonus vir* no podía obrar en contra de la r*espublicae*, de la fidelidad y del juramento que brindaba, sea quien fuera el litigante sujeto a su análisis[8].

De esta manera el *iudex* integraba un alto escalafón social, y a raíz de la fuerza de su opinión o posición jurídica resulta que los juristas hablen de la *vis rei iudicatae* equiparándola precisamente al i*usiurandum*[9].

Llegada la *cognitio extraordinem*, se desplaza el *iudex* privado por el funcionario imperial, y se produce el tránsito desde el *iudicatum* a la sentencia *iudicis* y el correlativo cambio de contenido desde el arcaico *sacramentum aequum et bonum* o*bservare* al *iusiurandum leges et veritatem* justinianeo, advirtiendo la conveniencia de recuperar instituciones arcaicas adaptadas por cuanto no habían perdido en nada su ; tal era el caso del *iusiurandum iudicialis* que a partir de ese momento debía ser *ab omnibus iudicibus observandum* (C. 3.1.14.3).

A su vez, refuerza el imperativo de la fuente formal a través de su C.7.45.13, como límite a la función judicial, en dónde señala la inconveniencia de distinguir y la importancia de atarse a la letra de la ley.

"En este contexto ya no se trataba de un parecer u opinión como la del iudex privatus lego en derecho que debía ajustarla a un poder ad casum preciso y definido en la formula y recibido del iussum iudicandi del magistrado, sino de un acto emanado de quien había recibido de las leyes un poder jurisdiccional con carácter general: de ahí que el término sententia a partir de finales del siglo III y sobre todo durante el siglo IV tendría un sentido técnico de acto emanado de una de las instancias de la función jurisdiccional del Estado y que se empleara la expresión dare sententiam, mientras que con anterioridad se hablaba de pronuntiare o dicere sententiam.

Por otra parte, se utilizó la expresión placitum en vez de sententia que recuerda la famosa definición de la constitución imperial como aquello que le place al emperador que obtenga fuerza de ley (quod placuit principi legis vicem obtinet), porque la sentencia emanada de él o de algún funcionario subordinado en verdad crea el derecho para el caso concreto y con la fuerza legal de la res iudicata."[10]

El otro término que destaca en el aforismo es el de *res*, por lo que en este sentido resulta muy ilustrativo un trabajo de Di Pietro que señala exactamente qué debía entenderse por *res* para los romanos. Remitiendo a palabras de Heidegger, destaca allí que lo íntimamente romano de la *res* es el "concernimiento" existente entre hombre y

8. CICERON, *De officiis* 3,10,43-44.

9. Probablemente se trató del antiquísimo juramento per Iovem lapidem -o de su emanación Dius Fidius– del que tenemos noticias gracias a Festo (De verborum signiificatu, voz Lapidem), Polibio (Historia 3,25,6) y Aulo Gelio (Noctes atticae 1,21,4), que consistía en una consagración de sí mismo al castigo divino pronunciando unas determinadas palabras que no han llegado hasta nosotros y acompañándolas del gestum de arrojar una piedra lo más lejos posible Cfr. ALBANESE, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 61, NT. 209.

10. Masson, Laura, Peccatum Iudicis y Juramento Promissorio. Reflexiones de ayer y hoy. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2016-10/R41500_0.pdf

cosa: "Es solamente porque *res* significa "lo que concierne" que se puede hablar de *res adversae*, entendiendo por aquellas lo que concierne al hombre de una manera que le es contraria"[11].

Curiosamente, la palabra "cosa" en las lenguas romances, no se deriva directamente de *res* sino de *causa*. Por un lado, tiene el sentido de aquello que "causa un efecto". Pero también significa "el caso", el litigio, el pleito. Esto lo destaca también Heidegger, aun cuando él le asigna a la palabra causa un origen jurídico procesal. Pero dejando de lado el problema de la precedencia etimológica, resulta totalmente aceptada su temprana aplicación como sinónima de "Juicio" o de "proceso". Así, vemos empleado por Cicerón en múltiples pasajes un acercamiento entre *res* (como el asunto o los hechos) y *causa* (como el litigio, et caso): *quae ex re ipsa causa que ducantur* (Clu. 139), lo que nos sugieren los hechos del asunto y el litigio mismo[12]. Pero, causa entendida como "el caso", es vivenciada por el romano como la *res litigiosa*. Ello es así porque, tanto las partes, los prudentes, el pretor, el *iudex*. todos ellos están "concernidos" en torno del "anillo" de la *res litigiosa*.

A su vez, el aforismo en estudio debe asociarse con el de *Iudex qui omittit id quod facere debet punitur* (Odofredo, Lectura super Digesto veteri, fol. 206, ad D. 5.1.40.1, iudex, núm. 2). Hay que castigar al juez que omite lo que debe hacer.

También encontramos en las *Ochenta y ocho Reglas canónico-civiles* de Bonifacio VIII la regula XXVI: *Ea, quae fiunt a iudice, si ad eius non spectant officium, viribus non subsistent*. Que tiene como fuente referencial el D. 5,1,40.1.: "*No es valedero lo que hace el juez , si no atañe a su oficio"*[13].

La historia del Occidente en el medievo presenta como gran acontecimiento, a partir de fines del siglo XI, la reconstrucción del corpus justinianeo.

Luego, el siglo XIII implica una gran expansión económica en Europa, en dónde el rey se erigió como un gran señor feudal que mantenía relaciones contractuales con todos por igual pero, prontamente, la reivindicación jurídica de la potestad territorial fue transformándose en la discusión sobre quién hace justicia en un determinado lugar: en muchos de los casos, tomó la forma de definición acerca de quién es el vicario de Cristo.

Justamente, las propuestas del "nuevo" Derecho Romano y la necesaria puesta por escrito de las normas configuraron un cambio de registro. Las dimensiones asociadas a la construcción de una autoridad centralizada fueron simultáneamente dos. Una jurídica, de distribución de jurisdicciones entre esferas temporal y espiritual, y otra política, asociada a la definición de la instancia creadora de la ley.

La ley es fruto del mando y del poder, y los jueces como funcionarios defensores del saber letrado y técnico. Se trataba de un correlativo destierro de saberes no afianzados en el derecho.

En la Partidas, III, Título 4 se señala: De los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar. Ley 1: "*...Los juzgadores que hacen sus oficios como deben tienen nombre con derecho de jueces, que quiere tanto decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho. ...".*

11. DI PIETRO, *Respublicae*, Revista de Estudios Históricos Jurídicos [Sección Derecho Romano] XVIII Valparaíso, Chile, 1996.

12. Di Pietro, *Respublicae*, cit. Pág.18.

13. BONIFACIO VIII, *Sexto de las Decretales*, lib. V, tít .12 in fine, *De Regulis Iuris*, Reglas 1-88 (CrIC, II, 1122-1124).

El principio de inexcusabilidad o deber de juzgar se consagrará de un modo más flexible, por respeto a la autoridad de la ley que no es más que la autoridad del rey, en, tít. 33, Part. 7ª y regla 36, tít. 34, Part. 7ª; pero las leyes 11, tít. 22 y 15, tít. 23, Part. 3ª ordenan que, no pudiendo el juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida, ya que es él la ley encarnada. Podemos entonces afirmar que de un modo tangencial se recepta el romano *non liquet*.

Por otra parte, el *ius commune* afirma la necesidad de que el juez pronuncie la sentencia según las pruebas alegadas y no según su conciencia. Tomás de Piperata, en su *Tratado De fama*, redactado entre 1265 y 1282, encarna la excepción proclamada a esta regla en tanto considera que el juez podía ejercer su *arbitrium* y fundar la sentencia en pruebas circunstanciales suficientes[14].

La objetivación consiste, pues, en el hecho de dar a la mirada de un sujeto particular, el juez, pero no se debe olvidar que los glosadores retoman siempre el famoso rescripto de Adriano que recuerda que no existe regla certera que permita al juez evaluar los testimonios[15]. La construcción de un lugar objetivo pasa por la designación de una función pública, la que encarna y, de tal manera, en relación a la autoridad será su fuerza de verdad legal.

El principio de inexcusabilidad arraiga sin más en la vinculación del juez a la ley. El perfil tradicional de este principio, se gesta en el modelo jurídico que vino a reemplazar el paradigma del derecho indiano y castellano, esto es, el modelo político del liberalismo ilustrado francés, que al contemplar como base el principio de la Supremacía de la Ley, redujo la comprensión y la expectativa del concepto de la labor judicial, al de simple aplicador de la ley, constituyéndose no solo en el tercer poder, sino en el último poder del Estado, poder de cualquier modo, nulo, por cuanto el legislador, motivado por la ideología del Estado Liberal de Derecho, quería evitar a cualquier costo, que los jueces pudiesen pervertir la voluntad democrática del pueblo, concretada en el órgano legislativo[16]. Montesquieu, De l'esprit des lois, cit. Por Tarello (1987) p. 291.

De allí el recurso al *non liquet* para el caso de que declarara la cuestión sin solución, al no darse la regulación por ley del caso concreto. O, más específicamente, el denominado *referé legislatif*, o cláusulas de remisión al legislador, para que este aclare, interprete o subsane la falta u oscuridad de la ley, sencillamente por el repudio a los jueces como integrantes privilegiados del antiguo régimen.

Sin embargo, en Francia, y también en Argentina, se obliga al juez a realizar su labor a todo evento, tal como lo encontramos en el *Code* Civil francés, en su título preliminar, específicamente en su artículo 4°: "*El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia*"[17], que se justifica, por un lado, por el abuso práctico en que incurrieron los

14. R. M. FRAHER, « *Conviction according to conscience : the medieval jurists'debate concerning judicial discretion and the law of proof* », Law and History Review, 7 (1989), p. 23-88.

15. Digesto 22. 5. 3. 2 « Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest [...] Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim alligari debere : sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas, aut parum probatum opineris. »

16. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit. por Tarello (1987) p. 291.

17. Traducción obtenida en www.legifrance.gouv.fr, donde la norma en francés es: "Le juge qui refusera de juger, sous

jueces bajo la obligación de referir el caso sin solución; por otro lado, hay una justificación dogmática, consistente en la visión crítica del paradigma de integridad del sistema jurídico. La herramienta será pues la interpretación.

En el Código Civil Argentino se consagrará en el art.15, indicándole incluso las fuentes a las que debe acudir como herramientas ante la configuración de una supuesta laguna legislativa a través del art.16.

Es decir, por un lado se recepta el principio de inexcusabilidad, y por el otro, se delimita la solución de caso, de la *res* sobre la cuál debe pronunciarse, otorgándole herramientas al respecto, y señalando:

"Artículo 16 – Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Corresponde destacar que Vélez Sarsfield en su Nota señala como fuentes al art. 7º del Cód. de Austria L. 13, tít. 5, lib. 22, Dig. L. 11, tít. 5, lib. 19, así como las Partidas.

Este artículo se entronca en un perfil de Estado de Derecho, que se erige sobre el paradigma de la ley cuya vinculación corresponde a todos los poderes constituidos entre los que se encuentra el Poder Judicial. A su turno, la potestad de cada poder, de rango constitucional, constituye una obligación inexcusable.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, documento emanado de la Revolución francesa, debe destacarse en tanto ha definido los derechos personales y los de la comunidad, además de los universales. En su art. 16 consagra:

"*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución."*

El juez tiene la obligación inexcusable de juzgar y ejecutar lo juzgado como componente del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, que luego de la reforma constitucional de 1994 viene incluso a estar receptado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la integran, en su art. 75 inc. 22.

Así, el derecho procesal encuentra su fundamento a priori en esta comprensión de la justicia sobre la base de la ficción de la igualdad de los litigantes con indiferencia ante las distintas posiciones sociales concretas de las partes, que justifican la uniformidad procedimental, y en la verdad formal del proceso, en oposición al concepto de verdad material. Frente a este dualismo, aparece como indiferente también el contenido de la decisión, mientras respete el formalismo aludido, y resuelva el conflicto. Posición que tendrá un rotundo cambio a través de la nueva concepción del Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Hablar de un perfil político en el Poder Judicial resultaba contrario al diseño republicano. Solo podía señalarse como órgano encargado de la "administración de justicia", o a lo sumo, como Poder profesionalizado y neutro, solamente debía sumir roles "jurídicos" sin creación normativa alguna.

Pero desde fines del S. XX y más precisamente en la actualidad, asistimos a profun-

prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra éter poursuivi comme culpable de déni de justice" [visitado por última vez el 31 de marzo de 2011]

dos cambios sociales y culturales, así como económicos, que entronizan la noción de lo colectivo una vez más, y señalan el reconocimiento de nuevos derechos, frente a los cuáles el rol de la judicatura se presenta mucho más activo redefiniendo la *res* sobre la que debe pronunciarse.

El término Estado Constitucional puede resultar ambiguo, ello, por la cantidad de autores que utilizan la referida expresión, siguiendo principalmente a Alexy, y también de cerca a Zagrebelsky, el Estado Constitucional sería aquel paradigma que surge del reemplazo del viejo principio de legalidad, "*donde la subordinación de la ley es reemplazada por la subordinación a la Constitución (...) en la subordinación de la propia legislación a la Constitución*", que obliga a enfrentar al derecho en general, su concepto, instituciones y contenidos, a los criterios constitucionales en una sociedad dinámica, y que se presume en muchos casos injusta[18].

Para Atienza y Ferrajoli, algunos de los factores que explican esta relación entre Argumentación y Constitución son, por un lado, justamente las características de este tránsito del "Estado Legislativo" al "Estado Constitucional"[19], y por otro la ampliación de la participación democrática, así como también la teoría de los derechos fundamentales.

El progreso del Estado de Derecho es paralelo al desarrollo de la jurisdicción, en dónde se afianza el contenido de los derechos fundamentales. La expansión del principio de legalidad solo puede explicarse para Ferrajoli de la mano de la expansión del control judicial, es decir de la expansión de la jurisdicción[20].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 1.1, establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en la Convención. La Corte IDH ha establecido que del deber de garantía contenido en el artículo 1.1, se deriva no solo la obligación de prevención, sino también el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Así, desde el caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH ha afirmado que: *166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos*

18. Conf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El juez constitucional en el siglo XXI,* trad. Eduardo FERRER MAC-GREGOR, texto escrito de la conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Suprema Corte de Justicia de México e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, 14 al 17/07/2008. Enseña en otro texto ZAGREBELSKY que en los Estados Unidos, cuya constitución tiene una profunda ascendencia en la nuestra, los derechos tienen un origen pre-estatal, subjetivo y jurisdiccional; mientras que en Europa, y más específicamente en Francia, el origen de los derechos es estatal, objetivo y legislativo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. 6ta. Edición. Madrid. 2005. Pág. 58.

19. FERRAJOLI, conceptualiza al Estado Constitucional como aquel que contiene primero, una distribución formal del poder; segundo, que reconoce derechos fundamentales que limitan la producción, interpretación y aplicación del derecho; y finalmente, que contempla mecanismos de control de constitucionalidad, que supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: a la fuerza de la razón y en dicho contexto revitaliza la función judicial. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho, 3a. reimp. URIhttp://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10611

20. FERRRAJOLI, Luis, ob. Cit., pág 87-100

humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos[21].

Se refuerza el principio de inexcusabilidad, en tanto el rol operativo de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, así como la ampliación por vía interpretativa de la pretensión de los límites de la congruencia, de la res sobre la que debe pronunciarse un juez actual.

Hoy la inexcusabilidad no es más que una garantía de orden constitucional cuyos contorno viene a estar delimitado más por principios y reglas que por la atadura a la fría letra de la ley, revitalizando el rol del juez en lo que se denomina una tutela efectiva.

Diversos son los documentos de índole internacional que reflejan la relevancia del derecho a la tutela judicial y a un juez imparcial, entre otros la Carta de la Unión Europea y otros acuerdos del Consejo de Europa, las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, artículo 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

El proceso en la actualidad es el medio de garantía esencial de los derechos, siendo evaluado por una atenta mirada social que incluso ha puesto en crisis en muchas ocasiones su institucionalización. Eso ha provocado ensayos que intentan asimilar la función judicial, desde su conformación, a un órgano político democrático, en dónde se revitaliza el paradigma electivo, si bien no equiparable con el a*lbum iudicum*, si con cierta periodicidad democrática.

El maestro Scialoja[22] se dirigió específicamente a los procesalistas indicándoles que debían "hacer teoría útil", que implica sin más el derecho instrumental a la garantía de la tutela judicial efectiva que receptan los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Se asiste en la actualidad a lo que se ha denominado la "constitucionalización de las garantías" acercando el derecho constitucional al proceso de una manera por demás directa, con las reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999), entre otras; y paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, y de modo expreso en ciertos países de la región (Colombia, art. 93 CP; Brasil, art. 5° § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 22, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141).

En este contexto, el nuevo diseño del Código Civil y Comercial de la Argentina se articula la inexcusabilidad judicial en el Título Preliminar, referido al Derecho, enumerando sus fuentes y la obligación de fundar las sentencias como manifestación del ejercicio de buena fe de la función judicial[23].

21. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.°. 4, párr. 166.

22. SCIALOJA, Vittorio, "Diritto pratico e diritto teorico" en Riv. dir. comm.", 1911, Tº I, pgs. 411 y sgtes., citado por CALAMANDREI, Piero, en "El nuevo proceso civil y la ciencia jurídica", en "Los Estudios de Derecho Procesal en Italia", trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1959, p. 86.

23. ARTICULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A

La exigencia en cuanto a la sentencia se afinca en la obligación de ser un pronunciamiento razonable, sobre la base de principios y fuentes jurídicas que el propio ordenamiento señala. Entre ellos la buena fe (art. 9° CCyC); el abuso del derecho (art. 10 CCyC); el abuso de posición dominante (art. 11 CCyC); entre otros. En suma, y nuevamente apelándose a la obligada perspectiva sistémica o "modo coherente" como lo expresa el art. 2° CCyC, se entiende que este deber de fundar razonablemente las sentencias se vincula con las fuentes del derecho y las pautas interpretativas que se regulan en los artículos anteriores. Al respecto, se dijo que las ahora explicitadas pautas "la 'finalidad' del texto de la ley, 'los tratados sobre derechos humanos', 'los valores jurídicos' y el *'modo coherente con todo el ordenamiento' [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada.*"[24]

En uno de sus más citados aforismos, Holmes nos advirtió que enfocáramos nuestra atención en "lo que los jueces harán en los hechos, y en nada más pretencioso que eso"[25]. De tal manera, y de la mano de una interpretación razonable de lo sujeto a juicio, con una explicación coherente con el ordenamiento jurídico, la inexcusabilidad se encuentra con un nuevo estándar obligatorio, que concreta la tutela judicial efectiva como garantía constitucional.

Los aspectos característicos del modelo de litigio de interés público son muy diferentes de aquellos propios del modelo tradicional, ya que traducen su reconocimiento como expresión de la función social del proceso. En ese orden de ideas, en forma categórica se puntualizó que *"el litigio puede ser privado, el proceso jamás."*[26]

Se produce una reformulación del rol del juez en base ya no solo al ejercicio de una potestas, sino a una combinación lógica entre *auctoritas* y *potestas* en base a un contenido en su conciencia que intenta acercar un parecer, aún consensuado a través del mecanismo de las audiencias públicas, o el recurso a *amicus curiae*, respecto de derechos que no solo debe declarar, sino fundamentalmente tutelar.

Maurizio Fioravanti afirma que existen históricamente dos grandes formas de entender las constituciones actuales: como garantía, como límite al (supuesto) irrefrenable avance del estado, sojuzgando de tal forma la libertad del hombre; y como carta promotora de derechos. El primer modelo es de ascendencia británica/norteamericana; el

tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

ARTICULO 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

24. PORRAS, Alfredo R., "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", en LL Gran Cuyo, diciembre, 2014, p. 1178, AR/DOC/4277/2014.

25. HOLMES The Path of The Law, 10 Harv. L.Rev. 457,461 (1897). Ver también J. Gray, The Nature and Sources of the Law 102-03 (2d Ed. 1927); K. Llewellyn, The Bramble Bush 3 (1930)

26. LANDONI SOSA, Ángel, "Activismo y garantismo en el proceso civil moderno". Revista Iberoamericana de 4 Derecho Procesal, (Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario), Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2010, p. 205).

segundo, europeo continental con base romanística.[27]

Al juez actual se le exige racionalidad en sus decisiones; y una decisión razonable, ahora impuesta como deber es una decisión que contiene argumentos que la justifiquen, por razones expresadas con lógica y sentimientos de equidad y justicia; que tenga en cuenta los nuevos paradigmas de derecho privado, los derechos y garantías de la Constitución, los principios que imperan en todo el sistema y microsistemas vinculados con los derechos humanos y también la finalidad de la norma.

El juez del nuevo código civil y comercial, receptando la impronta constitucional, deberá ejercer el protagonismo que le ha sido confiado por la voluntad general, y con la idea de *res* de la que nos informaba Heidegger para el romano conforme nos enseña Di Pietro.

Lo expresó magistralmente Calamandrei, "*No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir*", agregando "*El tradicional aforismo iura novit curia (la curia conoce las leyes) no tiene valor práctico alguno si no se le agrega éste: mores novit curia (la curia conoce las costumbres)" ... "los jueces y justiciables que participan en el proceso en concreto, no son 5 muñecos mecánicos construidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; éstas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres...el juez, al aplicar la ley, debe hacerla revivir en el calor de su conciencia, pero en esta evocación de la ley, que no se hace de pura lógica, el juez debe sentirse únicamente como hombre social, partícipe e intérprete de la sociedad en que vive."*[28]

En su clásica visión tridimensional del Derecho Procesal, Cappelletti sostiene, por un lado, la constitucionalización de las garantías procesales, lo que traduce la dimensión constitucional, por el otro, la concreción de tribunales internacionales y la unificación normativa, lo que señala la dimensión que denomina trasnacional y por último la dimensión social, con raíces en el imperativo moral de la igualdad real y efectiva de las personas ante la ley y la justicia, la desacralización y desformalización de los procedimientos, la proscripción del exceso ritual y del formulismo, en general, para hacer los trámites judiciales más accesibles y comprensibles para todos.[29]

Hoy en día, esa visión se emparenta con lo que se ha dado en llamar "activismo judicial", revitalizando el concepto de interés general. El fin público está dado por el interés que asume el Estado en la realización del Derecho. No se compadecen ni se identifican el interés individual con el interés público del Estado, por cuanto el interés de las partes se concreta en un fallo que resuelva el litigio y de sus razones, mientras que el interés supraindividual del conjunto social se refleja en una sentencia que, conforme a la ley es dictada por un órgano más comprometido en el ideal de justicia[30].

27. FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales (trad. Manuel Martínez Neira). 6ª edición. Trotta. Madrid, España. 2.009. Págs. 131/134.

28. CALAMANDREI, Piero, "Elogio de los Jueces escrito por un Abogado", trad. de Ayerra Redín, Santiago Sentis Melendo y Conrado Renzi, "El Foro", Bs. As., 1997, p. 160.

29. CAPPELLETTI, Mauro, "Tributo al amigo", palabras de presentación de los Estudios de Vittorio Denti, Cedam, Padova, 1994, vol. I, ps. VII y VIII, citado por MORELLO, Augusto M., "Procesalistas inolvidables", Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 29

30. Al respecto, Chiovenda expresó que *"la actuación de la ley es el fin constante del proceso...El proceso no sirve a una*

La noción de la "publicización" o "socialización" del proceso civil impone inexorablemente la distinción entre el objeto del proceso, clásicamente el interés de las partes, y el proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela[31], por parte del Estado, de los intereses litigiosos que se presentan con fuerza de expansión social, aún desde el punto de vista económico.

En palabras de la CSJN: "*Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo que ya previeron los romanos: summun jus, summa injuria. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia*" (Fallos: 302: 1611, considerando 5º, segundo párrafo).

Frente a tal panorama ha sido decisivo el concepto de "tutela procesal diferenciada", a los fines de encontrar parámetros procesales propios en relación al tipo de derecho y valores sustanciales en juego en un caso determinado, más allá del texto procesal legal. Por otro lado, la propia Corte Suprema de Justicia de Argentina ha afirmado que: "*Donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer.*"[32]

El problema que se presenta en concreto y que percibe la sociedad ya no es el dinamismo del proceso y la flexibilización de la congruencia en los procesos dónde se juzgan políticas públicas, sino el carácter de *bonus vir* que se pretende de quienes integran el Poder Judicial, de allí que aún con los caracteres del proceso clásico, el problema es quien integra el *album* y en su caso como se infiltra en el mismo la política partidaria desplazando la imparcialidad e independencia. El desafío entonces se encuentra en la seleccionabilidad, revitalizando de una manera contundente el concepto de idoneidad que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional.

Y para los que aún desconfíen de la función judicial, una recomendación de Plauto en Rudens, de modo evitar caer en el juicio de un dios, Júpiter, como propone en su prólogo:

Así pues, os aconsejo a vosotros, los que sois
justos y ordenáis vuestra vida con piedad y con

parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez". CHIOVENDA, Giuseppe, "Principios de Derecho Procesal Civil", trad. de José CASÁIS y SANTALÓ, Reus, Madrid, 1922, Tº I, ps. 84 y 86.

31. PICÓ I JUNOY, Joan, "El derecho a la prueba en el proceso civil", Bosch, Barcelona, 1996, p. 220.

32. Argentina. CSJN "Halabi, Ernesto c/PEN Ley 25.873 DTO. 1563/04". 24/02/2009. Considerando 12°: "...Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

con buena fe. Perseverad en ello, para que recibáis la alegría por lo hecho.

La adquisición por el paso del tiempo

Gabriela Victoria Morel[1]

1. Abogada, Especialista y Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesora adjunta en la materia de Derecho Romano, cátedra Mirta Alvarez y Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra Carlos Balbín, en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa UFLO, proyecto: *"Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación"*, dirigido por la Dra. Mirta Alvarez, con sede en la facultad de Derecho de la Universidad de Flores (UFLO). Secretaria del Juzgado CAyT RyC, Nro. 23 de la CABA.

El paso del tiempo

El aforismo jurídico al que haremos referencia en esta ponencia lo encontramos en D.41.3.3, donde Modestino indica que la usucapión es *"la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley"*.

Como es posible observar, esta máxima nos habla de un hecho humano voluntario que es la posesión continuada y de un hecho de la naturaleza con efectos jurídicos que es el paso del tiempo.[2]

Evolución del instituto jurídico de la usucapión

La usucapión o también llamada hoy prescripción adquisitiva es consecuencia de una larga evolución que encuentra su origen en el derecho civil romano correspondiente a la primera etapa histórica que es el derecho arcaico.[3]

En esta primera etapa, la usucapión comenzó siendo un modo de perfeccionar la transmisión del dominio. En tanto, de acuerdo a las Institutas de Gayo 2,41, si el dominio de una *res mancipi* no fue transmitido mediante el rito de la *mancipatio* o *in iure cessio,* la usucapión permitía que la persona -ciudadano romano o quien cuente con el *ius commercium*- adquiera la propiedad quiritaria -*ex iure Quiritum*-, transcurridos los plazos estipulados en la Ley de las XII Tablas. Esto es, dos años para los fundos y un año para las demás cosas. Es decir, aquí aparece este instituto como un mecanismo utilizado para subsanar la omisión en el cumplimiento de los modos formales de adquisición. Formalidades y ritualismo que resultan caracteres propios de esta etapa primitiva del derecho.[4]

Para que tenga lugar este perfeccionamiento en la trasmisión del dominio era necesario el cumplimiento de una serie de requisitos: que la cosa sea hábil o idónea -*res habilis*-, justo título o *iusta causa*, *bona fides*, posesión y el paso del tiempo.[5]

Las exigencias que comprendía la usucapión en el derecho antiguo fueron señaladas mediante prohibiciones.[6] Así, estaba prohibido usucapir cosas fuera del comercio[7], cosas robadas o poseídas por medio de la violencia[8]; las *res mancipi* por parte de una mujer sin

2. La definición de hecho jurídico la encontramos en el art. 257, CCyCN cuyo antecedente es el art. 896 del Código Civil, donde Vélez en la nota al art. 896 CC, realiza una distinción entre actos humanos y actos o hechos externos, accidentales o de la naturaleza.

3. La etapa arcaica nos indica el profesor Torrent, va desde el 754 a.C., fecha de la fundación de Roma, hasta el 367 a.C. en que se promulgaron las *leges Liciniae-Sextiae.* Abarca la fase monárquica de la constitución romana y una parte de la respublica. Ver, Torrent, Armando, Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes, España, Edisofer, 2002, pp. 18.

4. Como bien describe el Profesor Fernández y Fernández de Buján, "En esta época Roma, como sucede en general con otras comunidades primitivas, se rige, en buena medida, por imperativos religiosos (...) Derecho, religión y moral se encuentran entrelazados y, en parte mezclados, (...)". FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, antonio, *Derecho Público Romano*, 24 ed., España, Thomson Reuters, 2021, pp. 46.

5. I.2.6. pr.

6. ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, T. I., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 247.

7. Gayo, 2, 48; D. 41,3,9; Inst. 2,6,1.

8. Gayo 2,45; Inst. 2,6,1.

la *auctoritas* de su tutor[9]. Prohibiciones que fueron posteriormente traducidas en los requisitos, además de la *possesio* con ánimo de señorío, *res habilis, iusta causa* y *bona fides*.[10]

En lo que refiere a la buena fe, debía estar presente al momento del inicio de la usucapión. Por su parte, la *iusta causa*, en línea con el genio práctico de los romanos,[11] no tuvo el desarrollo de una teoría general sino que se han señalado casos concretos de justo título.[12]

No obstante los requisitos mencionados, existieron casos puntuales que no requerían del cumplimiento de los requisitos de buena fe ni de *iusta causa*. En este sentido, encontramos el caso de la *usucapio lucrativa pro herede*, donde un ciudadano romano, con capacidad de ser heredero podía usucapir la *hereditas* en el plazo de 1 año si el verdadero heredero no se había hecho cargo de la herencia.[13] Gayo ensaya una explicación al respecto señalando que esta institución se encontraba relacionada con la importancia que tenía la continuación del culto privado y, que los acreedores pudiesen determinar a quién cobrarle (Gayo 2, 55). Asimismo, la *usureceptio* es otro supuesto donde el antiguo dueño podía recobrar el dominio por la posesión continuada del bien sin mediar buena fe y justo título.

Continuando el recorrido de la evolución de este instituto, en la etapa imperial en los fundos provinciales donde no era posible adquirir el dominio, los magistrados provinciales admitieron como defensa procesal de quien detentaba la posesión, la llamada *praescriptio longi temporis*. Es decir, aquí no nos encontramos con un modo de adquirir el dominio sino una defensa procesal que para ser invocada exigía como condición, haber poseído con buena fe, con justa causa y por 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes.[14]

En aquellos casos donde no se cumplía el requisito de la justa causa, su ausencia quedaba salvada con el transcurso del plazo de 40 años según Constantino (C.7.39.2) y 30 años de acuerdo a Theodosio (C.7.39.3), es lo que se llamó la praescriptio longissimi temporis. Cuyo origen se encuentra en la constitución de Theodosio II del año 424 que estableció que, *"todas las acciones personales o reales, salvo la hipotecaria, se extinguían en principio a los treinta años"*.[15]

En el derecho justinianeo, vemos que Justiniano realiza una fusión entre la usucapión y la prescripción en tanto mantiene los requisitos de cosa hábil, justo título, buena fe y la posesión continuada, variando en este último punto los años que debían transcurrir para adquirir la propiedad sobre la cosa en cuestión.[16]

9. Gayo, 2,47.

10. I. 2,6, pr.

11. BARROW, R.H., *Los Romanos*, 2 ed. en español, 27 reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp.11 y sig.

12. DI PIETRO, A., *Derecho privado Romano,* Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 129. Peña Guzman y Argüello, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1962, pp. 86.

13. PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999, pp. 232.

14. PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999, pp. 235. Luego, esta defensa se extiende a los bienes muebles. Ver, D.18.1.76.1; D. 44.3.3 y D.44.3.9.

15. PEÑA GUZMAN Y ARGÜELLO, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1962, pp. 103.

16. En primer lugar, el término usucapión queda reservada para adquirir el dominio sobre las cosas muebles, exigiéndose el plazo de posesión continuada de 3 años. Por su parte, prescripción fue utilizado para designar la adquisición de bienes inmuebles, diferenciandose los plazos 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes y, a su vez, mantuvo la *longissimi temporis praescriptio*. Asimismo, fueron excluidos de esta forma de adquisición por el paso del tiempo los fundos dotales, los bienes que conformaban el peculio adventicio, las cosas sustraídas con violencia, las cosas *extra commercium* y los hombres

Pervivencia del aforismo romano

Establecida esta evolución, vemos que la usucapión fue receptada en nuestro derecho civil argentino. Vélez reguló la prescripción en el libro IV, referido a los derechos reales y personales; en particular en la sección tercera la cual tituló: "*De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo"*. Allí, haciendo referencia al digesto en la nota al artículo 3.947, legisló que: *"Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo"*. Asimismo, en el artículo 3.948, estableció que, *"La prescripción para adquirir es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley"*. Cabe apuntar que, la ubicación y el modo en que reguló Vélez este instituto le valió críticas al legislar conjuntamente prescripción adquisitiva y liberatoria. Sin embargo, es posible afirmar que son dos caras de una misma moneda, en tanto, *"cuando uno se libera lo hace a expensas de otro que pierde su derecho; y cuando se gana un derecho por vía de la prescripción adquisitiva, ese derecho se pierde para el que lo tenía anteriormente"*.[17]

En esta línea, más adelante, en el capítulo III, Vélez regula especialmente la usucapión titulando el capítulo: "De la prescripción para adquirir". Así, mediante el artículo 3.999 estableció que, *"[e]l que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años, si el verdadero propietario habita en la provincia, donde el inmueble está situado; y por veinte años si está domiciliado fuera de ella"*. Ello, incluyendo en la nota del artículo referencia a las institutas de Justiniano donde se hace alusión al requisito de la posesión de buena fe.[18]

El artículo mencionado fue modificado y según texto de la Ley 17.711 dispuso que: *"*[e]*l que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por las posesión continua de diez años"*. Como es posible observar, la reforma del artículo 3.999, quitó la distinción que yendo a las fuentes romanas respondía a la defensa procesal *praescriptio longi temporis*.

A su vez, también podemos encontrar un reflejo del antecedente de la *praescriptio longissimi temporis* en los artículos 4.015 y 4.016, donde Vélez exigía el plazo de 30 años de posesión continuada exceptuando así el cumplimiento de los requisitos de buena fe y justo título. Artículos que fueron modificados por la Ley 17.711 reduciéndose el plazo a 20 años.

Conforme se desprende de lo enunciado, aquí se reproducen dos requisitos que marcan la nota distintiva de este instituto. Por un lado, la actividad del ser humano correspondiente al ejercicio de la posesión sobre una cosa, es decir, un hecho humano voluntario y el transcurso del tiempo establecido por la ley.

libres. Ver, Peña Guzman y Argüello, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1962, pp. 103.

17. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La prescripción adquisitiva o usucapión,* en, http://secretarias.unc.edu.ar/academc/doctrina/articulos/artprescripcionadquisitivayusucapion (última consulta realizada el 7 de diciembre de 2021).

18. I.2,6,2. Las cosas hurtadas y las que por la fuerza han sido poseídas, tampoco pueden ser usucapidas, aunque hubieren sido poseídas de buena fe por el susodicho largo tiempo; porque la ley de las Doce Tablas y la ley Atinia prohíben la usucapión de las cosas hurtadas, y la ley Julia y Plaucia la de las poseídas por la fuerza.

Producida la reforma y unificación del Código Civil y Comercial, conforme Ley 24.944, cuya vigencia comenzó a partir del 1/8/2015, vemos el reflejo de la regulación contenida en el Código de Vélez en el artículo 1.897. Esta norma que hoy nos rige, dice que la prescripción adquisitiva *"es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley"*.

A su vez, el Código Civil y Comercial también contiene en los artículos 1.898 y 1.899 la distinción entre la prescripción adquisitiva breve y larga, en función del cumplimiento de los requisitos de buena fe y justa causa.[19]

Volviendo al comienzo de la ponencia, la definición de nuestro código esbozada en el artículo 1.897 resulta casi una transcripción de la máxima de Modestino que ha definido la usucapión como *"la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley"* (D. 41.3.3).

Además de señalar la pervivencia ostensible del aforismo jurídico elegido. Resulta importante destacar el diálogo de fuentes que nos propone nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 1ro., donde señala que todo su articulado debe ser aplicado e interpretado conforme la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Desde este lugar, el instituto de la usucapión o prescripción adquisitiva en los términos del nuevo código, debe ser aplicado e interpretado teniendo en cuenta las fuentes enunciadas en el artículo 1ro. y, a su vez, atenta la clara raíz romanista del instituto, teniendo presente su antecedente jurídico romano.

19. ARTÍCULO 1898.- Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título. ARTÍCULO 1899.- Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

Importancia de los aforismos nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege en el Derecho Penal Mexicano

Grecia Sofía Munive García[1]

1. Universidad Nacional Autónoma de México.

Introducción

Los aforismos, los cuales son definidos por el diccionario de la Real Academia Española como «máximas o sentencias que se proponen como pauta alguna en alguna ciencia o arte»[2], son fundamentales en el ámbito jurídico debido a que guían la labor de los juristas.

En el derecho penal existe un aforismo que es de gran importancia: *nullum crimen, nulla poena sine lege,* el cual hemos decidido abordar en el presente trabajo como dos principios por separado, al igual que el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*[3], como: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Cabe mencionar que lo anterior lo hemos realizado con fines didácticos para poder analizar con mayor profundidad el tema.

Ambos principios son fundamentales en el derecho penal en el plano nacional e internacional, debido a que a través de ellos se expresa la garantía de legalidad, mediante la cual se busca regular la facultad punitiva del Estado en función de proteger, respetar y salvaguardar los derechos de las personas.

A través de la presente investigación abordaremos el tema de los límites al poder punitivo del Estado con la finalidad de localizar el principio de legalidad; a continuación, indagaremos sobre los antecedentes del principio en algunas legislaciones y sobre la acuñación del aforismo; posteriormente, estudiaremos las generalidades del principio y los subprincipios que yacen en éste y, finalmente, lo analizaremos en algunos Instrumentos Internacionales y en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Límites al poder punitivo del Estado

Desde el surgimiento de la filosofía de la Ilustración se ha procurado que el derecho penal sea utilizado en casos realmente graves que así lo ameriten, debido a que es considerado como la herramienta más severa o violenta del Estado para imponer su voluntad. Sin embargo, para los casos en los que es necesario utilizarlo, se han creado diversos mecanismos en función de regular la facultad punitiva del Estado.

En las legislaciones de los Estados modernos, se ha contemplado el reconocimiento de derechos y de garantías de las personas que los integran. Estas últimas han surgido debido a que no basta con el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, sino que es necesario garantizarlos y salvaguardarlos a través de mecanismos emanados del Estado mismo.

Con base en la doctrina del jurista Luigi Ferrajoli, los límites que se han establecido al poder punitivo del Estado se encuentran constituidos por: a) garantías penales sustantivas, las cuales están dirigidas principalmente al legislador y hacen referencia a lo que el Estado puede prohibir y sancionar; y b) garantías procesales del imputado, las cuales

2. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española: https://dle.rae.es/aforismo (última consulta realizada el 23 de septiembre de 2021).

3. Artículos 22 y 23 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf (última consulta realizada el 7 de octubre de 2021).

están dirigidas al legislador e indican los límites que debe respetar el Estado para considerar que se ha llevado a cabo un juicio justo, abarcando desde el momento en que se señala a una persona como probable responsable y el inicio del proceso[4].

De las dos garantías previamente mencionadas, las garantías penales sustantivas se encuentran integradas por diversos rubros, entre los cuales encontramos el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad[5], los derechos fundamentales[6], además de otros principios que, en el caso de los Estados Unidos Mexicanos son aquellos referentes a la culpabilidad[7], lesividad[8] y *ultima ratio*[9], implícitos en la Constitución Política de 1917. De los principios previamente mencionados, nos centraremos en de legalidad, el cual es fundamental, debido a que es el primer límite que establece cómo las autoridades jurisdiccionales deben ejercer su facultad punitiva.

A continuación, analizaremos *lato sensu* el origen del principio de legalidad y del aforismo mediante el cual se expresa.

Génesis y desarrollo del principio de legalidad en materia penal

Uno de los principios de mayor relevancia en el ámbito penal es el principio de legalidad que se expresa a través del aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el cual también lo podemos encontrar por separado como encontrar *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Ambas maneras son correctas, ya que, aunque el aforismo *a priori* fue acuñado como una sola unidad, es común encontrarlo como si fueran dos oraciones en las que se presupone la existencia del verbo copulativo *esse* (ser, estar, existir)[10].

En el presente trabajo hemos decidido abordar el aforismo por separado, tal y como se encuentran en la Parte III «De los principios generales de derecho penal» del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículos 22 y 23), debido a que nos facilitará el análisis de los subprincipios.

4. FERRAJOLI, L., *Garantismo penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 10- 17.

5. De acuerdo con el artículo 22 de la Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos «Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado». Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf (última consulta realizada el 3 de septiembre de 2021).

6. En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos fundamentales se encuentran contenidos en la parte Dogmática de la Constitución, la cual abarca desde el artículo 1º hasta el 29.

7. De acuerdo con el principio de culpabilidad sólo se pueden sancionar conductas que se cometieron con dolo o culpa, lo cual exige que la persona que infringió la ley esté consciente de la antijuricidad o de la punibilidad y que le pueda ser exigible a la persona comportarse de otro modo.

8. La lesividad hace referencia a que las normas penales deben estar dirigidas a tutelar un bien jurídico.

9. La *ultima ratio* hace referencia a que el derecho penal sólo debe ser utilizado para combatir los ataques más graves cometidos en contra de los derechos de las personas o de los bienes jurídicos. Es decir, en caso de ser posible, se debe acudir a mecanismos menos severos, antes de llegar a la implementación de mecanismos penales.

10. *Vid*. PIMENTEL ÁLVAREZ, J., *Diccionario Latín- español/ español- latín*, 9ª ed., México, Editorial Porrúa, 2009, pp. 760-761, *s.v. sum, fui, esse*.

Antecedentes del aforismo

Aunque el aforismo mediante el cual se expresa el principio de legalidad no fue acuñado hasta el siglo XIX, existen algunos antecedentes de su contenido en antiguas legislaciones.

Antes de comenzar propiamente con los antecedentes, cabe mencionar que, a pesar de que es posible encontrar algunos visos del principio de legalidad en el *Digesto*[11] de Justiniano, en especial en los dos libros denominados como *Terribiles libri*[12] (*Digesto* 47[13] y 48[14]) y en algunos ordenamientos jurídicos visigodos que contenían derecho vulgar romano -como en el *Liber Iudiciorum*[15]-, diversos estudiosos niegan que el origen del

11. En los *Digestae*, conocidos popularmente en singular como *Digesto* o también llamadas *Pandectas* (del griego *pandektai*), podemos encontrar literatura jurídica correspondiente a la época clásica, la cual es considerada como la más esplendorosa, debido a que en ella surgió la ciencia del derecho a través de la sabiduría plasmada en brillantes jurisprudencias de diversos juristas y jurisconsultos. El 15 de diciembre del año 530, de acuerdo con la Constitución *Deo Auctore*, fue creada una comisión encargada de la creación del *Digesto*, compuesta por los mejores profesores de derecho en Constantinopla y Beirut y altos funcionarios, encabezada por el *quaestor sacri palatii*, llamado Triboniano; después de tres años de arduo trabajo, su creación fue reconocida oficialmente el 16 de diciembre de 533, a través de las Constituciones *Tanta* (en latín) y Δέδωκεν (*Dédoken*), y entró en vigor dos semanas después, es decir, el 30 de diciembre.

12. Los libros 47 y 48 del *Digesto* son conocidos como *Terribiles libri* por abordar tópicos concernientes al derecho penal. *Vid*. BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 732, *s. v. Terribiles libri*.

13. Consideramos que en el libro 47 del *Digesto* es posible encontrar vestigios del principio *nullum crimen sine lege*, porque en él se encuentran plasmados los crímenes y delitos privados considerados como tales dentro del Derecho Romano, así como los supuestos en los que se cometen. Lo anterior lo podemos constatar a través de los títulos que la constituyen: I. *De privatis delictis*; II. *De furtis*; III. *De tigno iuncto*; IV. *Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse aut corrupisse quid dicetur*; V. *Furti adversus nautas, caupones, stabularios*; VI. *Si familia furtum fecisse dicetur*; VII. *Arborum furtim caesarum*; VIII. *Vi bonorum raptorum et de turba*; IX. *De incendio, ruina, naugragio, rate, nave expugnata*; X. *De iniuriis et famosis libellis*; *XI. De extraordinariis criminibus*; XII. *De sepulchro violato*; XIII. *De concussione*; XIV. *De abigeis*; XV. *De praevaricatione*; XVI. *De receptatoribus*; XVII. *De furtis balneariis*; XVIII. *De effractoribus et expilatoribus*; XIX. *Expilatae hereditatis*; XX. *Stellionatus*; XXI. *De termino moto*; XXII. *De collegis et corporis* y XXIII. *De popularibus actionibus*.

14. En el libro 48 del *Digesto* justinianeo es posible vislumbrar vestigios del principio *nulla poena sine lege*, ya que en el *D.* 48, 19 (*De poenis*) encontramos que los romanos tenían una especie de catalogación de las penas, las cuales son mencionadas por los juristas Ulpiano y Calístrato en el *D.* 48, 19, 6, 2 y *D.* 48, 19, 7. En el *D.* 48, 19, 6, 2 se encuentra lo siguiente: «*Nunc genera poenarum nobis enumeranda sunt, quibus praesides adficere quemque possint. et sunt poenae, quae aut vitam adimant aut servitutem iniungant aut civitatem auferant aut exilium aut coercitionem corporis contineant:*», lo cual hemos traducido de la siguiente manera: «ahora deben ser enumerados nuestros géneros de penas, con las cuales los gobernadores pueden castigar a cualquiera. Y existen las penas que quitan la vida o imponen esclavitud o quitan la ciudadanía o contienen el destierro o el castigo corporal.». En complemento con el texto anterior perteneciente a Ulpiano, en el *D.* 48, 19, 7 el jurista Calístrato agrega lo siguiente: «*veluti fustium admonitio: flagellorum castigatio: vinculorum verberatio*», lo cual hemos traducido de la siguiente manera: «por ejemplo, la amonestación de palos, el castigo de los látigos (azotes); el golpe (azotamiento) de los aprisionados».

15. El *Liber Iudiciorum* fue mandado a hacer en el año 654 por orden del emperador visigodo Recesvinto y continuado por Ervigio. Obtuvo la denominación con la que lo conocemos a partir del siglo VIII. Adquirió la denominación de *Fuero Juzgo*,

principio se encuentre en el Derecho Romano ya que, aunque en los textos legados a la posteridad por el Derecho Romano existen vestigios del principio de legalidad, tales como la aplicación de las penas plasmadas en la legislación y la prohibición de la implementación de la retroactividad, era común que se aplicaran las penas conforme al derecho consuetudinario y de acuerdo al arbitrio de los jueces y magistrados[16].

Por lo anterior, se cree que este principio «tal como está redactado en Constituciones modernas, es pues, obra del pensamiento de la Ilustración, que contenía la idea del contrato social, la limitación del Estado y por ende el reconocimiento del individuo como persona, como ente libre e igual [...]» [17].

Los antecedentes del principio de legalidad se encuentran en las Constituciones que surgieron entre los siglos XVIII y XIX. La prohibición de la retroactividad se encuentra en la *Constitución de los Estados Unidos* (1776), en el *Código Penal de Austria* (1787) y en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789). Los antecedentes de la prohibición del uso de la analogía se localizan en el *Código Penal de Austria* (1787).

Acuñación del aforismo

De acuerdo con las investigaciones de diversos doctrinarios de derecho penal, como Claus Roxin[18], los aforismos *nullum crimen sine lege* («ningún delito <existe> sin ley») y *nulla poena sine lege* («ninguna pena <existe> sin ley»), que expresan el principio de legalidad en materia penal, fueron creados aproximadamente en el año 1801 por von Feuerbach[19] (1775-1833) quien fue un criminalista y filósofo alemán que acuño el término y lo incorporó al *Código Penal de Baviera* de 1813 del cual fue redactor. «Esta formulación [...] estaba asentada en la teoría de la pena como coacción psicológica, esto es, en la prevención general como función básica de la pena; pues solo una amenaza penal

cuando reapareció bajo el gobierno del rey Fernando III de Castilla en el *Fuero de Córdova* en 1236 en su versión castellana. En este ordenamiento jurídico visigodo es posible encontrar una gran influencia del derecho vulgar romano debido a la convivencia que tuvieron con Roma como *foederati*. El *Liber Iudiciorum* es considerado como uno de los cuerpos jurídicos visigodos más completos, ya que es una «síntesis entre la tradición jurídica germánica y la romana». *Cfr.* torrent, a., «Una aproximación en la legislación Visigótica Hispana. La imitatio imperii», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2017, p. 21, en http://www.ridrom.uclm.es/documentos18/torrent18_pub.pdf (última consulta realizada el 28 de octubre de 2021). El él podemos encontrar disposiciones que tratan acerca de que debe aplicarse la ley y no la costumbre, y acerca de que los jueces sólo pueden resolver los asuntos que llegasen a sus manos con base en las disposiciones contenidas en la legislación. *F.J.* III,1, 1. *Cfr.* Figueroa, M. A., «Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho)*, XVIII, Valparaíso, Chile, 1996, p. 192.

16. *Cfr.* MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, España, Analecta, 1999, p. 563.

17. *Cfr.* DONNA, E., «Precisiones sobre el principio de legalidad», en MAC-GREGOR, E. Y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XII, *Ministerio Público, contencioso administrativo y actualidad jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, 2008, p. 19.

18. ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 141.

19. El aforismo completo mencionado por el autor en su obra es el siguiente: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali. Cfr.* von feuerbach p. j. a., *Lehrbuch des Gemeinen in deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, p. 20.

establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión; únicamente la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos».[20]

Generalidades del principio de legalidad

El principio de legalidad, expresado a través de los aforismos acuñados por von Feuerbach en 1801, tiene como finalidad proteger y salvaguardar los derechos de las personas de las arbitrariedades que pudiese cometer el Estado en su contra, ya que establece los límites a los cuales las autoridades deberán ceñirse cuando ejerzan su función punitiva. Sus principales objetivos son regular quién tiene la facultad de crear derecho penal, delimitar cuál es el derecho penal aplicable en un Estado determinado para resolver un caso concreto y cómo debe aplicarse dicho derecho.

Su esencia expresa que no existe ni delito ni pena, si no se encuentran éstos expresamente en la legislación con anterioridad a la comisión del delito y a la implementación de la pena. De acuerdo con éste, es necesaria la utilización precisa de la norma penal al caso concreto, por lo cual se descarta la interpretación realizada con base en la analogía o la costumbre y se considera la ley emanada del Estado como única fuente del derecho penal.

Los fundamentos teóricos sobre los que se apoya este principio son las tesis jurídico- políticas y las tesis jurídico- penales. Las primeras consisten en los argumentos que surgen de la historia de manera cronológica, los cuales derivan del liberalismo político de la Ilustración y de la división de poderes que buscaban limitar el poder absoluto a través de la creación de una ley formal para que los ciudadanos de un Estado tuvieran garantías y para que supieran cómo actuar en caso de que fueran a ser sancionados de manera arbitraria; las segundas consisten en explorar propuestas desde la óptica del derecho penal como una herramienta que busca fines sociales[21]. Actualmente el principio de legalidad utiliza ambas tesis, ya que busca salvaguardar los principios de un modelo de Estado liberal y democrático y, al mismo tiempo, se ocupa de que el derecho penal sea efectivo y que cumpla con los fines con los que fue creado[22].

Subprincipios del principio de legalidad

Después de haber revisado *lato sensu* las generalidades del principio de legalidad, procederemos a analizar los subprincipios que yacen en los aforismos que lo constituyen.

Subprincipios del principio nullum crimen sine lege

En el principio *nullum crimen sine lege*, el cual tiene como consecuencia que «sólo las leyes puedan decretar las penas correspondientes a los delitos»[23] se concatenan cuatro

20. *Cfr.* VELÁSQUEZ V., F., «El principio de legalidad juridicopenal», en *Nuevo Foro Penal*, 12(32), 2016, p. 259.

21. *Ibidem*, p. 258.

22. *Ibidem*, p 259.

23. *Cfr.* BECCARIA C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 87.

subprincipios diferentes: A) el de exclusividad; B) el de irretroactividad; C) el de prohibición de la implementación de la analogía y D) el de taxatividad. La exclusividad se refiere a que sólo la ley tiene la facultad de considerar determinados actos como delitos y obliga a que los tipos penales estén contenidos en la ley en sentido formal y material; la irretroactividad hace referencia a que la ley que considera al acto como ilícito debe existir antes de la comisión de éste para que pueda ser considerado como tal; la prohibición de la implementación de la analogía evita la aplicación de este mecanismo en el ámbito penal con la finalidad de «prever las acciones punibles con límites claros y definidos»[24]; y, finalmente, el principio de taxatividad, dirigido al legislador, le indica que debe poner especial atención al redactar las leyes para que éstas sean plasmadas de manera clara y precisa con la finalidad de que se entienda lo que está prohibido, ya que sólo si las leyes son claras, los individuos podrán comprender los presupuestos que se encuentran prohibidos por la ley y, en caso de infringirlos, las penas a las que podrían ser acreedores. Cabe mencionar que otro de los objetivos de este subprincipio es evitar las ambigüedad o vaguedad de las normas para evitar la arbitrariedad en la impartición de justicia.

Subprincipios del principio nulla poena sine lege

El principio *nulla poena sine lege*, abarca los siguientes subprincipios:

A) *Nulla poena sine lege praevia* (ninguna pena <existe> sin ley <penal> previa). Este subprincipio, dirigido a legislador y al juez, prohíbe la aplicación de la retroactividad de nuevas disposiciones que pudiesen ser más severas.

B) *Nulla poena sine lege scripta* (ninguna pena <existe> sin ley <penal> escrita). De acuerdo con este subprincipio sólo se puede implementar el derecho que se encuentra escrito y que es vigente en un determinado territorio. La prohibición de la utilización del derecho consuetudinario en el derecho penal ayuda a que el derecho se aplique tal y como fue concebido por el legislador.

C) *Nulla poena sine lege stricta* (ninguna pena <existe> sin ley estricta). Este principio, el cual es un mandato dirigido al juez, indica que sólo es posible aplicar las leyes que se encuentran escritas *ad litteram*, tal cual se indica a un tipo específico de actos. A través de éste se pretende evitar la implementación de la analogía en el ámbito del derecho penal[25].

El principio de legalidad en el ámbito del Derecho Internacional

El principio de legalidad es de gran importancia porque es la base de los Estados democráticos respetuosos de los derechos de fundamentales de todas las personas. Su importancia la podemos constatar al ver que este principio es reconocido en la mayoría de los textos de rango constitucional y de códigos penales a nivel mundial y en Instrumentos internacionales, entre los cuales encontramos los siguientes:

24. *Cfr.* FONTAN BALESTRA, C., *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1998, p. 104.

25. *Ibidem*, p. 105.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 11.2: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.» [26]

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo 26: «Toda persona acusada de delitos tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.» [27]

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como la *Convención Europea de Derechos Humanos* (1950), artículo 7.1 -cuya rúbrica es «No hay pena sin ley»-: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.»[28]

Convención Americana de Derechos Humanos «Pacto de San José» (1969), artículo 9º -cuya rúbrica es «Principio de Legalidad y de Retroactividad»-: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» [29].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 15.1: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.» [30]

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Parte III «De los principios generales de derecho penal», artículo 22 «*Nullum crimen sine lege*»:

«1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de

26. Declaración Universal de Derechos Humanos: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

27. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

28. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

29. Convención Americana de Derechos Humanos: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

30. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena [...]» [31].

Artículo 23 del mismo Estatuto, titulado «*Nulla poena sine lege*»: «Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto»[32].

El principio de legalidad en el Derecho Penal Mexicano

El principio de legalidad es de gran importancia en el ámbito del derecho penal debido a que, como hemos mencionado, es el primer límite que establece la manera en la que el legislador deberá establecer su facultad punitiva y es una garantía de los derechos de las personas ante las arbitrariedades que pudiesen sufrir por parte del Estado.

El principio se localiza en el artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en donde se establece lo siguiente:

«A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata [...]»[33].

En el texto previamente citado podemos encontrar 3 aspectos del principio *nullum crimen sine lege:* A) el de exclusividad; B) el de irretroactividad y C) el de prohibición de la implementación de la analogía; aunque sobre la taxatividad no encontramos nada al respecto.

En el fragmento del artículo 14, también encontramos los 3 subprincipios del principio *nulla poena sine lege*: A) *Nulla poena sine lege praevia*; B) *Nulla poena sine lege scripta* y C) *Nulla poena sine lege stricta*.

Al encontrar el principio -con sus subprincipios implícitos- en un texto de rango constitucional, podemos vislumbrar la importancia que tiene para el Estado mexicano

Conclusiones

La implementación del derecho penal en los Estados modernos se ha procurado utilizar en la menor medida posible, aunque en los casos en los que es necesaria la utilización de éste, se han creado diversos mecanismos para salvaguardar los derechos y

31. Artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

32. Artículo 23 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

33. Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

las garantías de todas las personas. Dentro de los límites establecidos al poder punitivo del Estado se encuentran las garantías procesales del imputado y las garantías penales sustantivas, a la cuales pertenece el principio de legalidad, que es considerado como el primer límite que establece la manera en la que las autoridades jurisdiccionales deben ejercer su facultad punitiva.

A pesar de que los aforismos que expresan el principio de legalidad, es decir *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege,* fueron creados creado hasta el siglo XIX por el criminalista y filósofo alemán von Feuerbach (1775-1833), podemos encontrar algunos vestigios del principio en las legislaciones romanas y visigodas. Aunque los antecedentes del principio tal y como se encuentra actualmente en los códigos y constituciones tiene sus orígenes en pensamiento de la época de la Ilustración.

Los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* se encuentran constituidos por subprincipios. El primero se integra por los subprincipios de exclusividad, de irretroactividad, de la prohibición de la implementación de la analogía y de taxatividad; y el segundo, por los subprincipios: *Nulla poena sine lege praevia*; *Nulla poena sine lege scripta* y *Nulla poena sine lege stricta*.

El principio de legalidad es de gran importancia para el derecho penal contemporáneo, tanto en el ámbito nacional como internacional, lo cual lo podemos constatar al encontrarlo en diversos Instrumentos Internacionales.

En los Estados Unidos Mexicanos, el principio se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Política, a través del cual podemos constatar la vigencia del contenido de los aforismos acuñados por von Feuerbach en el México contemporáneo.

Bibliografía

AMUCHATEGUI REQUENA, I. G. (2011). *Derecho penal*. 3ª ed. México D. F. : Oxford University Press.

BARRAGÁN SALVATIERRA, C. (2009). *Derecho procesal penal*. 3ª ed. México D. F. :, Mcgraw-Hill.

BECCARIA, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid.

BERGER, A. (1953). *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Philadelphia : The American Philosophical Society.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, R.; Carrancá y Rivas, R. (2014). *Derecho penal mexicano: parte general*. 24ª ed. México D. F. : Editorial Porrúa.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

Convención Americana de Derechos Humanos: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

*Corpus Iuris Civilis t.*1: Digesta. (1965). 18ª ed. Berlín : Mommsen-Krueger.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights (última consulta realizada el 3 de diciembre de 2021).

Diccionario de la lengua española. Real Academia Española: https://dle.rae.es/aforismo (última consulta realizada el 23 de septiembre de 2021).

DONNA, E., «Precisiones sobre el principio de legalidad», en Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. XII, Ministerio Público, contencioso administrativo y actualidad jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, 2008, pp. 15 - 40.

El Libro de los Juicios (*Liber Iudiciorum*), traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo penal*. México D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México.

FERRINI, C. (1976). *Diritto penale romano* : esposizione storica e dottrinale. Roma : L'Erma di Bretschneider.

FIGUEROA, M. A. (1996). Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho)*. 18:187-196.

FONTAN BALESTRA, C. (1998). *Derecho penal : introducción y parte general*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

MOMMSEN, T. (1999). *Derecho penal romano*. Madrid : Analecta.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx (última consulta realizada el 5 de diciembre de 2021).

PIMENTEL ÁLVAREZ, J. (2009). *Diccionario latín-español/español-latín*. 9ª ed. México D. F. : Porrúa.

ROXIN, C. (1997). *Derecho penal : parte general*. Madrid : Civitas.

TORRENT, A. (2017). Una aproximación en la legislación visigótica hispana : la imitatio imperio. En: *Revista Internacional de Derecho Romano*. URL: http://www.ridrom.uclm.es/documentos18/torrent18_pub.pdf

VELÁSQUEZ, V. F. (2016). El principio de legalidad jurídico penal. En: *Nuevo Foro Penal*. 12(32):252–269.

VON FEUERBACH P. J. A. (1801). *Lehrbuch des Gemeinen in deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Giessen*.

El principio "semel heres semper heres" y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos

Alfonso Murillo Villar[1]

1. Universidad de Burgos.

Introducción

En definición de la RAE, un aforismo es una sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte. Proviene del latín *aphorismus*, y éste a su vez del griego ἀφορισμός (*aphorismós*), y consiste en una declaración breve que pretende expresar un principio de una manera concisa, coherente y aparentemente cerrada. Con un significado muy similar suele utilizarse también el término brocardo, del latín *brocardae*, para referirse a un veredicto, dicho, axioma legal o máxima jurídica, normalmente también escrito en latín, con el que referirse concisamente a un concepto o regla evidente. Ambas expresiones tienen múltiples sinónimos, entre otros, principio, regla, precepto, sentencia, máxima, axioma, etc.

Lo habitual en el ámbito jurídico es que los aforismos estén expresados en latín[2], sin duda por ser la lengua propia del Derecho Romano, ordenamiento del que derivan infinidad de ellos[3]. Resulta curioso que mientras el latín es una lengua prácticamente desterrada de la formación de nuestros discentes, sea usada, no pocas veces, con carácter erudito, por los juristas: abogados, jueces, fiscales, legisladores, etc., y sea una especie de reservorio para la conservación de principios jurídicos sustancialmente inalterables. A pesar de todo, el latín sigue estando vigente en el mundo jurídico[4]. Actualmente muchas expresiones latinas son utilizadas frecuentemente por quienes ignoran dicha lengua, por ello conviene precisar su significado y su contenido, pues en no pocos casos difieren sustancialmente el significado y el contenido actuales de los que tuvieron en su origen romano, pues han ido variando fruto de la evolución que han padecido a lo largo de su recepción. En este trabajo nos centramos en el origen, contenido, evolución y recepción del principio romano *semel heres semper heres*, desde su génesis jurisprudencial hasta su plasmación en algunos, por supuesto, no en todos, los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Con el principio *semel heres semper heres*, (una vez heredero para siempre heredero), se indica que quien adquiere la cualidad de heredero no puede perderla nunca, es decir,

2. *Vid*. DOMINGO, R. ET ALII, *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., revisada y aumentada, Cizur Menor (Navarra), Thomson, 2006 https://www.academia.edu/35733329/Principios_de_Derecho_Global._1000_reglas_y_aforismos_jur%C3%ADdicos_comentados (última consulta 1 de diciembre de 2021). OTERO, J. - HENRÍQUEZ, Mª C. - ALAÑÓN, F., «Las *«regulae iuris»*, los brocardos, los aforismos y las expresiones latinas», en *El latín en la Jurisprudencia actual*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 51 ss.

3. Algunas recopilaciones: DOMINGO ET ALII, *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados,* cit.; IGLESIAS, J., *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Madrid, Civitas, 1986; GÓMEZ ROYO, E. ET ALII, *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del Derecho Romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina*, Madrid, Dykinson, 2017; VICÉN ANTOLÍN, C., *Diccionario de expresiones y términos jurídicos latinos*, Barcelona, Cedecs, 2002; NICOLIELLO, N., *Diccionario del latín jurídico: vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico*, Barcelona, Bosch - J.C. Faira, 1999; BERTOZZI, P., *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, 6ª ed, Rozzano (Italia), IPSOA, 2009.

4. ESPINOZA RAMOS, B., *Aforismos latinos y sistema penal*, Santiago, Chile, Olejnik, 2019, pp. 19 ss. OTERO - HENRÍQUEZ - ALAÑÓN, «Las «*regulae iuris*», los brocardos, los aforismos y las expresiones latinas», cit., pp. 63 ss.

significa, de una manera muy sintética, que la aceptación de la herencia es irrevocable, pues una vez que la herencia ha sido aceptada ya no se puede renunciar a ella. Supone, por lo tanto, el reconocimiento en la permanencia indefinida de la condición de heredero. Y, además, debe tenerse en cuenta que, tanto en caso de aceptación como de repudiación de la herencia, la declaración de voluntad del heredero se refiere a la totalidad, siendo inadmisibles las aceptaciones y las repudiaciones parciales. Ello se plasmó en el aforismo: *vel omnia admittantur vel omnia repudientur*[5].

Prácticamente todos los aforismos encierran una regla jurídica; *regula iuris* de la que la jurisprudencia romana no desarrolló una definición precisa. En D.50.17.1 (*Paul. 16 ad Plaut.*) solamente se indica que *regula est, quae rem quae est breviter enarrat*, es decir, regla es la que describe brevemente cómo es una cosa, la que transmite una breve descripción de las cosas: *brevis rerum narratio*. Por lo tanto, si una *regula iuris* es una máxima jurídica que se formula de un modo general con una expresión concisa, el aforismo *semel heres semper heres* es una regla jurídica, un principio jurídico que sintetiza un contenido mucho más amplio y al cual dedicamos este estudio. No olvidamos que una regla jurídica es un instrumento mnemotécnico, formulado a veces de un modo impreciso, que hay que aplicar caso por caso[6], y sobre cuyo origen planea un intenso debate en la doctrina romanística[7].

Base jurisprudencial romana del principio semel heres semper heres

La máxima *semel heres semper heres*, tal cual se conoce, no fue formulada por la jurisprudencia romana, quizás provenga de época medieval[8], pero se sustenta en varios textos jurídicos romanos que sirvieron de base para su configuración. Afirma Salvio

5. Vid. Ortuño Pérez, Mª E., «El aforismo vel omnia admittantur, vel omnia repudientur a la luz de los criterios de interpretación del derecho hereditario romano», en Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio, (coord. P. Resina), Almería, Universidad de Almería, 2012, pp. 409 ss.

6. Finkenauer, Th., «Le «regulae iuris» come strumenti mnemotecnici», en Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of Roman law 43, 2015, pp. 15-21.

7. *Vid.* DE LAS CASAS LEÓN, Mª E., «El origen de las regulae iuris», en *Revista General de Derecho Romano* nº 32, 2019, pp. 1 ss.; SALAZAR REVUELTA, Mª - HERRERA BRAVO, R., «Los *principia iuris* como medio de armonización y unificación del Derecho europeo a través de la metodología histórico-comparativa», en *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, nº 14, 2017, pp. 818-864, especialmente en pp. 834-839.

8. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11ª ed., Napoli, Jovene, 1997, p. 464 nt. 36.4.2; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 10ª ed., 2004, p. 322 nt. 7. TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, A. Giuffrè, 1990, p. 727. SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico* (trad. J. SANTA CRUZ TEIGEIRO), Barcelona, Bosch, 1960, p. 250. PERIÑAN GÓMEZ, B., «El principio "*semel heres semper heres*" y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano», en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. 27, 2005, pp. 126 ss., especialmente nts. 12-15 http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/421, (última consulta 1 de diciembre de 2021); REINOSO BARBERO, F., «Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea», en GLOSSAE: *European Journal of Legal History*, nº 13, 2016, pp. 590 ss. http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2016/11/Reinoso-Regula-iuris.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021).

Juliano en D.28.2.13.1 que existe una regla de derecho civil, "*regula est iuris civilis*", por la cual la condición de heredero una vez adquirida no puede quitarse. La razón –dice el jurista clásico- es que aquel que se mandó que fuese libre y heredero, aunque su dueño le hubiera revocado luego en el mismo testamento la libertad, se hará libre y heredero a pesar de todo.

D.28.2.13.1 (Iul. 29 dig.).- Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse: propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilo minus et libertatem et hereditatem habebit.

Probablemente, este texto sea el antecedente más cierto de la regla *semel heres semper heres* que, como seguidamente se expone, fue ratificada en varias ocasiones por la jurisprudencia romana, para quien el heredero, una vez asumida dicha condición, no podría ya ser despojado de ella ni tan siquiera por el testador. Dicha regla la encontramos reiterada en el siguiente texto de Gayo:

D.28.5.89(88) (Gaius lib. sing. de cas.).- Ei qui solvendo non est aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres exsistat et praeterea alius heres adiciatur: veluti si servo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: «si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto»: nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest, cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse.

En este fragmento se aborda un caso en que se instituye heredero a un esclavo a quien se le otorga la libertad, y a su vez se pretende designar un heredero sucesivo. Para el jurista, resulta evidente que la pretendida segunda institución de heredero no tendrá efecto si el esclavo hubiera llegado a ser heredero testamentario, pues el heredero sucesivo no puede privar de la condición de heredero a quien lo fue en primer lugar. Es decir, "Gayo expresa muy claramente que el nombramiento de herederos no es disponible para el testador de forma ilimitada y que, de haber un heredero, éste lo será de forma permanente, aunque no fuera esa la voluntad del *de cuius*"[9].

D.4.4.7.10 (Ulp. 11 ad ed.).- Sed quod Papinianus libro secundo responsorum ait minori substitutum servum necessarium repudiante quidem hereditatem minore necessarium fore, et si fuerit restitutus minor, liberum nihilo minus remanere: si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus est, substitutum pupillo servum cum libertate non posse heredem existere neque liberum esse: non per omnia verum est. Nam si non est solvendo hereditas, abstinente se herede et divus Pius rescripsit et imperator noster, et quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto. Et quod ait liberum manere, tale est, quasi non et heres maneat, cum pupillus impetrat restitutionem posteaquam abstentus est: cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit, qui semel extitit.

Opinión no disímil presenta Ulpiano en D.4.4.7.10, a propósito de otro supuesto en el que recoge la opinión de Papiniano, a quien por cierto matiza, *non per omnia verum est*, pero con la que viene a sostener la misma idea, que quien fue nombrado heredero lo será para siempre: *sine dubio heres manebit, qui semel extitit*. De nuevo, el texto aborda la libertad de un esclavo instituido heredero sustituto necesario de un menor, en un caso de *here-*

9. PERIÑAN GÓMEZ, «El principio "*semel heres semper heres*" y la confusión...», cit., p. 131.

ditas en la que parece que el pasivo era superior al activo. Por consiguiente, tanto Juliano como Gayo y Ulpiano mantienen la misma *regula iuris civilis*. Lo más llamativo, entiende Periñán[10], es que no se cuestiona la perdurabilidad del título de heredero, de tal modo que finalmente se aceptó, y de ese modo se consolidó la regla *semel heres semper heres*.

Perdurabilidad del título de heredero

La institución de heredero puede ser pura y simple, cuando no se halla sometida a ninguna circunstancia condicional, ni a término ni sometida a ningún gravamen (modo). No obstante, puede subordinarse a una condición suspensiva, pero no a un plazo (término) suspensivo. Y tampoco se permiten las sumisiones a condiciones resolutorias ni los plazos *ad quem* (término resolutorio), pues la condición de heredero, por su carácter absoluto, no admite ninguna limitación temporal[11], sería una *contradictio in terminis*[12], al menos así se deduce de Gayo 2.184.- *Extraneo vero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit*. Afirma el jurista que cuando el instituido heredero es un extraño, si llega a ser heredero, pero muere dentro de un plazo, no se le puede nombrar un sustituto para que otro sea heredero por él. Por consiguiente, no era concebible que una vez que se adquiría la condición de heredero se pudiese perder, salvo que el testamento fuese revocado[13]. Es decir, que ha de entenderse como principio general, como regla jurídica, que *semel heres semper heres* implica la perdurabilidad de la condición de heredero. Ello no es óbice para que la institución de heredero pueda ser sometida a condición suspensiva, pues no contraviene dicho principio, y mientras la condición está *pendente*[14], no subsiste ninguna llamada, ni al heredero testamentario ni al *ab instestato*, sino que la herencia se encuentra en situación de yacencia, *hereditas iacens*[15], si bien el pretor puede conceder la *bonorum possessio secundum tabulas*[16]. Por consiguiente, la *delatio* está suspendida, diferida, pero

10. PERIÑAN GÓMEZ, «El principio "*semel heres semper heres*" y la confusión...», cit., p. 133.

11. KASER, M., *Derecho Romano privado* (versión española de la 5ª ed. alemana por J. SANTA CRUZ TEIJEIRO), 2ª ed., Madrid, Reus S.A., 1982, p. 316.

12. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed. riveduta, Milano, A. Giuffrè, 1955, p. 561. VOCI, P., *Diritto ereditario romano, vol. 2, parte speciale, Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed., Milano, A. Giuffrè, 1963, pp. 615 ss.

13. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 464.

14. VOCI, P., *Diritto ereditario romano, vol. 2, parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, cit., pp. 590 ss.

15. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., pp. 531 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 727. Vid. el interesante estudio sobre la aceptación de la herencia con plazo frente a la libre aceptación sin existencia de plazo concreto para la misma, ni en el ordenamiento romano ni en el derecho civil actual, de DUPLÁ MARÍN, Mª T. – GARCÍA-CUETO, E., «La aceptación con plazo a través de la *interrogatio in iure* romana. Algunas consideraciones a partir de la reciente modificación del art. 1005 del CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», en *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, (coord. Mª T. DUPLÁ MARÍN, P. PANERO ORIA), Madrid, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2018, pp. 229 ss.

16. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette,* (trad. C. Fadda – P.E. Bensa con note e riferimenti al Diritto civile italiano), vol.

la institución de heredero no es inválida, sino que provisionalmente es ineficaz[17].

Son varios los textos que permiten colegir la afirmación anterior.

D.28.5.34 (Pap. lib. 1 definit.).- Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

D.28.5.57(56) (Paul. lib. singul. de secundis tabulis).- Potest quis ita heredem instituere: "si intra annum septuagesimum decessero, ille mihi heres esto": non enim pro parte testatus intelligi debet, sed sub condicione instituisse.

D.29.2.3 (Ulp. lib. 6. ad Sab.).- Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest.

D.29.2.39 (Ulp. lib. 46 ad ed.).- Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

D.29.2.69 (Ulp. lib. 60 ad ed.).- Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est nec ante succedere potest quam excluso herede instituto.

D.50.17.89 (Paul. 10 quaest.).- Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.

I.2.14.9.- Heres et pure et sub condicione institui potest, ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti post quinquennium quam moriar, vel ex kalendis illis aut usque ad kalendas illas heres esto: diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

Coincide la doctrina, como se ha visto ut supra, en que la regla *semel heres semper heres* no es de formulación romana, si bien los textos, especialmente, D.28.5.89(88) *(Gaius lib. sing. de cas.),* fueron la base fundamental en la que se apoyaron los juristas medievales. La perdurabilidad de la condición de heredero conlleva que tanto la aceptación como la repudiación de la herencia una vez formalizadas, sean irrevocables. Ello viene confirmado por lo dispuesto en C.6.31.4 *(Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Modestino, militi).- Sicut maior quinque et viginti annis, antequam adeat, delatam repudians successionem post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit, sed ius quod habuit retinet nec, quod confessos pro iudicatis haberi placuit, ad vocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet (a. 293).* Dicen los emperadores que, cuando una persona repudió válidamente una herencia antes de haberla aceptado, no puede después adquirirla; de la misma forma que cuando el llamado renuncia a una herencia después de haberla adquirido, conserva el derecho adquirido por la aceptación.

El causante no puede derogar este principio instituyendo heredero bajo condición resolutoria ni *término final* o resolutorio, ni inicial o suspensivo, porque en caso de producirse ser*ían* llamados los herederos *ab intestato*, lo que colisionaría con los herederos testamentarios, que lo habían sido hasta la condición o término resolutorio. Como consecuencia, se prohíbe que el causante haga tales disposiciones, y de hacerse se tienen por no escritas, *pro non scripta*, lo cual evita que en rigor la institución hereditaria fuera considerada íntegramente nula, pues los juristas romanos no aceptaban en absoluto la temporalidad de la condición de heredero. De ahí que acudiendo al conocido principio

III, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 175 nt. 3. VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, (trad. esp. J. Daza), Madrid, Civitas, 1991, p. 739.

17. WINDSCHEID, DIRITTO DELLE PANDETTE, cit., p. 174 nt. 1.

del *favor testamenti* se optara por salvaguardar el testamento con su contenido y considerar como no escrita la condición resolutoria o el término suspensivo o resolutorio, tal y como se deduce de I.2.14.9[18]: *diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset*. Con la aplicación del *favor testamenti*, la institución de heredero sometida a término no es radicalmente nula, simplemente se tiene por no puesto el término, lo que supone admitir una nulidad parcial, pues en caso de término final es obvio que el *favor testamenti* prevalece sobre la *voluntas testatoris*[19].

Por consiguiente, el Derecho Romano no acepta que la institución de heredero desaparezca automáticamente por el cumplimiento de la condición o el término resolutorios, ni que tal institución se vea afectada por un término inicial (suspensivo) porque sería incompatible con el carácter inmediato de la transmisión hereditaria. Cierto que esto tiene eficacia cuando entra en juego la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; regla que considera incompatible la sucesión testamentaria con la sucesión intestada. De ahí que no se aceptara que alguien pudiese ser heredero hasta un determinado momento y a continuación que fuera llamado un heredero *ab intestato*[20]. Curiosamente, en el derecho civil español, art. 805 C.c., la concurrencia de herederos testamentarios y legales es perfectamente posible, lo que viene ratificado por lo dispuesto en el art. 764-2º y art. 912-2º del mismo cuerpo legal, y que infra se analizará con detalle. Consecuencia importante de lo anterior: una vez cumplida la condición suspensiva el heredero instituido adquiere la herencia con efectos retroactivos a la muerte del causante, como si la institución de heredero se hubiera hecho puramente (*ac si pure heres institutus esset* (I.2.14.9).

Excepciones al principio semel heres semper heres

Fideicomiso universal o de herencia

La doctrina ha querido ver, ya en el mismo Derecho Romano, dos excepciones que hacen quebrar la regla *semel heres semper heres*[21]. Por un lado, en el fideicomiso universal o de herencia, que desde nuestro punto de vista no merece tal consideración de excepción y, por otro, en el testamento militar, excepción completamente cierta. El fideicomiso universal, también denominado fideicomiso de herencia[22], consistía en que el causante le encargaba al heredero fiduciario la restitución de toda la herencia o de una

18. También en D.25.8.34 (*Pap. 1 def.*).

19. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni,* cit., p. 562; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 727.

20. PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 210 ss.

21. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 322 nt. 7; COING H., *Derecho privado europeo I*, (trad. esp. por A. PÉREZ MARTÍN), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 708. JÖRS, P. – KUNKEL, W., *Derecho privado romano,* (trad. L. PRIETO CASTRO), 2ª ed., Barcelona, Labor S.A., 1965, p. 443 nt. 3.

22. VOCI, *Diritto ereditario romano*, *vol. 2, parte speciale, Successione ab intestato. Successione testamentaria*, cit., p. 344.

cuota de la misma al fideicomisario (Gayo 2.252)[23]. El fiduciario, una vez efectuada la transferencia material de la herencia al fideicomisario, en cumplimiento de la disposición testamentaria, retenía el título formal de heredero[24]. Como es sabido, hasta la época de Augusto, los fideicomisos solamente tuvieron eficacia moral; a partir de esa época entraron en un claro proceso de regulación legal que concluyó en la época justinianea. Lo cierto es que la existencia o no del fideicomiso dependía de que el heredero fiduciario gravado con el fideicomiso aceptara la herencia. En el periodo anterior al s.c Trebelliano del 56 d.C., publicado en tiempos de Nerón, el fideicomisario era un mero acreedor del fiduciario, que a todos los efectos seguía siendo el heredero. Por lo tanto, el fiduciario transmitía al fideicomisario la totalidad de la herencia o una parte de esta por los medios establecidos al efecto. Si el ruego consistía en transmitir toda la herencia, fideicomiso universal, debía hacerse por medio de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, igual que sucedía en el caso de compraventa de herencia. Cuando la transmisión era de una parte se utilizaban las *stipulationes partis et pro parte*.

Dejando al margen las complicaciones de este procedimiento, por cuanto se refiere a la transmisión de créditos y deudas, el siguiente paso fue la publicación del sc. Trebelliano, que permitió que las cosas de la herencia, así como los créditos y las deudas pasasen al fideicomisario sin necesidad de celebrar singulares negocios jurídicos de traspaso sino por simple convención de ejecución del encargo. Pero seguía habiendo una parte que tenía que cumplir el heredero fiduciario, legitimado pasivamente, y, otra parte, el fideicomisario, legitimado activamente para reclamar la entrega mediante las pertinentes acciones hereditarias como *utiles*. Lo cierto es que seguía siendo necesaria la aceptación de la herencia por el heredero para poner en existencia el fideicomiso y su sucesiva restitución al fideicomisario. De todo ello se infiriere que la condición de heredero no la perdía nunca el *heres*, y seguía con plena validez la regla *semel heres semper heres*. Esta situación durante el régimen del sc. Trebelliano no fue fácil de resolver por cuanto el heredero era un mero instrumento para la transmisión de los bienes y no siempre aceptaba la herencia. En el supuesto de no aceptación, el fideicomiso decaía, por lo tanto, primer dato en favor de la no quiebra de la regla *semel heres semper heres*.

Poco tiempo después, en época del emperador Vespasiano, se publicó el sc. Pegasiano (*circa* 73 d.C.), con el que se buscaba motivar al heredero gravado con fideicomiso para que aceptase la herencia, estableciendo en su favor el derecho a retener para sí una cuarta parte de aquélla (la llamada *quarta pegasiana*); y, por otro lado, en el mismo senadoconsulto se estableció que el fideicomisario pudiera obligar al fiduciario a adir la herencia y de ese modo hacerse la oportuna restitución. En definitiva, el heredero *iure civile* era el fiduciario, si bien *iure praetorio,* por los medios procesales de que disponía, era el fideicomisario, pero ello no significa que la regla *semel heres semper heres* fuese incierta, pues el heredero seguía siendo heredero. Era una institución jurídica necesaria por cuanto bien voluntaria-

23. En este texto "al fideicomisario se le considera más que heredero o legatario, comprador de la herencia, porque para la época a que se refiere Gayo, solía venderse la herencia formulariamente *nummo uno a*l fideicomisario, interponiéndose entre el fiduciario y el fideicomisario, las mismas estipulaciones que entre el comprador y vendedor de la herencia", TORRENT, A., *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1966, pp. 153 ss.

24. *Vid*. CUENA BOY, F.J., *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander, Universidad de Cantabria, 2004, p. 16.

mente, reteniendo la cuarta, o siendo forzado por el pretor, su presencia no era soslayable.

Lo cierto es que fue en tiempos de Justiniano cuando se estableció el régimen definitivo, y el heredero fiduciario siempre tuvo derecho a la cuarta, que pasó a llamarse *falcidia* o *trebelliana*. Y aquí reside la clave, que el heredero mantiene todos sus derechos como tal heredero, no se desprende de su condición de heredero y siempre tendrá asegurada una cuarta parte de la herencia, aunque pueda ser constreñido judicialmente a aceptar la herencia gravada con un fideicomiso. Es decir, la regla *semel heres semper heres* sigue con absoluta vigencia en el fideicomiso universal o de herencia, aun cuando dicha disposición lo fuese por todo el patrimonio hereditario. Por lo tanto, dicha regla está suponiendo un límite importante a la libertad de testar del causante. Este no puede disponer como a él le hubiera gustado en favor del fideicomisario de toda la herencia, pues una cuarta parte es indisponible. Así lo ratifica Papiniano en D.36.1.57(55).2, a propósito de un supuesto de fideicomiso universal, al aseverar que una vez que es adida la herencia, la voluntad del difunto queda ratificada por completo: *Cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur*. Es decir, según el texto papinianeo, quien fue nombrado heredero sigue siendo heredero y quien fue nombrado fideicomisario sigue siendo fideicomisario. A lo sumo, una vez que el heredero fiduciario puede retener la *quarta falcidia*, al fideicomisario podrá considerársele *legatarii loco* (*Tit. Ulp. 25,14*), no ya *heredis loco*[25].

Así consta en I.2.23.3 y en Gayo 2.251, infra. Es más, si se observa la segunda parte de Gayo 2.184 se reconoce, tras afirmar que el heredero lo es siempre y que no puede ser sustituido, que lo único que se puede hacer es obligarle por fideicomiso a que restituya la herencia en todo o en parte a un tercero (... *sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam uel parte restituat)*. Es decir, el propio Gayo propone que la constitución de un fideicomiso sirva de válvula de escape para no quebrar la regla *semel heres semper heres*. Solución también adoptada por el propio Justiniano en I.2.16.9, cuando asevera que el testador le obligue al heredero por medio de un fideicomiso a restituir a otros su herencia.

D'Ors ve una excepción a la regla *semel heres semper heres* en la institución del fideicomiso universal, porque el fideicomisario se coloca *loco heredis* en virtud del sc. Trebelliano, sin embargo, admite que "se trata más de un recurso práctico que de reconocer una verdadera titularidad", pues el carácter personal de la herencia impide que la cualidad de heredero, una vez adquirida, pueda perderse[26]. También Coing[27] sostiene que la máxima *semel heres semper heres*, desde el punto de vista de su eficacia práctica, quedó anticuada ya en el mismo Derecho Romano por la aparición del fideicomiso universal. Pero dicha opinión admite matices desde el momento en que el heredero gravado con el cumplimiento del fideicomiso jamás pierde su condición de heredero. Así lo afirman tanto Gayo como Justiniano.

Gayo 2.251.- *Restituta autem is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.*

25. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni,* cit., p. 481.

26. D'ORS, *Derecho privado romano,* cit., ibidem.

27. COING, *Derecho privado europeo I*, (trad. española), cit., ibidem.

I.2.23.3.- *Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet: is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis aliquando legatarii loco habebatur.*

En definitiva, quien en cumplimiento de un fideicomiso restituye una herencia, continúa siendo heredero[28], y quien la recibe estará *loco heredis*, pero solamente respecto del contenido del fideicomiso, aunque sea de toda la herencia, pero nunca recibirá la condición de heredero; más bien estará *loco heredis* porque previamente hubo un heredero que cumplió con su obligación, pero que nunca se ha despojado de su condición de heredero. Paulo ratifica esta idea en D.28.6.43.3 (*Paul. 9 quaest.*), cuando apostilla: *Respondi: qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur nec desinet heres esse, licet res quae ita relictae sunt auferuntur.* El texto paulino presenta un supuesto de aceptación de una herencia por una persona que, a posteriori, fue calificada de indigna por haber aceptado un fideicomiso en fraude de ley; Paulo respondió que quien se presta a cumplir un fideicomiso en fraude de ley será heredero mediante la aceptación, y no dejará de serlo, aunque después se le prive de las cosas que se le dejaron[29]. Es decir, la condición de heredero, adquirida en el momento de la aceptación de la herencia, se conserva para siempre y con independencia de cualquier circunstancia. Si la condición de heredero no se pierde incluso actuando de mala fe, mucho menos se perderá cuando se cumple escrupulosamente lo rogado por el testador.

Por otro lado, también se ha venido afirmado desde el *ius commune* que cuando el causante establecía una institución de heredero temporalmente limitada, había de inferirse que quiso ordenar un fideicomiso, dando de esa forma indirecta validez a la disposición. Ello se sustenta en que el propio Derecho Romano admitió el fideicomiso universal, y, por consiguiente, debe admitirse la *institutio heredis* temporal o la ordenada bajo condición resolutoria, pues es la voluntad de lo que el testador quería. Si se admitiese esta opinión se estaría reconociendo la quiebra del principio *semel heres semper heres* ya en el propio Derecho Romano, y no es cierto. Es más, los juristas clásicos, dice Schulz, no se decidieron a abandonar el principio *semel heres semper heres*, y por ello crearon la institución hibrida del *fideicommissum hereditatis*. Así, el testador podía instituir heredero a A e imponerle un *fideicommissum* que consistiera en transmitir la herencia a B después de un cierto o incierto tiempo, por ejemplo, pasados diez años después de la muerte de A o al cumplir B su mayor edad, etc. Pero lo más importante, según el jurista alemán, es que "hablando con rigor, B no es *heres* sino destinatario de un *fideicommissum*, pero su posición jurídica fue equiparada a la del *heres*"[30].

Es verdad que la situación jurídica del fideicomisario[31] varió sustancialmente entre la aplicación del s.c. Trebelliano y el s.c. Pegasiano, no pudiéndose hablar de un régimen unitario. Durante la aplicación del s.c. Trebelliano los clásicos jamás llegaron a calificar al fideicomisario como *heres*, a lo sumo *heredis loco*. *Iuris civili*, el heredero siempre lo fue el fiduciario. En época justinianea, superado el dualismo entre s.c. Trebelliano y el

28. GROSSO, G., I *legati nel diritto romano. Parte generale*, 2ª ed. ampliata, Torino, G. Giappichelli, 1962, pp. 123 ss.

29. *Vid.* SANTOS JUSTO, A. dos, «A indignidade sucessória no Direito romano. Reflexos no Direito português», en *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, (coords. Mª T. Duplá y P. Panero), Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 216.

30. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, cit., p. 251.

31. *Vid.* BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., pp. 493 ss.

s.c. Pegasiano, el régimen jurídico entre fideicomisos y legados se presenta unitario. Por consiguiente, es posible admitir que en el derecho justinianeo el fideicomisario, incluso formalmente, es heredero, pero en grado sucesivo. Todo ello sin olvidar que en derecho justinianeo se está más cerca del régimen del legado que del de la herencia; así, la deducción de la cuarta falcidia que sufre el fideicomisario le aproxima más a la condición de legatario que de heredero.

Por su parte, el fiduciario, antes de la restitución, es heredero a todos los efectos, si bien tendrá que conciliar su titularidad como fiduciario con la obligación de la restitución. Como heredero fiduciario podrá actuar contra los deudores hereditarios y también podrá ser reclamado por los acreedores. De ello se colige su capacidad de disposición y modificación del haber hereditario que posteriormente deberá transferir al fideicomisario. Será válida la venta hecha por necesidad para satisfacer a un acreedor hereditario; la constitución de un *pignus*; el que la hija heredera pueda constituirse a sí misma la dote; pagar deudas del heredero; dar una suma en mutuo; llevar a cabo manumisiones *favor libertatis*; retener en su favor los *iura sepulchrorum*, etc[32]. Por consiguiente, el fideicomisario nunca será ni en derechos ni en obligaciones igual al heredero fiduciario, de ahí que resulte dudosa entre ambos la asimilación formal y más aún la material, lo cual ratifica el principio *semel heres semper heres*. Es más, si para salvaguardar el mencionado principio se prohibió someter la institución de heredero tanto a condición como a término resolutorios, es porque con la constitución de un fideicomiso se podían lograr casi las mismas finalidades, lo cual no significa que con esta institución alternativa el heredero dejara de ser heredero, sino que en lugar de someter la institución de heredero a condición o término resolutorios se instituye un fideicomiso, superando así su prohibición[33]. O, como dice Torrent[34], realmente el fideicomiso universal equivale a una *heredis institutio* indirecta, pero sustancialmente consiste en una sustitución fideicomisaria. En definitiva, si se parte del carácter personal de la herencia, el fideicomisario nunca será heredero, porque no dispone de un título jurídico suficiente que le ampare para adquirir dicha herencia[35]. También Duplá Marín[36] se suma a la idea de la excepción y entiende que "el efecto último que se produce con la puesta en marcha del fideicomiso de herencia en la persona del *heres fiduciarus* es el mismo que se produciría en caso de haber sometido dicha institución de heredero a una condición resolutoria o final", lo que supondría una excepción al principio *semel heres semper heres*. Ahora bien, en tal caso se exigiría una restitución íntegra de la herencia, circunstancia que como ut supra se ha visto no siempre se da, de ahí que presentar el fideicomiso universal como una excepción del mencionado principio exija demasiadas matizaciones, así como una devaluación jurídica de la institución fideicomisaria que, como se ha apuntado, sería una válvula de escape

32. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 494.

33. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 563.

34. TORRENT RUIZ, A., *Diccionario del Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, s.v. fideicomiso universal, pp. 363 s.

35. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, R., *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Lima (Perú), Palestra Editores, 2012, p. 105.

36. DUPLÁ MARÍN, Mª T., «*Fideicommissum hereditatis: hereditas et fideicommissum*. Algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica en Derecho Romano», en *La Notaría*, nº 17, 2005, pp. 52-73; ídem en *Estudios de derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 201-236.

a la prohibición de someterla a término suspensivo o resolutorio, así como a condición resolutoria. Por ello, la autora se limita a afirmar que se trata de "una real, aunque no reconocida excepción al principio *semel heres semper heres*".

Testamento militar

Otra excepción a la regla *semel heres semper heres*, en este caso absolutamente cierta e indubitada, es el supuesto del testamento militar[37]. Tal forma de testar siempre ha sido considerada un testamento especial, privilegiado[38], según Gayo 2.109, no sólo por las cualidades personales de las personas que podían realizarlo, sino también por las circunstancias en que era realizado.

D.29.1.15.4.- (Ulp. 45 ad ed.).- Miles ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem.

D.29.1.19.2 (Ulp. 4 disp.).- Si quis a milite heres ad tempus scriptus esset et alius ex tempore, quaeritur, an posterior heres a priore relicta legata debet. Et arbitror hunc non debere, nisi alia voluntas militis probetur.

D.29.1.41 pr (Tryphon. 18 disp.).- Miles ita heredem scribere potest: «quoad vivit, Titius heres esto, post mortem eius Septicius». Sed si ita scripserit: «Titius usque ad annos decem heres esto» nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur et quod tu bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat.

Fue un hecho incuestionable que los militares gozaban de plenísimas facultades para testar como quisieran, pero hubo una limitación insuperable: su temporalidad. El testamento otorgado en la *militia* no caducaba hasta un año después del licenciamiento. Justiniano limitó el periodo de validez del testamento militar únicamente al periodo que se estuviera en campaña[39]. Mientras tanto, podían testar del modo que quisieran o de la manera que pudieran, y la división de sus bienes debía hacerse conforme a la nuda

37. *Vid.* entre otros, con importante aparato bibliográfico, HERNÁNDEZ GIL, A., *El testamento militar (En torno a un sistema hereditario militar romano)*, Madrid, 1946; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., pp. 71 ss.; GÓMEZ ROYO, E., «El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas», en *Estudios de Derecho Romano e historia del derecho comparado. Trabajos en homenaje a Ferrán Valls i Taberner,* Barcelona, 1991, p. 5351; DUPLÁ MARÍN, Mª T., «¿La especialidad de algunos testamentos se extiende a los medios de prueba? El curioso caso del testamento militar romano», en *La prueba y los medios de prueba: de Roma al derecho moderno,* Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 229-240, ídem en Estudios de derecho de sucesiones, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 237-248. MARLASCA MARTÍNEZ, O., «Estudio histórico del testamento militar», en *Revista General de Derecho Romano* 18 (2012).

38. El fundamento de sus privilegios reside en la *imperitia* de los *milites*. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 725. MARLASCA MARTÍNEZ, «Estudio histórico del testamento militar», cit., pp. 13 ss.

39. C.6.21.17; I. 2.11 pr.

voluntad del testador (D.29.1.1 *pr. Ulp. 45 ad ed.*). Interesa destacar en esta sede que el principio *semel heres semper heres* no regía en el testamento militar, excepción que, de haberse aplicado en otros supuestos, la jurisprudencia romana no hubiera dudado en destacarlo. Es decir, que el fideicomiso universal no fue una excepción a la citada regla, en caso contrario algún jurista lo hubiera hecho constar.

Lo más importante es que el militar podía someter la institución de heredero tanto a condición suspensiva como resolutoria, e igualmente a término suspensivo o resolutorio. Además, cada heredero debía cumplir con las obligaciones que le imponía el militar causante, al menos así se desprende de D.29.1.19.2, cuando Ulpiano, ante la cuestión de si dos herederos sucesivos, instituidos por un determinado espacio de tiempo, si el segundo debe de cumplir los legados dejados a cargo del primer heredero, respondió el jurista que no, salvo que fuese otra la voluntad del testador. En definitiva, cada heredero estaba obligado a cumplir las cargas que le impusiera el causante militar.

De D.29.1.41.pr., se infiere la estrecha conexión que existe entre el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (nadie puede morir en parte testado y en parte intestado), con la institución sometida a término, de tal forma que ambas situaciones, totalmente prohibidas a un causante normal, sí le fueron permitidas a un causante militar[40], el cual podía morir testado en parte de sus bienes, habiendo designado heredero hasta o desde cierto tiempo, e intestado por el resto de sus bienes.

El principio semel heres semper heres en el derecho histórico español

a) Cuerpos legales históricos

En las fuentes jurídicas históricas hispanas se mantuvo la influencia romana, y se admitió la licitud de la institución de heredero sometida a condición, pero no a término. Aunque en Partidas no se afirma explícitamente, sin embargo, se colige que no estaba permitida la sumisión de la *heredis institutio* a condición resolutoria, consintiéndose *únicamente someterla a condición suspensiva*. Así, el tít. 4 de la Partida 6 se presenta bajo la rúbrica "*De las condiciones que pueden ser puestas cuando establecen los herederos en los testamentos*". De una atenta lectura de las dieciséis leyes que conforman el mencionado *Título 4*, no se concluye en ningún caso la permisividad de la institución de heredero bajo una condición resolutoria. Por el contrario, ha de interpretarse que en Partida 6, tít. 4, ley 1 se expone meridianamente la referencia a la condición suspensiva. Dice así la Ley 1: "*Condición es una manera de palabra que suelen los que otorgan los testamentos poner o decir en los establecimientos de los herederos, que les aleja el provecho de la herencia o de la manda hasta que aquella condición sea cumplida*". Cuando se precisa que a los herederos se "*les aleja el provecho de la herencia*", se está manifestando claramente el contenido de una condición suspensiva, es decir, supeditar los efectos de la herencia a un hecho futuro e incierto. Esta circunstancia viene ratificada *in fine* de la

40. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cit., pp. 215-242.

Ley 2, cuando se dice: "*hago heredero a fulano, si eligieren a tal hombre por obispo de tal iglesia; pues no sabe si lo elegirán o no. En estas maneras sobredichas, o en otras semejantes, se pueden poner e decir las condiciones en los establecimientos de los herederos*". Estamos, pues, ante un ejemplo meridiano de condición suspensiva.

Más clara es la prohibición[41], siguiendo la estela romana, de establecer heredero sometido a día cierto (término). En Partida 6, tít. 3, ley 15 se dice "*A tiempo cierto no puede ningún hombre establecer a otro por su heredero; esto sería como si dijese, quiero que fulano sea mío heredero hasta tal día; o si dijese, sea fulano mío heredero desde tal tiempo en adelantes. Porque, aunque así lo dijese, habrá el heredero luego la herencia en que fue establecido, e no habrá porqué esperar al tiempo, ni el día, que fue señalado en el testamento*"[42]. Sin embargo, esta prohibición de someter a término inicial o final a la institución de heredero fue derogada[43] en 1567 por lo dispuesto en la Nueva Recopilación lib. 5, *tít. 4, ley 1, recogido ad litteram* en 1805 en la Novísima Recopilación lib. 10, tít. 18, ley 1, al permitir instituir heredero desde o hasta cierto tiempo, de tal modo que lo previsto en Partidas y, por ende, en Derecho Romano quedó revocado, o quizás mejor, carente de contenido[44]. Pero no se olvide que tanto la Nueva Recopilación lib. 5, tít. 4, ley 1 como posteriormente la Novísima Recopilación libro 10, tít. 18, ley 1, traen causa de lo dispuesto en las Leyes del Ordenamiento de Alcalá de 1348, tít. 19 *De los testamentos*, Ley Única.

Por ello, se puede afirmar que con el Ordenamiento de Alcalá comenzó una tradición histórica que supuso una rectificación de varios de los principios propios del Derecho Romano, donde la *heredis institutio* era *caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti*[45], de modo que no producía ningún efecto cuando no contenía dicha institución. Por el contrario, actualmente, fruto de la influencia de la tradición, en el art. 764 C.c. español, se prescribe que "*el testamento será válido*": a) "*aunque no contenga institución de heredero*" (porque puede distribuirse toda la herencia en legados); b) "*no comprenda la totalidad de los bienes*" (de donde se infiere que el causante puede morir en parte testado y en parte intestado); y c) "*aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*". La coincidencia de contenido con lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá

41. *Vid*. JORDÁN DE ASSO, I. y DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 3ª ed., Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780, p. 197

42. Esta parte final recuerda el viejo principio romano del *favor testamenti* que optaba por salvaguardar el testamento con su contenido, y considerar como no escrita la condición resolutoria o el término suspensivo o resolutorio, al menos así se deduce de I.2.14.9: *diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset*.

43. Con esta expresión consta en el comentario (a) de P. 6, tít. 3, ley 15 en la obra *Los códigos españoles concordados y anotados, tomo IV, Código de las Siete Partidas*, Madrid, Imprenta de La Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra, 1848, p. 38. También suscribe la derogación DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones y del digesto romano hispano de D. Juan Sala*, 2ª ed. corregida y aumentada, tomo 2º, Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877, p. 57, si bien lo vincula a que "Estando ya derogado el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, se sigue que la forma de la institución de heredero puede ser: 1º pura, 2º condicional, 3º desde cierto día, 4º hasta cierto día".

44. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derecho hereditario*, Madrid, Civitas S.A., 1990, p. 245.

45. I.2.20.34.

tít. 19, Ley única, es casi absoluto: "*et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avía de heredar, si el testador non ficiera testamento; é cumplase el testamento. Et si fiçiere heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat heredat, ò manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer* à *quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ò otros que la puedan tomar, è aver*".

Admitir que un testamento pueda valer sin contener la institución de heredero, significa, con más razón, que cuando aquélla exista, pueda ser sometida a condición o término, ya suspensivos ya resolutorios, pues en el supuesto de cumplimiento de la condición resolutoria, o del término suspensivo o resolutorio, procederá la sucesión *ab intestato*, y, por ende, la compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada. Por lo tanto, habrá que retrotraer hasta la promulgación del Ordenamiento de Alcalá en 1348 por el rey Alfonso XI, la quiebra del principio *semel heres semper heres* romano, pues desde ese momento ya no será necesaria la presencia de la *heredis institutio* para dar validez y efectos al testamento. Se trata, pues, de un punto de inflexión en el siglo XIV que, como más adelante se verá, no ha sido seguido de igual manera en todos los ordenamientos jurídicos vigentes.

Así, pues, la derogación del principio *semel heres semper heres* se infiere por no mencionarse ni expresa ni implícitamente la institución de heredero bajo condición o término con posterioridad a Partida 6, tít. 3, que se intitula "*De como deven ser establecidos los herederos en los testamentos*", ni en el Ordenamiento de Alcalá tít. 19, *De los testamentos*, Ley Única, ni en la Nueva Recopilación lib. 5, tít. 4 que rubrica "*De los testamentos, y comissarios para los poder fazer, y de los executores testamentarios*", ni en la Novísima Recopilación lib. 10, tít. 18 bajo la rúbrica "*De los testamentos*", aunque la coincidencia de la titulación y contenido sea evidente.

b) Proyectos de código civil

Por lo que respecta a los Proyectos de Código civil españoles, nos detenemos en los Proyectos de 1821, 1836, 1851 y 1882. En el Proyecto de 1821 no se encuentra alusión alguna a la institución de heredero y mucho menos al principio que nos ocupa en esta investigación. Ciertamente, la redacción del proyecto fue muy precipitada y con escaso tiempo para su composición completa, además se desconocen sus fuentes de inspiración, al menos las preferentes[46]. Solamente fueron impresos y publicados 476 artículos, entre los que no se halla ninguno relativo al derecho de sucesiones. Sin embargo, el Proyecto de 1836, apenas apreciado, pues quedó en el olvido[47], dedica el Título II, Capítulo V del

46. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. I*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 68.

47. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. I*, cit., p. 148.

Libro Cuarto, al sucesor testamentario, y concretamente los artículos 2.285[48], 2.286[49] y 2.287[50] los consagra a regular la posibilidad que tiene el testador de someter la institución de heredero a condición o término, tanto suspensivos como resolutorios. Ciertamente, en este Proyecto de 1836 se quebraba absolutamente la regla *semel heres semper heres* romana, por cuanto el causante tenía plena libertad de disposición para imponer cualquier condición o término que considerara oportuno. Parece evidente, pues, que la inspiración de esta regulación procede de la Nueva Recopilación ratificada posteriormente en la Novísima Recopilación.

En el Proyecto de Código civil de 1851 en los arts. 708 y ss., se admite que la institución de heredero pueda ser sometida a condición[51]. Además, se previene que en todo lo no establecido en esa sección se regule por lo establecido para las obligaciones condicionales. Por consiguiente, en el mencionado Proyecto de 1851 se admite que la institución de heredero pueda ser sometida tanto a condición suspensiva como resolutoria, al igual que a término suspensivo o resolutorio. Por lo tanto, se continúa con la quiebra del principio romano *semel heres semper heres*.

Finalmente, por lo que se refiere al Proyecto de 1882, indicar que dedica toda la Sección 9ª "*De la institución condicional o a término*", del Título 3, Capítulo primero, a prescribir que la institución de heredero puede ser sometida tanto a condición suspensiva como resolutoria[52], e igualmente a término ya suspensivo ya resolutorio[53]. En definitiva, el Proyecto de 1882 sigue la línea de los anteriores, de tal modo que rompe con cualquier influencia del Derecho Romano en este campo, sin asumir el principio *semel heres semper heres*, lo que condujo a su plasmación en el vigente código civil español.

El principio semel heres semper heres en el Código civil español

En el art. 790 del Código civil español se establece una disposición que, como bien

48. Artículo 2285 Proyecto 1836.- *El testador puede poner cualquier condición, de modo que la adquisición testamentaria solamente tenga efecto si aquélla se verifica. Mas la condición deberá ser posible en el orden físico y conforme a la moral, y de lo contrario se tendrá por no puesta.*

49. Artículo 2286 Proyecto 1836.- *La institución testamentaria simplemente hecha, transmite el derecho a la herencia desde la muerte del testador; pero si hubiere alguna condición, se suspenderán los efectos de aquélla, ínterin ésta no se cumpla.*

50. Artículo 2287 Proyecto de 1836.- *El testador puede señalar día en que empiece o acabe la adquisición de su haber transmisible por testamento, con tal que el tiempo o épocas designadas fueran ciertas y conocidas, o pudieran serlo por relación a cualquier cosa; las épocas inciertas se tienen por no designadas.*

51. *Vid.* GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo I, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, Cometa S.A., 1973, pp. 378 ss.

52. Art. 877 del Proyecto de 1882: *"Las disposiciones por última voluntad, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición".*

53. Art. 892 del Proyecto de 1882: *"Será válida, y surtirá efecto, la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar la institución de heredero o el legado.*
En estos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Más en el primero, no entrará en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido".

dice Albaladejo, carece de toda virtud normativa, pues, aunque no existiera, no se le echaría en falta, ya que la autonomía de la voluntad puede perfectamente disponer sus bienes condicionalmente[54]. Quizás sea la razón por la cual se omitió una disposición semejante en el Proyecto de 1851.

Artículo 790.- Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Es opinión general de la doctrina que nuestro sistema actual ha abandonado las consecuencias del principio *semel heres semper heres* [55], y que, a falta de una precisión específica del Código, habrá de entenderse que las condiciones admisibles puedan ser tanto suspensivas como resolutorias[56]. Ello supone una importante quiebra respecto del Derecho Romano, y más aún del principio *semel heres semper heres*, pues de producirse la condición resolutoria el instituido heredero dejaría de serlo. Y ello, según Álvarez Caperochipi, porque el Derecho Romano Clásico, por la cualidad religiosa del llamamiento, consideraba la cualidad de heredero como intangible, lo que quedó plasmado en el principio *semel heres emper heres*[57]. Es más, el C.c. español no regula expresamente que las disposiciones testamentarias puedan someterse a condición resolutoria, pero las admite, dado que en el art. 791 refiere a los preceptos relativos a las obligaciones condicionales[58]. Sin embargo, mucho más preciso, y sin dejar lugar a la interpretación, es el art. 465-33 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil, en el que se regulan las *Disposiciones mortis causa condicionales,* y establece literalmente que: "*Las disposiciones por causa de muerte, tanto a título universal como particular, pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria*"[59].

Pero no termina aquí la ruptura con la regla romana; en el art. 805 C.c. se previene que incluso la institución de heredero puede ser sometida a término. Estamos, pues, ante una fractura total con el antecedente romano. Como dice Scaevola, "sólo la condición y el término modifican la institución hereditaria en sí misma, con fuerza suficiente para

54. ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sección cuarta. De la institución de heredero y del legado condicional o a término», en Aa. Vv. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo X, vol. 2, art. 774 a 805 Código civil*, (Dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Madrid, Edersa, 1984, p. 406.

55. *Vid.* por todos y con un importante aparato bibliográfico, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La cesión de la herencia en el Código Civil: ¿cambio personal del heredero?», en *ADC*, tomo LXI, fasc. IV, 2008, pp. 1942 ss.

56. *Vid.* NÚÑEZ NÚÑEZ, Mª, *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Madrid, Dykinson, 2007; QUESADA GONZÁLEZ, Mª C., *La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo (Derecho Común y Foral)*, Madrid, Reus S.A., 2018.

57. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de derecho hereditario,* cit., *loc. ult. cit.*

58. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, tomo VI. Derecho de sucesiones, vol. II. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa,* 8ª ed. puesta al día, Madrid, Reus S.A., 1979, p. 183. DÍEZ-PICAZO, L. - GULLÓN, A., S*istema de derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones,* 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 359.

59. *Propuesta de Código Civil*, obra colectiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET ALII), Madrid, TECNOS, 2018.

reducir o negar la eficacia de una institución válidamente concebida"[60].

Artículo 805. - Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido[61].

La primera conclusión cierta que se deduce de este art. 805 C.c., es que, aunque distanciados en el tiempo, pueden concurrir a una misma sucesión tanto los sucesores voluntarios como los sucesores legales o legítimos, circunstancia que viene avalada por lo previsto en el art. 764[62] C.c., que permite una concurrencia simultánea de herederos testamentarios y herederos *ab intestato*. Lo que a su vez se compadece con lo establecido en el art. 912, 2º, 3º y 4º del C.c., para que tenga lugar la sucesión legítima, que expresamente proclama que la institución de heredero no es un elemento esencial del testamento, de tal modo, que las sucesiones testamentaria y *ab intestato* son perfectamente compatibles. En definitiva, significa que el viejo principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, no tiene ya ningún valor, no está en vigor. Y tampoco, obviamente, la regla *semel heres semper heres*.

Por ello, ha de concluirse que el testador en el derecho común español goza de plena libertad para testar; puede incluir y, por consiguiente, someter al heredero a cualesquiera elementos accidentales: condición, término o modo. Ello significa que el causante puede proyectar su voluntad hacia el futuro libremente, pero ignorando la certeza de su cumplimiento, de su resultado; en definitiva, desconoce si sus disposiciones tendrán efecto o no. Es decir, facilitar que el testador pueda someter la institución de heredero a condición resolutoria o a términos suspensivo o resolutorio, antes que un reconocimiento de la libertad de testar en favor de un heredero u otro puede convertirse en un resultado que por inesperado hubiera sido no deseado. Es más, cuando nuestro C.c. hace quebrar el

60. SCAEVOLA, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XIII, Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, 1897, p. 580.

61. Presenta una redacción muy similar a la del art. 892 del Proyecto de Código civil de 1882. La nueva redacción que se propone en el art. 465-43 de la *Propuesta de Código Civil*, obra colectiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ET ALII), cit., es prácticamente idéntica a la vigente.

Artículo 465-43. Disposiciones mortis causa a término.

1. Es válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

2. En ambos casos hasta que llegue el término señalado o cuando éste concluya se entiende llamado el sucesor legal. Mas en el primer caso no entrará este en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido.

62. *Artículo 764* C.c.-

El testamento será válido, aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.

principio *semel heres semper heres,* está poniendo en duda toda manifestación de afecto que conlleva el nombramiento de heredero, pues debe colegirse cierta indiferencia en el testador a propósito de quien pueda ser finalmente su sucesor.

El principio semel heres semper heres en el Código civil catalán

Capítulo aparte merece el derecho catalán que, fiel a su influencia romana, mantiene la máxima *semel heres semper heres* de forma literal. Y no solo en el derecho actualmente vigente, sino incluso en la ya derogada Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960[63], e igualmente en el también derogado Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña de 1991[64]. Sobre todo, porque este principio posibilita una estabilidad en el orden patrimonial familiar a través de un sistema sucesorio estable[65]. El vigente Código civil de Cataluña, en su *Sección segunda*, regula *La institución de heredero bajo condición*, y prescribe:

Artículo 423-12.- Perdurabilidad de la institución de heredero.

1. El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio.

2. El instituido heredero bajo condición suspensiva que, una vez cumplida esta, acepta la herencia la adquiere con efecto retroactivo desde el momento de la muerte del testador.

Artículo 423-13.- Eficacia de la institución bajo condición suspensiva y plazo incierto.

1. La institución de heredero bajo condición suspensiva no se defiere si no se cumple

63. Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. [Disposición derogada]

Artículo 111. El que es heredero lo es siempre, y, en su consecuencia, se tendrán por no puestos en la institución de herederos la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio.

El instituido heredero bajo condición suspensiva que, cumplida ésta, acepte la herencia, la adquirirá con efecto retroactivo al tiempo de la muerte del testador.

El término incierto implica, en los testamentos, condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador.

El incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que, en dicho supuesto, pueda el testador grabarlo de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones.

64. Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Disposición derogada).

La institución de heredero bajo condición y plazo

Artículo 154.- El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio.

El instituido heredero bajo condición suspensiva que, cumplida ésta, acepte la herencia, la adquirirá con efecto retroactivo al tiempo del fallecimiento del testador.

El heredero instituido bajo condición suspensiva mientras esté esta pendiente de cumplimiento, podrá pedir la posesión provisional de la herencia.

65. PÉREZ COLLADOS, J. Mª., «La tradición jurídica catalana (Valor de la interpretación y peso de la historia)», en AHDE, 2004, p. 177.

la condición o si el heredero muere antes de cumplirse. En este caso, sus herederos no adquieren ningún derecho a la herencia.

2. En el testamento, el plazo incierto implica condición, salvo que se pueda colegir que la voluntad del testador es otra. Por lo tanto, se entiende que la institución de heredero ordenada para después de la muerte de otra persona es hecha bajo la condición que sobreviva el instituido.

En definitiva, la influencia del Derecho Romano en el derecho catalán es meridiana. Así se reconoce en la Ley por la que se crea el Código Civil de Cataluña (CCCat.)[66], que en varias ocasiones hace referencia al Derecho Romano para reconocer el origen remoto, y a veces superado, de algunas de sus instituciones jurídicas. E, igualmente, en el derogado[67] *Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña,* que, en su Preámbulo, se señalaba expresamente que "No se modifican los grandes principios propios del Derecho Romano, tan arraigados en el Derecho sucesorio catalán". Y efectivamente así es, porque si se observa, el vigente art. 423-12 CCCat., coincide literalmente con el artículo 154 del derogado Código de sucesiones por causa de muerte de 1991[68]. En el Preámbulo del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, el legislador expone los principios básicos en los que se sustenta el derecho sucesorio catalán, y varios de esos principios son de evidente origen romano, matiz que nunca se ha negado y que por el contrario sirve para distinguirse de otros muchos ordenamientos, entre ellos el español[69].

66. LEY 29/2002, de 30 de diciembre, primera *Ley del Código civil de Cataluña*.

67. Ley 40/1991, de 30 diciembre: *Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña*. (Vigente hasta el 1 de enero de 2009, derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones).

68. Igual opinión merece la regulación balear respecto de la permanencia del principio *semel heres semper heres*, pues en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, se dispone en su artículo 16.- *El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio.*

En los testamentos, el término incierto implica condición, salvo que en el testamento se pueda deducir claramente la voluntad contraria del testador.

El incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a su resolución.

Por el contrario, en el derecho foral navarro, regulado por *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, permite la libre disposición del testador sometiendo tanto a condición como término suspensivo o resolutorio la institución de heredero. Ello significa que la legislación navarra está más próxima a la legislación común, recogida en el Código civil español, que a la legislación catalana y balear. La Ley 148 de la Compilación de Navarra dispone: *Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes sin más restricciones que las establecidas en el título X de este libro.*

Las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación "inter vivos" o "mortis causa", pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación. Solo en defecto de estas disposiciones se aplicará la sucesión legal.

Toda disposición a título lucrativo puede hacerse puramente, con modo o bajo condición o término suspensivos o resolutorios. El día incierto se considera como condición.

69. TORT-MARTORELL, C., «Los principios sucesorios de Derecho Romano y la sucesión contractual en el vigente código

Que el derecho catalán se rija por unos principios semejantes al Derecho Romano, supone que, en la actualidad, salvando las distancias, se tienen las mismas ventajas y dificultades que se tuvieron en Roma. En primer lugar, el testador catalán tiene mermadas sus facultades de libertad dispositiva. Amén de las legales relativas a la legítima, intangibilidad de la legítima[70] (art. 451.1-art. 451.15 CCCat.), surgen aquellas otras que le limitan su capacidad de disposición por cuanto no puede someter su disposición de heredero ni a condición resolutoria ni a términos suspensivo o resolutorio. En definitiva, quiebra el principio general de que la voluntad del causante es quien delimita la institución de heredero. Si se admitieran estas limitaciones accesorias, en caso de cumplimiento de lo previsto como accesorio, el heredero dejaría de ostentar su cualidad de manera retroactiva, y provocaría la apertura de la sucesión intestada, lo que supondría infringir el principio general que rige la sucesión catalana, al igual que en Roma, de que la misma sucesión no puede estar sometida a las reglas de la sucesión testada y sucesión intestada a la vez (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*)[71].

Esta regla general admite algunas precisiones. El principio *semel heres semper heres* hace tiempo que está discutido en derecho catalán, presentando algunas modulaciones o excepciones[72]. Así, frente al veto general, en los casos en que la condición resolutoria y los términos suspensivos y resolutorio conforman el establecimiento de un orden de suceder (*ordo successionis*) que no comporta la eliminación de la situación anterior, sí que son admisibles y válidos. Esto es lo que sucede cuando se instituye la sustitución fideicomisaria, en cuyo caso tales elementos accesorios son los que indican el momento a partir del cual tiene lugar o no, el traspaso del heredero fiduciario (primer heredero) al siguiente llamado en el orden (el fideicomisario, heredero sucesivo en el orden), desde el cumplimiento de una condición o de un término, llamamiento que continúa siendo testamentario (art. 426-1 CCCat), de donde se mantiene el principio de incompatibilidad. Por consiguiente, puede haber fideicomisos a término y condicionales. El art. 426-4 CCCat. establece que "*Los fideicomisos pueden ordenarse bajo plazo o bajo condición, según que la herencia o el legado fideicomisos, o una cuota de éstos, se defieran al fideicomisario al vencer el plazo fijado o al cumplirse la condición ordenada por el fideicomitente. Los fideicomisos ordenados para después de la muerte del fiduciario tienen el carácter de condicionales, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra*". Obviamente, esta disposición contraría el principio general del derecho sucesorio catalán *semel heres semper heres*[73], aunque debe matizarse, como seguidamente se verá. Junto a la sustitución

civil de Cataluña: el heredamiento», en *Revista General de Derecho Romano*, nº 21, 2013, pp. 1 ss.

70. VAQUER ALOY, A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, 2015, http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021).

71. *Vid*. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., «El principio de incompatibilidad entre sucesión testada e intestada: algunas consideraciones sobre su presencia en el derecho civil catalán», en *Fundamenta Iuris*. T*erminología, principios e interpretatio*, (coord. P. RESINA), Almería, Universidad de Almería, 2012, pp. 295 ss.

72. follia camps, r., «Comentario al artículo 423-12», en *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña* (coord. E. Roca Trías), Madrid, Editorial Jurídica Sepín, S.L., 2011, pp. 260 ss. ARROYO I AMAYUELAS, E. - ANDERSON, M., «Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán», en *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. CUENA CASAS, M. et alii), Madrid, Dykinson, 2013, p. 1705

73. SOLÉ RESINA, J., «La nueva regulación de los fideicomisos del Libro IV del Código Civil de Cataluña», *ADC*, 2011, tomo

fideicomisaria[74], la otra excepción que se admite es la del heredero vitalicio (art. 423-4 CCCat)[75].

El CCCat. admite la sustitución fideicomisaria universal en la que no es verdad que haya dos herederos[76], el fiduciario y el fideicomisario, aunque se les considere herederos[77], el fiduciario hasta cuando llegue la condición o se cumpla el plazo (ambos resolutorios), y el fideicomisario a partir de aquel momento, entendiendo que éste lo estaba bajo condición o plazo suspensivos. No quebraría el principio *semel heres semper heres* por cuanto el primer heredero lo es para siempre, con todo lo que ello implica, y no el segundo, el fideicomisario, pues no olvidemos que en el art. 426-31.1 se regula el derecho del primer heredero a detraer la cuarta trebeliánica: "*Salvo que el causante lo haya prohibido, el heredero fiduciario que ha aceptado la herencia tiene derecho a detraer y a hacer suya, libre del fideicomiso, una cuarta parte del patrimonio fideicomiso, llamada cuarta trebeliánica o cuota libre*". Esta reserva patrimonial, como vimos sucedía en Derecho Romano, dificulta la consideración del fideicomisario como heredero de la aquella herencia que ha sido generada por el causante.

En definitiva, la sustitución fideicomisaria universal no quiebra ni priva de valor el principio *semel heres semper heres*, pues el primer heredero, el fiduciario, el gravado con el cumplimiento, no tiene ni los mismos derechos ni las mismas obligaciones que el fideicomisario, segundo heredero, aun cuando también a éste se le quiera denominar heredero, que insistimos no es acreedor de la mencionada calificación jurídica. Ello implica que la perdurabilidad de la cualidad de heredero no se pierde o desaparece a posteriori siempre que la institución sea válida, y la sucesión del causante se mantendrá siempre como testamentaria[78]. En definitiva, cuando una persona es investida del título hereditario no puede ser despojada del mismo, "de tal forma que podemos afirmar que es un título que causa estado (se es y no se puede dejar de ser)"[79].

LXIV, fasc. II, pp. 567 ss.; ídem en «El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. por J. Solé Resina; Mª del C. Gete-Alonso Calera (dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2011, tomo I, pp. 1008 ss.

74. *Vid.* PUIG I FERRIOL, LL., ROCA I TRIAS, E., *Institucions del dret civil de Catalunya, vol. III. Dret de successions*, 7ª ed., València, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 51 ss.

75. GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL C., LLOBET AGUADO, J., SOLÉ RESINA, J., YSÀS SOLANES, Mª., *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña,* 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 92 ss. BOSCH CAPDEVILA, E., «Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo), vol. 1, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 666 ss.

76. En contra BOSCH CAPDEVILA, «Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña», cit., p. 667.

77. Esta consideración quizás pueda servir de ejemplo de la afirmación que consta en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, cuando al referirse a los Fideicomisos dice: *"el libro cuarto ha puesto mucho cuidado en buscar un equilibrio entre la voluntad del testador y las exigencias prácticas del mundo contemporáneo"*.

78. GETE-ALONSO CALERA, Mª DEL C., «La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña (principios-innovaciones)», en *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008*, Girona, Documenta Universitaria, Universitat di Girona, 2009, p. 216.

79. GARRIDO MELERO, M., *El Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 91.

Por otro lado, el principio *semel heres semper heres* limita la libertad testamentaria exclusivamente en lo que afecta a la institución de heredero, pero no, por ejemplo, para los legados[80], que se admiten tanto bajo condición como término, sean suspensivos o resolutorios (art. 427-11.1 CCCat.- *1. Los legados pueden ordenarse bajo condición o bajo plazo, tanto suspensivos como resolutorios*). Situación semejante a lo que sucede en el derecho común, como consta en el C.c. español, art. 805 que prevé que tanto la institución de heredero como los legados pueden ser sometidos a condición resolutoria o términos suspensivo o resolutorio, situación que quiebra el reiterado principio *semel heres semper heres*.

Breve apunte de derecho comparado (derecho argentino, derecho portugués, derecho italiano)

Huyendo de cualquier pretensión de exhaustividad, y a título de ejemplo, recogemos cuál ha sido la recepción del principio *semel heres semper heres,* en el derecho argentino, portugués e italiano. En la legislación argentina se ha producido un progresivo alejamiento de lo establecido en el Derecho Romano. Frente a lo establecido en el derogado Código civil de la República Argentina[81] redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, que fue promulgado el 29 de septiembre de 1869 y en vigor desde el 1 de enero de 1871, que en su art. 3610 disponía que "*A las disposiciones testamentarias, hechas bajo condición, es aplicable lo establecido respecto a las obligaciones condicionales*", se encuentra que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en vigor desde el 1 de agosto de 2015[82], reconoce expresamente que la institución de heredero pueda quedar sometida a condición tanto suspensiva como resolutoria. El art. 2.280 CCC argentino al referirse a la situación de los herederos se refiere a ellos cuando "*están instituidos bajo condición suspensiva*"; también en el art. 2.289 CCC argentino, en relación con la *Intimación a aceptar o renunciar* dispone que "*Si el heredero ha sido instituido bajo condición suspensiva, la intimación sólo puede hacerse una vez cumplida la condición*".

Sin embargo, cuando en el art. 2.366[83] CCC argentino se refiere a los herederos sometidos a condición, diferencia perfectamente, en dos párrafos, entre los sometidos a condición suspensiva, primer párrafo, que tiene su antecedente en el art. 3.458 del Código sustituido, y los instituidos bajo condición resolutoria, segundo párrafo, sin antecedente en el Código sustituido e inspirado en el art. 2.317 del Proyecto de Código civil argentino

80. BOSCH CAPDEVILA, «Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña», cit., *ibídem*.

81. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021)

82. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021)

83. *Artículo 2366. Herederos condicionales*

Los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no está cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales.

Los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición.

de 1998[84], de similar redacción, y disponiendo que "*deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición*". Es decir, se admite meridianamente que el heredero instituido bajo condición resolutoria tan pronto tenga ésta lugar, dejará de serlo y deberá garantizar los derechos hereditarios de quien asuma la nueva condición de heredero. Por lo tanto, en los casos de condición resolutoria el derecho se tiene mientras no se produzca el hecho futuro e incierto, extinguiéndose el derecho que hasta ese instante se gozaba en el momento mismo en que éste se produce[85].

Resulta cuando menos llamativo que en la legislación argentina sea posible someter la institución de heredero tanto a condición suspensiva como resolutoria, pero no a término o plazo suspensivo (inicial) o resolutorio (final). Esta circunstancia no se produce ni en el vigente derecho español, que puede someterse tanto a condición como término suspensivo o resolutorio la institución de heredero, ni como en derecho catalán, fiel reservorio de la más pura tradición romana, que solamente admite la supeditación del heredero a condición suspensiva haciendo valer el principio romano *semel heres semper heres*.

En el derecho portugués sucede como en el derecho argentino, que el testador puede someter la institución de heredero a condición suspensiva o resolutoria, tal y como previene el art. 2.229[86] del Código Civil portugués. Por el contrario, conforme al art. 2.243-2[87] CCP, si la institución de heredero se sometiera a término suspensivo (inicial) o resolutorio (final), se tendrá por no escrito, excepto cuando verse sobre un derecho temporal. Regulación similar presenta el derecho italiano que permite conforme a su art. 633[88] C.c. someter la institución de heredero a condición suspensiva o resolutoria, pero no a término ni suspensivo ni resolutorio, art. 637[89]. Es decir, para el derecho italiano la

84. A*rtículo 2317 Proyecto de 1998.- Herederos condicionales y a plazo. Los herederos instituidos a plazo o condición suspensivos no pueden pedir la partición hasta que venza el plazo o la condición se cumpla; pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos a plazo o condicionales.*

Los instituidos a plazo o condición resolutorios pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyan al vencer el plazo o cumplirse la condición.

85. *Vid.* comentario del art. 2366 en http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-2366 (última consulta 1 de diciembre de 2021). También en *Código civil y comercial de la Nación comentado. Tomo VI, Libro Quinto y Libro Sexto Artículos 2277 a 2671* (directores: M. HERRERA; G. CARAMELO; S. PICASSO;), 2ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, v.6, pp. 112 s. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021)

86. *ARTIGO 2229º CCP (Diposições condicionais)*

O testador pode sujeitar a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário a condição suspensiva ou resolutiva, com as limitações dos artigos seguintes.

87. *ARTIGO 2243º CCP (Termo inicial ou final)*

1. O testador pode sujeitar a nomeação do legatário a termo inicial; mas este apenas suspende a execução da disposição, não impedindo que o nomeado adquira direito ao legado.

2. A declaração de termo inicial na instituição de herdeiro, e bem assim a declaração de termo final tanto na instituição de herdeiro como na nomeação de legatário, têm-se por não escritas, excepto, quanto a esta nomeação, se a disposição versar sobre direito temporário.

88. *Art. 633 Codice Civile Italiano. Condizione sospensiva o risolutiva*

Le disposizioni a titolo universale o particolare possono farsi sotto condizione sospensiva o risolutiva.

89. *Art. 637 Codice Civile Italiano. Termine*

sumisión de la institución de heredero a término sería contrario al principio *semel heres semper heres*, de modo que quien acepta la condición de heredero no puede perderla ya nunca.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación se ha puesto de manifiesto que la pervivencia de los aforismos o máximas jurídicas romanas no siempre han llegado incólumes hasta nuestros ordenamientos jurídicos vigentes. En su recepción han sufrido modificaciones conforme evolucionaba la sociedad. Lo cierto es que la máxima *semel heres semper heres* encierra en su concisión un contenido muy superior al que sus palabras parecen significar. Todos los juristas sabemos que estamos ante una expresión mnemotécnica de mayor alcance, y que engloba una serie de principios que afectan directamente a la libertad de testar del causante.

La regla, tal y como se conoce hoy, no aparece en ningún texto jurisprudencial romano. Quien más se aproxima a su actual redacción es Gayo, D.28.5.89(88), que *in fine* dice: *ut qui semel heres exstitit desinat heres esse*. Dada la concepción romana de la *heredis institutio*, como necesaria, personal e intransmisible, junto con la incompatibilidad entre la forma testada e intestada de suceder (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), así como la prohibición de someter al instituido a condición resolutoria y a término suspensivo o resolutorio, permitiéndose exclusivamente la sumisión a condición suspensiva, todo ello propio del rigor civilístico romano, hicieron que los juristas medievales resumieran tal contenido en una máxima, que bien con finalidad didáctica o escolar, bien como regla jurídica con finalidad práctica, ha gozado de una extraordinaria proyección posterior. En definitiva, este aforismo no es la norma, sino más bien un resumen de una concreta regulación jurídica.

La recepción del aforismo a través de los diversos ordenamientos jurídicos españoles estuvo en vigor hasta el siglo XIV, en que fue derogado y desprovisto de contenido por la regulación prescrita en el Ordenamiento de Alcalá (1348), que influyó en la Nueva Recopilación (1567), desapareciendo desde entonces hasta la actualidad. A partir de ese momento se permitió que la institución de heredero ni tan siquiera fuera necesaria para la plena validez de un testamento, y además se admitió que pudiera ser sometida tanto a condición como a término ya suspensivos ya resolutorios. Es decir, se autoriza la libre y absoluta libertad del causante para establecer su última voluntad, sometiendo al instituido a cuantos elementos accidentales le plazca, superando de ese modo los viejos y consolidados principios romanos. En definitiva, que el testador pueda supeditar la institución de heredero bien a condición bien a término, ya suspensivos ya resolutorios, implican una preferencia sucesoria basada más en la afectividad que en la consanguinidad.

El Código civil español permite que la institución de heredero, cuando la haya, pues es perfectamente prescindible (art.764), pueda ser sometida tanto a condición suspensiva

Si considera non apposto a una disposizione a titolo universale il termine dal quale l'effetto di essa deve cominciare o cessare.

como resolutoria, y a término tanto suspensivo como resolutorio. Esta regulación trae sus antecedentes desde el Ordenamiento de Alcalá, promulgado en el siglo XIV, después se mantuvo en la Nueva Recopilación, siglo XVI, y en la Novísima Recopilación, siglo XIX, y en ninguno de los Proyectos de Código civil español de 1821, 1836, 1851 y 1882 se cambió la tendencia, llegando hasta la actualidad en que quedó recogida, desde su entrada en vigor el 27 de julio de 1889, en los arts. 790, 791 y 805[90]. Por el contrario, frente a esta libertad para testar, se halla la regulación plasmada en el derecho civil de Cataluña, que fiel a su impronta romana, sigue conservando *ad litteram* el principio *semel heres semper heres* en su art. 423-12 CCCat.: "El que es heredero lo es siempre"[91].

Bibliografía

Albaladejo García, M. (1984). Sección cuarta : De la institución de heredero y del legado condicional o a término. En: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*.

Álvarez Caperochipi, J. A. (1990). *Curso de derecho hereditario*. Madrid : Civitas.

Arroyo i Amayuelas, E.; Anderson, M. (2013). Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán. En: *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*,. pp.1699-1720.

Bertozzi, P. (2009). *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*. 6ª ed. Rozzano : IPSOA.

De las Casas León, M. E. (2019). El origen de las regulae iuris. En: *Revista General de Derecho Romano*. (32).

Biondi, B. (1955). *Successione testamentaria e donazioni*. 2ª ed. Milano : Giuffrè.

Blanch Nougués, J. M. (2017). *Locuciones latinas y razonamiento jurídico : una revisión a la luz del Derecho Romano y del derecho actual : pro iure romano et lingua latina*. Madrid : Dykinson.

Bosch Capdevila, E. (2014). Otros límites a la libertad de testar en el derecho civil de Cataluña. En: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*. 1:653-675.

Castán Tobeñas, J. (1979). *Derecho civil español, común y foral*. 8ª ed. Madrid : Reus.

Código civil y comercial de la Nación comentado. Tomo VI, Libro Quinto y Libro

90. Respecto del régimen foral español, la Ley 148 de la *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, permite la libre disposición del testador pudiendo someter tanto a condición como término suspensivo o resolutorio la institución de heredero. Por lo tanto, igual que el derecho común.

91. Igual en el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, artículo 16.

Sexto Artículos 2277 a 2671 (directores: M. Herrera; G. Caramelo; S. Picasso;), 2ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, v.6, pp. 112 s. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf (última consulta 1 de diciembre de 2021).

Coing, H. (1996). *Derecho privado europeo I*. Madrid : Fundación Cultural del Notariado.

Cuena Boy, F.J. (2004). *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander : Universidad de Cantabria.

La Fuente y Hontañón, R. de. (2012). *La herencia fideicomisaria : desde Roma hasta el derecho peruano*. Lima : Palestra.

Díez-Picazo, L.; Gullón, A. (2002). *Sistema de derecho civil : derecho de familia : derecho de sucesiones*. vol. 4. 8ª ed. Madrid : Tecnos.

Domingo de Morató, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones y del digesto romano hispano de D. Juan Sala*, 2ª ed. corregida y aumentada, tomo 2º, Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877.

Domingo, R. et al. (2006). *Principios de derecho global : 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*. 2ª ed. Thomson. URL:
https://www.academia.edu/35733329/Principios_de_Derecho_Global._1000_reglas_y_aforismos_jur%C3%ADdicos_comentados

Domínguez Tristán, P. (2012). El principio de incompatibilidad entre sucesión testada e intestada : algunas consideraciones sobre su presencia en el derecho civil catalán. En: *Fundamenta Iuris : terminología, principios e interpretatio*. pp.295-308.

D'Ors, A. (2004). *Derecho privado romano*. 10ª ed. Pamplona : Eunsa

Duplá Marín, M. T. (2019) ¿La especialidad de algunos testamentos se extiende a los medios de prueba? : el curioso caso del testamento militar romano. En: *La prueba y los medios de prueba : de Roma al derecho moderno*. pp.237-248.

Duplá Marín, M. T.. (2019). Fideicommissum hereditatis : hereditas et fideicommissum : algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica. En: *La Notaría*. (17):52-73.

Duplá Marín, Ma. T.; García-Cueto, E. (2018). La aceptación con plazo a través de la interrogatio in iure romana : algunas consideraciones a partir de la reciente modificación del art. 1005 del CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. En: *Fundamentos del derecho sucesorio actual*. pp.229-241.

Espejo Lerdo de Tejada, M. (2008). La cesión de la herencia en el Código Civil : ¿cambio personal del heredero?. **En:** *ADC*. pp.1867-1971.

Espinoza Ramos, B. (2019). *Aforismos latinos y sistema penal*. Santiago de Chile : Olejnik.

Finkenauer, T. (2015). Le regulae iuris come strumenti mnemotecnici. **En:** *Index : quaderni camerti di studi romanistici, international survey of Roman law*. 43:15-21.

Follia Camps, R. (2011). Comentario al artículo 423-12. **En:** *Sucesiones : libro cuarto del código civil de Cataluña*.

García Goyena, F. (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Zaragoza : Cometa S.A.

Garrido Melero, M. (2008). *El libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones*. Barcelona : Marcial Pons.

Gete-Alonso y Calera, M del C.; LLobet Aguado, J.; Solé Resina, J.; Ysàs Solanes, M. (2011). *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*. 3ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch.

Gete-Alonso Calera, M. del C. (2009). La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña (principios-innovaciones). **En:** *El nou dret successori del codi civil de Catalunya : materials de les quinzenes jornades de dret català a tossa, tossa de mar, 25 i 26 de setembre de 2008*. pp.209-262.

Gómez Royo, E. (1991). El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas. **En:** *Estudios de Derecho Romano e historia del derecho comparado : trabajos en homenaje a Ferrán Valls i Taberner*.

Gómez Royo, E. et al. (2014). *Fraseología jurídica latina :* términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales. 2ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch.

Grosso, G. (1962). *I legati nel diritto romano : parte generale*. 2ª ed. Torino : G. Giappichelli.

Guarino, A. (1997). *Diritto privato romano*. 11ª ed. Napoli : Jovene.

Hernández Gil, A. (1946). *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*. Madrid.

Iglesias, J. (1986). *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*. Madrid : Civitas.

Jordán de Asso, I.; Manuel, M. de. (1780). *Instituciones del derecho civil de Castilla*. 3ª ed. Madrid : Imprenta Real de la Gazeta.

Jörs, P.; Kunkel, W. (1965). *Derecho privado romano*. 2ª ed. Barcelona : Labor S.A.

Kaser, M. (1982). *Derecho Romano privado*. 2ª ed. Madrid : Reus.

Lasso Gaite, J.F. (1970). *Crónica de la codificación española 4 : codificación civil (génesis e historia del código)*. vol. 1. Madrid : Ministerio de Justicia.

Marlasca Martínez, O. (2012). Estudio histórico del testamento militar. **En:** *Revista General de Derecho Romano*. 18.

Nicoliello, N. (1999). *Diccionario del latín jurídico : vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico*. Barcelona : Bosch.

Núñez Núñez, M. (2007). *La sucesión intestada de los parientes colaterales. Madrid : Dykinson*.

Ortuño Pérez, M. E. (2012). El aforismo vel omnia admittantur, vel omnia repudientur a la luz de los criterios de interpretación del derecho hereditario romano. **En:** *Fundamenta Iuris : terminología,* principios e interpretatio. pp.409-416.

Otero, J.; Henríquez, M. C.; Alañón, F. (2011). Las regulae iuris, los brocardos, los aforismos y las expresiones latinas. **En:** *El latín en la jurisprudencia actual*.

Pérez Collados, J. M. (2004). La tradición jurídica catalana (Valor de la interpretación y peso de la historia). **En:** *AHDE*. pp.139-184.

Pérez Simeón, M. (2001). *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest : el principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*. Madrid : Marcial Pons.

Periñan Gómez, B. (2005). El principio "semel heres semper heres" y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano. **En:** *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. (27):123-139. URL: http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/421

Asociación de Profesores de Derecho Civil. (2018). *Propuesta de código civil*. Madrid : Tecnos.

Puig i Ferriol, L.; Roca i Trias, E. (2009). *Institucions del dret civil de Catalunya : dret de successions*. vol. 3. 7ª ed., València : Tirant lo Blanch.

Quesada González, M. C. (2018). *La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo (derecho común y foral)*. Madrid : Reus S.A.

Reinoso Barbero, F. (2016). Paroemia et regulae iuris romanorum : desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea. En: *Glossae : European Journal of Legal History*. (13):590-625. URL: http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2016/11/Reinoso-Regula-iuris.pdf

Salazar Revuelta, M.; Herrera Bravo, R. (2017): Los principia iuris como medio de armonización y unificación del derecho europeo a través de la metodología histórico-comparativa. En: *Glossae: European Journal of Legal History*. (14):818-864.

Dos Santos Justo, A. (2018). A indignidade sucessória no direito romano : reflexos no direito portugués. En: *Fundamentos del derecho sucesorio actual*. pp.211-228.

Scaevola, Q. M. (1897). *Código civil comentado y concordado extensamente*. Madrid : Imprenta de Ricardo Rojas.

Schulz, F. (1960). *Derecho Romano clásico*. Barcelona : Bosch.

Solé Resina, J., «La nueva regulación de los fideicomisos del Libro IV del Código Civil de Cataluña», *ADC*, 2011, tomo LXIV, fasc. II, pp. 563-611.; ídem en «El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. por J. Solé Resina; Mª del C. Gete-Alonso Calera (dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2011, tomo I, pp. 1005-1046.

Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano*. Milano : Giuffrè,

Torrent, A. (1966). *Venditio hereditatis : la venta de herencia en Derecho Romano*. Salamanca : Universidad de Salamanca.

Torrent Ruiz, A. (2005). *Diccionario del Derecho Romano*. Madrid : Edisofer.

Tort-Martorell, C. (2013). Los principios sucesorios de Derecho Romano y la sucesión contractual en el vigente código civil de Cataluña: el heredamiento. En: *Revista General de Derecho Romano*. (21).

Vaquer Aloy, A. (2015). Libertad de testar y condiciones testamentarias. En: *Indret : Revista para el análisis del derecho*. (3). URL: http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf

Vicén Antolín, C. (2002). *Diccionario de expresiones y términos jurídicos latinos*. Barcelona : Cedecs.

Voci, P. (1963). *Diritto ereditario romano : parte speciale, successione ab intestato : successione testamentaria*. vol. 2. 2ª ed., Milano : Giuffrè.

Volterra, E. (1991). *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas.

Windscheid, B. (1925*). Diritto delle pandette*. vol. 3. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese.

La pervivencia del concepto de Obligaciones Romano y del aforismo suun ciquet tribuere en las obligaciones civiles y comerciales del Derecho Argentino

Cristian Nobile[1], Ezequiel F. Pardo[2] y Leticia I. Núñez[3]

1. Alumno de la Materia Derecho Romano –Cátedra del Dr., José Carlos Costa – Adjunta Dra. Marilina A. Miceli, Universidad de Buenos Aires,2020.

2. Profesor ayudante de la Materia Derecho Romano – Cátedra Dr. José Carlos Costa U.B.A. y Adjunto de la Materia Derecho Romano – Universidad Abierta Interamericana, Argentina.

3. Profesora Jefa de Trabajos Practicos de la Materia Derecho Romano Cátedra José Carlos Costa U.B.A. y Adjunta de la Materia Derecho Romano – Universidad Abierta Interamericana y Universidad de San Isidro, Argentina

Introducción: toda historia tiene un comienzo

El objetivo del presente trabajo es el de recorrer y reflexionar la génesis, el sentido y el alcance del instituto de las obligaciones; desde la antigua Roma hasta nuestros días, adentrándonos en este viaje, tanto en el antiguo Código Velezano, como el actual Código Civil y Comercial.

La noción de obligación receptada en nuestros días se nos presenta como el resultado de un prolongado proceso de evolución histórico que ha sido influida y configurada tanto en su fas jurídica como también por lo social, lo económico y lo cultural. La entendemos como una relación jurídica, bajo la cual un sujeto asume hacer, dar, un prestar o una abstención de ello, siempre con el fin de alcanzar un determinado resultado.

La relación obligacional tendrá como objetivo muy frecuente una cooperación entre sujetos que forman parte de una comunidad, y que se dirigirá siempre al interés de otro sujeto, pero, en definitiva, al interés de todo el grupo social[4].

La obligación devendrá en el reverso del derecho; en esa potestad que tenemos y que nace de la condición misma de ser persona humana, al decir de nuestro CCyC en su artículo 19°, en tanto adquirimos la capacidad de gozar la aptitud de ser titular de derechos y deberes jurídicos y del ejercicio pleno de los mismos, como rezan los artículos 22° y 23 del ordenamiento civil y comercial argentino, procurando que estos se nos respeten en todas las dimensiones.

La obligación resultará, entonces, la relación jurídica establecida entre dos sujetos en virtud de la cual uno de ellos (acreedor) tiene derecho a exigir al otro (deudor) la realización de una conducta de vida cuyo contenido es apreciable económicamente[5].

Indagar, en el entramado histórico de las obligaciones, nos exige rastrear las huellas que nuestros antecesores legaron; revisitando las primeras nociones de derecho en Roma, las «Institutas» de Justiniano, recalando en el Código Civil Velezano, para finalizar en el presente unificado del derecho civil y comercial argentino.

Si bien entendemos que la noción de obligaciones atraviesa con gran amplitud el universo normativo, condensando tanto lo referido a **relaciones patrimoniales** -derechos reales y creditorios- como **extrapatrimoniales** -derechos personalísimos y de familia-, en nuestro análisis tomaremos el concepto en términos generales, observando tanto su forma como su contenido.

De la costumbre a la ley: el devenir histórico del instituto de las obligaciones en Roma

Partiendo del interrogante de si es posible detectar el nacimiento del concepto de obligación en Roma, resultaría de gran valor centrar parte de nuestra atención en las denominadas "fuentes no formales o materiales del derecho"; como ser las *mores maiorum* la historia, así como la tradición, la palabra, y la dimensión valorativa como el honor, la buena fe o la equidad.

4. COMPAGNUCCI, RUBÉN, MANUAL de Obligaciones. Astrea. Buenos Aires, 2016, pág 2.

5. STIGLITZ, Gabriel y otros autores, Obligaciones, Parte General Tomo I, Juris, 2000, pág 4.

Nos referimos, precisamente, al deber que conlleva asumir un compromiso y cumplirlo; el comerciante al entregar la mercadería y el comprador su precio, el guerrero a dar la vida por su rey y el rey por su pueblo en tanto «*Rex Romanorum*». Observamos que la noción de *ob-ligatio* que hoy conocemos, va mucho más allá de la codificación y todo derecho positivizado, estando implícita en la génesis «*gen*» de la civilización romana.

Así, la monarquía romana, bajo el reinado de Numa Pompilio, habría asignado al recientemente creado Colegio de Pontífices la exclusividad respecto al conocimiento e interpretación del derecho sacro «*fas*», asesorando a los particulares respecto de las obligaciones y derechos en los negocios que llevan a cabo.

También se encuentran bajo su guarda y protección los tratados firmados con otras "ciudades estado", los calendarios, las oraciones, etc.[6]

Atisbos de esta institución, también los encontramos en Ley de las XII Tablas, en la cual, ubicada en su Tabla III, surgen las consecuencias de incumplimiento del «*nexum*» como una incipiente manera de regular la deuda u obligación entre partes respecto de los actos jurídicos de la época.

El *nexum* crea una situación similar al señorío que tiene el propietario de una cosa sobre ella o el *pater familiae* sobre los *alieni iuris*. Si el deudor no cumple, por medio de la «*manus iniectio*» quedará sumido en situación de esclavitud respecto del acreedor.[7]

Al decir de Bonfante, en materia de obligaciones, tanto el ladrón como el mutuario estaban obligados con su cuerpo y eran reducidos a condición servil.[8] Coexisten así dos elementos; el débito «*debitum*» y la responsabilidad[9], donde la primera consiste en la prestación misma, fuera de «*dare*», «*praestare*» y/o «*facere*»; mientras que la responsabilidad se acuñaba en el sentido más amplio, en tanto el vínculo o sujeción jurídica entre partes, otorgándole así una presunción de «*coercibilidad*», ya que, si el deudor no cumple con la obligación contraída, puede ser compelido judicialmente a que lo haga.[10]

Para el año 326 a.C. se operará un cambio sustancial en esta relación jurídica, que proyecta claros reflejos de una evolución no solo económica y jurídica si una dinamización social del concepto de "obligación". Como resultado de las desproporcionadas represalias infligidas a deudores, mayormente identificados como parte de la clase plebeya y por parte de los patricios, y tras la sanción de la «*lex Poetelia Papiria*», se abroga del reproche físico al incumplidor y se transita al exclusivamente al patrimonial. El deudor ya no paga con su dolor, sino que lo hará con su patrimonio, a través de institutos y remedios propios del derecho honorario como la «*bonorum venditio*» o «*distractio bonorum*» si se tratase de una ejecución total o individual de bienes y patrimonio.

6. COSTA, José Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado. Buenos Aires. Lexis Nexis, 2007, pág. 38.

7. COSTA, José Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado. Lexis Nexis, Buenos aires 2007, págs. 65 y 447.

8. COMPAGNUCCI, RUBÉN, Manual de Obligaciones. Astrea. Buenos Aires, 2016, pág. 43.

9. LAPIEZA ELLI, ANGEL, Manual de Derecho Romano, De Palma, Buenos Aires, 1984, pág. 254.

10. COSTA, Jose Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág 447 y 44

Sujetos, objetos y clasificación de las obligaciones

Podemos señalar que, en líneas generales, los juristas coinciden en la idea nodal de la obligación, en tanto relación o compromiso con un otro, compuesta por tres elementos característicos; **sujetos** (acreedor-deudor), **vínculo jurídico** (que la circunscribe al plano de la coercitividad) y **objeto** (la prestación en sí, de dar, prestar, hacer o no hacer) cuya particularidad es que, al ser susceptible de apreciación pecuniaria, acarrea una consecuencia patrimonial.

Considerando que los juristas romanos clásicos han sido poco afectos a las teorías y clasificaciones, y que su labor se ha centrado fundamentalmente en dilucidar el "caso concreto"[11], respecto de las **clasificaciones** y **fuentes de** señalaremos que las primeras se daban según emanaran del **vínculo**; obligaciones civiles y naturales, tanto para los ciudadanos romanos como los peregrinos; las obligaciones civiles y honorarias, reconocidas en el *ius civile* y; las dotadas de una *actio* del pretor y de «*stricti iuris y bonae fidei*»[12], en estos casos, el pretor actuaba como árbitro de equidad.

Luego, las que nacían de los **sujetos**, según fueran uno o varios acreedores, así como su **extensión**; solidaria «*in solidum*» nacida del contrato, testamento o ley -y ambulatorias- yaque persigue a la cosa o al titular. Por último, las que nacían de **objeto**; ya sea genéricas y específicas, divisibles e indivisibles y alternativas y facultativas.

Respecto de las **clasificaciones**, en las «Institutas de Justiniano» se establece una clasificación cuatripartita; contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, formando parejas simétricas. El cuasicontrato y cuasidelito constituyen fuentes semejantes al contrato y delitoproduciendo efectos comparables a ellos.[13]

La «*gestio negotiorum*» (gestión de negocios), «*actio tutelae*» (tutela), el «*condictio indebiti*» (pago indebido), así como el condominio, la indivisión hereditaria, los legados y el enriquecimiento «*sin iusta causa*» generaban obligaciones nacidas de los «*quasi ex contratu*»; también incluyen dentro de las obligaciones, aquellas nacidas de la garantía personal (fianza) y las reales (prenda e hipoteca)[14], así como la cesión de créditos y deudas.

Obligaciones y el "delito": origen romano y derecho penal actual

Si bien reconocemos una abundante producción doctrinal respecto de la teoría del Derecho Penal y sus respectivas subteorías acerca del delito y la pena, a fin de continuar con nuestro camino, adoptaremos la siguiente definición de delito como: "acción punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio), es la acción antijurídica y culpable, conminada con pena"[15]; es decir que un delito provoca una ruptura de la norma y por ello, dicha conducta es reprimida.

11. Costa, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires: Lexis Nexis. pág. 450.
12. Lapieza Elli, A. (1984). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma. pág 254.
13. STIGLITZ, Gabriel y otros autores, Obligaciones, Parte General Tomo I, Juris, 2000, pág 39.
14. LAPIEZA ELLI, ANGEL, Manual de Derecho Romano, DE PALMA, Buenos Aires, 1984, pág 275
15. VON BELING, Ernst, Grundzüge, Berlin 1889.

Ya dicho que las obligaciones resultan ser fuente tanto de contratos como de delitos; es conducente reflexionar respecto a las obligaciones con génesis en los delitos, así, los romanos establecen dos clases de delitos: los *públicos* (crimina) y los *privados* (delicta o maleficia)[16]; determinando luego cuatro especies de delito de carácter privado; **«Furtum»**: era el "fraude oscuro" apropiarse por la fuerza de una cosa ajena, es decir contra la voluntad del otro, tanto en el sentido de no devolver lo que no es propio (tomar un caballo prestado y no retornarlo) o bien, arrebatar o apropiarse de una cosa de propiedad privada (sustraer elementos de trabajo, por ejemplo). Había varios tipos y fueron modificándose con el paso del tiempo y el avance normativo.

En este sentido, hoy podríamos relacionarlo tanto con el concepto de propiedad privada que tutela nuestra manda constitucional en su art. 17, así como también la definición de "hurto" (art. 162 del Código Penal) en tanto "apoderamiento ilegítimo de cosa mueble, total o parcialmente ajena", entendiendo como señala la doctrina que esta cosa debe ser susceptible de valoración económica.

Señala Lapieza Elli: "En la ley de las XII tablas, si se encontraba al ladrón in fraganti, la pena podía ser; azotes y ser condenó a la esclavitud; mientras que, si se trataba de un esclavo, además de azotado, era arrojado desde lo alto de la roca Tarpeta. Luego, con el establecimiento del Pretor, esta condena podía reemplazarse por un pago, *el quadruplum"*. Además, el propietario también podía iniciar acciones de reivindicación de la cosa, contra el ladrón y herederos.

«Rapina»: era consideraba la sustracción de cosa ajena en banda, aunque luego también se lo asoció con la comisión individual del delito. Respecto de nuestro derecho penal, podríamos relacionarlo con lo referido al art. 167 del Código Penal: "...se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad."

En este punto, distinguimos el **uso de fuerza o violencia física**, ya sea respecto de la cosa (romper la propiedad privada) o persona (golpear) para cometer el delito. Es decir, trazando el paralelismo histórico, lo que se vislumbra claramente en este caso, es el dolo manifiesto, porque no solo se trata del robo sino del ejercicio de cierta violencia para llevarlo a cabo.

«Damnun Iniuria Datum»: se trata de la figura del daño culposo, o daño injustamente causado, contemplado por la Lex Aquilia, que señalaba la indemnización a las personas o a sus cosas (esclavo). El castigo a dicho delito se representaba de forma proporcional al daño ocasionado y su reparación, hasta el precio de la cosa, en el sentido de volver al estado anterior. No era lo mismo, por ejemplo, lastimar a un esclavo en buena forma que aquel que padecía alguna desventaja física; como ser falta de un ojo, o renguera. La reparación era determinada por el Pretor.

16. LAPIEZA ELLI, ANGEL, Manual de Derecho Romano, De Palma, Buenos Aires, 1984, pág 265

Entendemos que esta especie de delito nos permite remitirnos acercarnos a lo que hoy llamamos "teoría de la responsabilidad" o "teoría de daños", en el sentido del sistema protectorio de la persona humana, respecto a su integridad tanto física como moral. Este abordaje, como sabemos, bien puede tener su origen en un hecho dañoso, con su correlato tanto penal como civil.

Respecto de la valoración de la conducta y los factores subjetivos de atribución de la responsabilidad (art. 1.724 CCyC) "dolo" o "culpa" del accionar de quien ocasiona un daño debemos distinguir; hay culpa cuando se trate de *imprudencia, negligencia o impericia en el arte o profesión,* así estaremos dentro de la órbita del derecho civil, mientras que cuando el obrar contenga elementos dolosos *producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*, nos remitiremos al derecho penal, para determinar los alcances de la responsabilidad.

«**Iniuria**»: era la injuria, o sea la lesión de una persona libre, ya sea en su faz "corporal" (cuando se tratara de un golpe, fractura, corte) o bien "espiritual" (insulto) o "escrita" (en un libelo). La característica distintiva de este delito es la actitud dolosa manifiesta de dañar al otro; no era considerada ofensa si se realizaba sobre un esclavo, pero sí lo era si se agredía a un miembro de la familia.

El Pretor estableció un sistema que concedía la «*actio iniuriarum*» por el momento que estimara el actor si se trataba de una injuria leve y por el monto determinado por el mismo pretor si se trataba de una injuria grave[17].

Como señalábamos anteriormente, en este delito también observamos la teoría de la responsabilidad y el factor de atribución y coincidimos con Lapieza Eli en que "la persecuciòn civil por un lado y la criminal por el otro, serán la regla de la época justinianea". Algo que como decíamos, es característico de nuestro plexo normativo actual.

Efectos de las obligaciones: extinción e incumplimiento

En relación con los **efectos**, estos se asemejan a los que contemplamos en nuestras leyes actuales, entendiendo como regla principal la realización de la «*praestatio*» respecto de: I.- Sujetos (acreedor y deudor) II.- Contenido de la prestación, III.- Lugar del cumplimiento y IV.- Tiempo del cumplimiento[18].

En este punto vemos la importancia -como en la actualidad- tanto del domicilio «*forum domicilii*» como de la ubicación de los bienes «*forum re*», para la exigencia de la obligación ante el incumplimiento; figura que se usa actualmente en los contratos. También encontramos la noción de plazos, ya que frente al incumplimiento se caía en mora automática «*mora ex re*» si las partes lo habían acordado previamente.

Debemos señalar la vigencia respecto de cómo los romanos abordaban el **incumplimiento** y la **extinción**; sobre la primera, esta se podía producir por dolo, culpa -grave o magna «culpa lata» o «culpa levis», caso fortuito y fuerza mayor, y por consiguiente el **alcance** respecto de la acción por daños y perjuicios «lucrum cessans». De modo que aquí

17. LAPIEZA ELLI, ANGEL, Manual de Derecho Romano, De Palma, Buenos Aires, 1984, pág 254.

18. COSTA, Jose Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado. AbeledoPerrot.Buenos Aires, 2016, pág 257.

observamos claramente lo que hoy llamamos la responsabilidad dentro del marco de la teoría o derecho de daños.

Sobre la **extinción**, diremos que los institutos también son muy actuales; pago «*solutio*» novación «*novatio*» compensación «*compensatio*» confusión «*confutio*» transacción «*transactio*» y la prescripción liberatoria «*praescriptio*».

En definitiva, más allá de las particularidades, la definición que da Justiniano es sin dudas la que hoy define la noción que acuñamos: "La obligación es el vínculo jurídico que nos apremia o constriñe a pagar a otro alguna cosa, según el derecho civil o de nuestra ciudad".

«Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura».

Del Código Civil al Código Unificado: la influencia Romana en el instituto de las obligaciones y la influencia del Aforismo de Ulpiano Suun Ciquet tribuere/tribuendi

Reconociendo que el derecho es un "Fenómeno/Objeto cultural", atravesado por la moral, las costumbres y los valores de una época -por más que nos resulte difícil dar una definición acabada de estos términos- consideramos menester hacer una caracterización, para entender los diversos contextos en los cuales los legisladores y doctrinarios han de desempeñar la milenaria tarea de crear e interpretar las normas que regulan nuestra sociedad.

Señalamos esto, porque muchas veces, en palabras del Dr. Guibourg, postulamos obligaciones como quien diagnostica una enfermedad, pero al hacerlo no advertimos que todas esas ideas carecen de sentido inteligible si no se las compara con un punto de referencia: un sistema normativo, jurídico, moral o de otro orden, en el cual adquieren significado los derechos, las obligaciones, las normas y relaciones que los establecen y los principios capaces de justificar las normas o su interpretación.[19] Siendo esto es así porque, junto con los tiempos, las prácticas y las ideas, las demandas sociales cambian y algunas colisionan con la norma, la deconstruyen y crean nuevas aproximaciones a los institutos, otras, en cambio, quedan como intentos oportunistas y, aquí es donde comienzan a gravitar los aforismos jurídicos romanos, porque realmente y, a lo largo de los siglos han resultado y resultan la constante piedra de toque y de referencia a través de los cuales se trasuntan principios y directrices que realmente no cambian y que por su virtud, han resistido a todo intento de desplazamiento por pervivir intactos en el imaginario social y en el concierto de las fuentes.

Pero volvamos al comienzo; ¿qué es entonces una obligación? Podemos decir que es un conjunto de valores proyectados en una conducta tipificada en la norma; es la conducta de dar, de hacer o no hacer; es el deber de prevenir, reparar o no agravar un daño.

Señalamos esto, no solo respecto de Roma, sino además sobre la génesis del Código

19. GUIBOURG, Ricardo "Provocaciones en torno del derecho", Eudeba, Buenos Aires, 2002, pág 20.

Civil, que muchas veces ha sido, en afán de darle entidad al Código unificado, criticado por adoptar un carácter "patrimonialista" respecto del sujeto y "formalista" respecto del rol de Estado de Derecho, así como las relaciones de familia. No está de más mencionar que el Código de Vélez, fue creado en 1869, y que justamente, sus modelos fueron tanto del Código Francés como el Derecho Romano.

Levaggi sostiene que las notas del Código Civil respiran romanismo, tanto por las citas directas del Corpus Iuris Civilis como por las indirectas, a través de autores y códigos romanizados. El Derecho Romano llegó a ser fuente del argentino no por transposición directa, sino como consecuencia de un proceso histórico[20].

Sin embargo, hoy, que aparentamos vivir en un presente eterno, podríamos decir con Baumann en que la tendencia a olvidar y la vertiginosa velocidad del olvido son, para desventura nuestra, marcas aparentemente indelebles de la cultura moderna líquida.

Resulta "insustancial" todo análisis del conjunto normativo pasado -y esto más allá del instituto que nos compete- bajo la lente actual, es decir, sin contexto de donde situar los hechos y las ideas predominantes.

El **Código Civil** aborda la noción de Obligaciones en el Libro II, "Derechos personales en las relaciones civiles", con la premisa del autor en separar el tratamiento de estas en general, respecto del análisis de las fuentes, esto es, los derechos reales y los contratos.

Una particularidad es que el autor no define el instituto.

Art. 495. Las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer.

El **Código Civil y Comercial** estructura las obligaciones siguiendo a Vélez, pero de la siguiente forma; I.-Disposiciones generales II.-Acciones y garantía común de los acreedores III.-Clases de obligaciones IV.-Pago y V.-Otros modos de extinción.

A diferencia del Código Civil, el nuevo corpus si se refiere a la obligación.

Art. 724.- Definición. La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés.

De todas formas, observamos que, en ambos casos, se siguen los lineamientos determinados por Justiniano, con la diferencia de lo respectivo a derechos reales, contratos y transmisión de derechos por causa de muerte, que como sabemos en ambos códigos son tratados en libros separados.

Con relación al fondo, es decir, al contenido propio de las obligaciones, coincidimos con Costa en que, junto con los contratos y derechos reales, es la institución actual que más se asemeja a los orígenes de la «*lex romana*», ya que, en esencia, todo lo que hoy reconocemos en nuestro derecho sobre Obligaciones, ha ido en el mismo sentido que las «Institutas».

Tal vez la diferencia más radical la encontremos en los orígenes respecto de los efectos; en el Derecho Romano, señalamos, se propugnaba castigo físico al deudor de la obligación requerida, asimilando un incumplimiento contractual con la comisión de un delito. Práctica que como vimos, luego fue abandonada.

20. LEVAGGI, Abelardo "Cómo el Derecho Romano llegó a ser fuente del derecho argentino" UBA, Buenos aires 2014 www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/como-el-derecho-romano-llego-a-ser-fuente-del-derecho-argentino/+5160 (Ultima consulta realizada el 15 de octubre de 2020).

Por lo demás, las obligaciones han quedado prácticamente idénticas, ya que ambos códigos y la doctrina actual receptaron la Teoría Bipolar (o del vínculo jurídico complejo) entre el «*creditor*» y «*debitor*», que establece el deber de realizar una prestación y la facultad dereclamar judicialmente si no se cumple, y cuyo origen sin dudas la encontramos en las «*Institutas*».

Por último, y a modo de conclusión, nos gustaría reflexionar acerca del alcance y sentido de la noción de obligación.

Como vimos, esta ha sido el resultado de una construcción histórica, de una necesidad -frentea la incipiente complejidad que conllevan las relaciones sociales- de buscar la protección de la persona; ya sea respecto de su patrimonio como de sus derechos personalísimos.

Pero volvamos al comienzo; ¿qué es entonces una obligación?, podemos decir que es un conjunto de valores proyectados en una conducta tipificada en la norma; es la conducta de dar, de hacer o no hacer; es el deber de prevenir, reparar o no agravar un daño.

Por ende, si estamos frente a un "compromiso", no podemos olvidar las palabras de Ulpiano: "vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo" «Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere» para hacer de la equidad no sólo un valor de justicia, sino un deber, o lo que es lo mismo decir, una obligación de vida.

A atualidade do aforismo de que nas proposiçoes ambíguas deve-se atender ao sentido que lhe quis emprestar aquele que as pronunciou - aplicação aos contratos mercantis no direito brasileiro

João Luis Nogueira Matias[1]

1. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará/ Professor Titular do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7/Ceará/ Juiz Federal.

Considerações iniciais

Pretende-se explorar a atualidade do aforismo encontrado na obra de Marcianus, citado no Digesto (Regra 96), que dispõe sobre a interpretação "in ambiguis".

O aforismo dispõe que "In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda (est) ejus, que eas protulisset", ou seja, "Nas proposições ambíguas deve-se atender principalmente ao sentido que lhe emprestou aquele que as pronunciou".

O foco do artigo é centrado nos contratos empresariais. Destaca-se a intenção das partes na interpretação de termos ambíguos.

Trata-se de máxima de interpretação de grande interesse e aplicação, já prevista no Código Comercial Brasileiro de 1850 e no Código Civil de 1916 e de 2002. A sua previsão mais ampla foi reinserida na ordem jurídica Brasileira pela Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, com a devida adaptação ao contexto contemporâneo, que alterou o Código Civil de 2002.

Como se percebe, a rega que se extrai do aforismo ainda repercute intensamente na seara jurídica brasileira, espraiando-se por mais de uma regra, o que atesta a sua atualidade e importância.

De início, aborda-se a importância e atualidade dos brocados jurídicos. Em seguida, discute-se a regulação do mercado e a sua necessária previsibilidade, como pressuposto para a compreensão das regras de interpretação contratuais. Na sequência, aborda-se a marcha das regras de interpretação dos negócios comerciais no direito brasileiro, desde as regras de Pothier até a Lei da Liberdade Econômica. Ao final serão apresentadas as conclusões.

A importância e atualidade dos brocados

Também conhecidos como adágios, parêmias ou provérbios jurídicos, os brocados podem ser considerados expressões concisas que expressam verdades básicas, consolidadas ao longo do tempo.[2] A doutrina destaca que, muitas vezes, expressam princípios gerais de direito,[3] auxiliando na compreensão de soluções para questões jurídicas complexas de ocorrência comum.

A origem dos brocados, como modernamente consagrados, reside no Título 17, do Livro 50, do Digesto, em que são previstas as "regras de direito", embora se possa indicar que outras compilações existiam, como a de Ulpiano.[4]

Ao longo da Idade Média diversas compilações de máximas jurídicas foram elaboradas,[5] com o intuito de simplificar a compreensão do direito. Com o florescer do jusnaturalismo, a utilização dos brocados ganhou novo impulso, na esteira da valorização de

2. FRANÇA. Rubens Limongi. *Brocados Jurídicos: as regras de Justiniano*, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1934.

3. GRESSAYE, Jean Brethe de la e LABORDE-LACOSTE, Marcel, *Introduction générale a l'étude du droit*, Paris, Recuiel Sirey, 1947.

4. SCHIACIA, Gaetano, *Regras de Ulpiano*, Edição bilíngue português/latim, São Paulo, Edipro, 2002.

5. LOMONACO, Giovanni, *Istituzioni di diritto civille* italiano, Napoli, Nicola Jovene and C Editore, 1894.

princípios de direito natural. O seu prestígio ficou manifesto com a Lei de 18 de Agosto de 1769, Lei da Boa Razão, que subordina em Portugal a aplicação do direito romano expresso nas ordenações à boa razão, acolhendo a compreensão de que os brocados são repositórios do melhor direito. Contemporaneamente, os brocados já não têm o mesmo prestígio.

Contudo, apesar da redução do seu uso efetivo, a importância e atualidade das máximas ou brocados jurídicos[6] não podem ser negadas.[7]

Muitos dos adágios são incorporados por normas legislativas, potencializando a sua aplicação, em processo de constante atualização do seu conteúdo. Não raro, mais de um dispositivo legal sofre a influência dos brocados, como ocorre com o aforismo "In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda (est) ejus, que eas protulisset", ou seja, "Nas proposições ambíguas deve-se atender principalmente ao sentido que lhe emprestou aquele que as pronunciou", que procura preservar o conteúdo da vontade emitida.

O exercício da atividade econômica e a necessária previsibilidade

O Mercado, entendido como ambiente institucional,[8] como a regulação jurídica das atividades econômicas, ou seja, como as "regras do jogo", pressupõe uma opção política.[9] Possível é regulação que contemple a maior atuação dos particulares, a exemplo da resultante do ideário liberal-burguês, que na concepção de Cabral de Moncada se configurava como verdadeiro dirigismo estatal negativo.[10] Assim como também possível é procurar direcionar o exercício da atividade econômica pelos particulares, como ocorre nas concepções ideológicas que reservam ao Estado maior intervenção.[11]

Seja qual for a regulação eleita, o que se espera é previsibilidade. As regras devem garantir previsibilidade e a possibilidade de cálculo das decisões econômicas a serem adotadas, a partir de uma racionalidade jurídica.[12]

Essa racionalidade se expressa por meio da utilização de conceitos abstratos, gerais, que podem ser sistematizados. Por meio deles, permite-se a redução da motivação para a tomada de decisão a princípios, os quais compõem um sistema logicamente organizado.[13]

Como se vê, a necessária previsibilidade da ordem jurídica depende da constituição de um sistema jurídico que enseje o cálculo do resultado das atividades econômicas. A

6. CALDAS Aulete, *Dicionário contemporâneo de língua portuguesa*, 3ª edição, Lisboa, 1948.

7. FRANÇA. Rubens Limongi, Ob. citada.

8. DOUGLASS Noth, *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*, tradução Alexandre Morales, São Paulo, Três Estrelas, 2018.

9. IRTI, Natalino, *L'Ordine giuridico del mercato*, terza edizione, Milano, Laterza, 2004.

10. CABRAL DE MONCADA, Luis, *Direito Econômico*, 7ª edição, Lisboa, Almedina, 2018.

11. FERRARESE. Maria Rosaria, *Diritto e mercato*, Torino, Giappichelli, 1992

12. WEBER, Max, *Law in economics and society*, Tradução inglesa de Edward Shils, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

13. FORGIONI, Paula A, "Interpretação dos negócios empresariais", em FERNANDES, Wanderley (Coord.), *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2012 - (Série GVLaw), págs. 94-173.

compreensão exata dos princípios e regras é vetor central da previsibilidade, sendo as regras de interpretação definidoras da sua exatidão.[14]

A definição de padrões de interpretação viabiliza a compreensão de que a celebração de uma relação contratual constitui-se em alteração vantajosa em comparação com a situação atual, o que motiva a contratação pelos operadores econômicos.

Por sua vez, a clareza que resulta de padrões interpretativos bem definidos induz à convicção de que a relação contratual operará determinados efeitos, efeitos que decorrem de sua função econômica.

É neste contexto que os brocados romanos assumem importância, como resultado da longa experiência de aplicação, consistindo em consistentes parâmetros de interpretação.

Passa-se a analisar a evolução das regras de interpretação dos contratos empresariais no direito brasileiro.

A marcha das regras de interpretação dos contratos empresariais no direito brasileiro

Antes da positivação em normas legais, a doutrina assumiu enorme importância na definição de padrões interpretativos, os quais foram incorporados pela legislação posteriormente.

De início, foi a sistematização de regras editadas por Joseph-Robert Pothier, em 1761, que constituiu o modelo interpretativo aplicado no direito brasileiro,[15] sendo certo que é inegável a forte influência do direito romano na sua elaboração.[16]

Entre as regras, merecem destaque a 1ª à 8ª e a 12ª, como se verá.

Na 1ª Regra, que dispõe que "nas convenções mais se deve indagar qual a intenção das partes do que o sentido literal das palavras", privilegiando-se a intenção comum das partes, mais do que o mero sentido literal das palavras.

Na 2ª Regra, estipula-se que "quando uma cláusula tiver dois sentidos, deve-se entendê-la naquele que tem efeito, não naquele que não opera efeitos", objetivando garantir a eficácia do pacto e o objetivo a que as partes procuravam alcançar.

Ainda na mesma perspectiva, a 8ª Regra dispõe que por mais genéricos que sejam os termos de uma convenção, ela somente compreende as coisas que os contratantes se propuseram a regular.

Na 3ª Regra, em linha aproximada à regra anterior, define-se que "quando as cláusulas tiverem dois sentidos, deve-se entendê-las no sentido que mais convém à natureza do contrato", com a finalidade de assegurar que o pacto atenda à sua função econômica.

E todas essas regras, privilegia-se o conteúdo contratual, que não pode se ater ao texto literal. Os limites da linguagem são muito bem explorados pela doutrina,[17] nem sempre

14. FORGIONI, Paula A. Ob. Citada.

15. FORGIONI, Paula A, "Interpretação dos negócios empresariais", em FERNANDES, Wanderley (Coord.), *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2012 - (Série GVLaw), págs. 94-173.

16. CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

17. CHIASSONI, Pierluigi, *Técnica da interpretação jurídica – Breviário para juristas*, tradução de Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vítor de Paula Ramos, São Paulo, Thomson Reuters, 2020.

o texto literal expressa com exatidão o conteúdo que se pretende veicular, evidenciando a importância da atividade de interpretação.[18]

Na 4ª Regra, valoriza-se, na tradição das fontes do direito comercial, o uso, dispondo-se que "o que é ambíguo em um contrato interpreta-se conforme o uso do país".

Na mesma linha da regra anterior, na 5ª Regra, estipula-se que os usos se subentendem aplicáveis mesmo que não explícitos.

Na 6ª Regra, estipula-se que uma cláusula deve ser interpretada em conjunto com as demais, sejam precedentes ou subsequentes. Objetiva-se garantir a organicidade do pacto, a partir de uma interpretação que resulte do conjunto das cláusulas.

A 12ª Regra também tem a finalidade de evitar interpretações parciais, não consistentes com o conjunto mais amplo dispondo que o que está no fim de uma frase, ordinariamente, se refere a toda à frase e não somente aquilo que a precede imediatamente; desde que em sintonia em número e grau com a frase inteira.

Por fim, a 7º Regra dispõe que a cláusula dúbia deve interpretar-se contra aquele que a estipulou, a favor do que contraiu a obrigação, criando regra se distribuição dos riscos da má regulação que favorecem o tráfego mercantil.

Com o advento do Código Comercial de 1850, se deu a positivação legislativa de regras de interpretação. Foi preservada a influência do direito romano, por intermédio das regras de Pothier.

No artigo 131, o Código Comercial estipulava regras de interpretação. Embora mais restritas que os padrões interpretativos de Pothier, não há duvida da clara intenção de fazer prevalecer a vontade das partes e a função econômica do contrato.

Dispõe-se que a inteligência do conteúdo, conforme à boa fé, ao espírito e natureza do contrato, deve prevalecer em relação à rigorosa significação das palavras, relativizando a mera interpretação literal.

O conteúdo da manifestação de vontade deve ser preservado, a partir da prevalência da vontade das partes, com a superação das dúvidas que decorrem das cláusulas obscuras, que devem ser entendidas pelas que não o forem, com o destaque para a importância das regras antecedentes e subsequentes que, em harmonia, explicarão as ambíguas.

Com o objetivo de melhor definir o conteúdo das disposições de vontade, em caso de dúvida, o comportamento dos contratantes posterior à manifestação, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que tiveram no ato da celebração da avença.

Busca-se, desta forma, a vontade das partes, de maneira objetiva, a partir da natureza do contrato ou do seu espírito, indicando até o comportamento posterior à avença como parâmetro de aferição.

Já no Código Civil de 1916, houve considerável redução da previsão legislativa de padrões de interpretação. Embora elaborado em contexto de separação das obrigações civis e comerciais, a regra interpretativa era útil como balizamento para a interpretação das manifestações de vontade de uma forma geral, principalmente porque se restringia a preservar o conteúdo contratual almejado pelos contratantes.

Previa-se, no artigo 85, que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua inten-

18. GUASTINI, Ricardo, *Interpretar e argumentar* - 1ª reimpressão, Tradução de Adrian Sgarbi; Frederico Menezes Breyner e Fernando Daniel de Moura Fonseca, Belo Horizonte, Editora D'Placido, 2019.

ção do que ao sentido literal da linguagem. O objetivo é preservar a substância do pacto, mais do que a sua mera expressão literal.

Mantêm-se, desta forma, a perspectiva de preservação da intenção das partes na fixação do conteúdo das relações privadas, sempre considerando que a celebração dos pactos advém da vontade das partes que objetivam melhorar a sua condição, a partir dos efeitos econômicos e jurídicos decorrentes de sua manifestação de vontade.

Já no Código Civil de 2002, que promove a unificação das obrigações no direito brasileiro, duas regras são dispostas sobre a interpretação das declarações de vontade. Segue-se na linha de redução da fixação legislativa dos padrões de interpretação, ainda em número inferior ao previsto no Código Comercial de 1850.

O artigo 112 dispõe que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Trata-se de renovação do padrão interpretativo já fixado pelas regras 1ª a 3ª e 8ª, do elenco sistematizado por Pothier e nos artigos 131, do Código Comercial e 85, do Código Civil de 1916.

Já no artigo 113, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua declaração. Valoriza-se a boa fé e os usos do lugar de sua declaração, seguindo a tradição das fontes do direito comercial.

A boa fé, inclusive objetiva, passou a ter maior destaque a partir do Código Civil de 2002, o que impõe parâmetros de atuação aos particulares, antes, durante e depois das relações firmadas.[19]

Objetiva-se, em ambos os casos, privilegiar a vontade das partes na definição do conteúdo da manifestação de vontades.[20]

A par dos parâmetros de interpretação antes referidos, decorre do Código Civil de 2002 o principio da função social do contrato, expressamente previsto no artigo 421. Corolário do princípio da função social da propriedade, a função social do contrato implica em que, por meio da avença, não se possa prejudicar terceiros e à própria coletividade.[21]

Em certos contextos, não é absurda a compreensão de que faculta-se ao aplicador do direito a definição do conteúdo da manifestação de vontade, por meio da aplicação do princípio da função social, o que tem ensejado grandes polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais,[22] sobretudo pela insegurança jurídica que acarreta.[23]

Neste contexto e objetivando assegurar maior previsibilidade, foram propostos novos padrões de interpretação na Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, que acresce ao artigo 113, os parágrafos primeiro e segundo.

No parágrafo primeiro, antigos padrões interpretativos são resgatados. Estipula-se que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; que corresponder aos

19. AGUIAR JR. Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Aide, 2004.

20. ALPA, Guido, *La completezza del contrato, Il ruolo della buona fede e dell'equit*à, in La riforma dei Codici in Europa e Il progetto di Codici Civile Europeo, Milano, Giuffrè, 2002.

21. LOPEZ, Tereza Ancona, "Princípios contratuais", em FERNANDES, Wanderley (Coord.), *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2012 - (Série GVLaw), págs. 20-92.

22. WALD, Arnold, *A dupla função econômica e social do contrato*, RTDC, páginas 05 a 33, v.17, jan/mar. 2004.

23. LOPEZ, Tereza Ancona. Ob. Citada.

usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; que corresponder à boa-fé; que for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável e que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

As diversas regras interpretativas conduzem ao mesmo objetivo, preservar a manifestação de vontade emitida.

No parágrafo 2º, é estipulado que as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

A mim parece que a liberdade assegurada nas manifestações de vontade resgata a importância dos brocados jurídicos como forma de embasar a interpretação dos conteúdos normativos e possibilita maior segurança jurídica.

Conclusão

A necessária previsibilidade da ordem jurídica depende da constituição de um sistema jurídico que enseje o cálculo do resultado das atividades econômicas.

Impõe-se que as regras de interpretação dos contratos sejam claras e viabilizem que a vontade das partes prevaleça nas avenças.

É inegável a atualidade e importância do aforismo encontrado na obra de Marcianus, citado no Digesto (Regra 96), reproduzido na ordem jurídica brasileira em diversas normas ao longo dos tempos e, atualmente, no Código Civil Brasileiro, com a redação que lhe foi dada pela Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019.

Diante da maior liberdade assegurada nas manifestações de vontade pela Lei da Liberdade Econômica, que permite a fixação de padrões interpretativos diversos dos legalmente previstos, os brocados jurídicos assumem maior importância.

Referências bibliográficas

Rosado de Aguiar Jr., R. (2004). Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro : Aide.

Alpa, G. (2002). *La completezza del contrato : il ruolo della buona fede e dell'equità, in la riforma dei codici in europa e il progetto di codici civile europeo*. Milano : Giuffrè.

Cabral de Moncada, L. (2018). *Direito econômico*. 7ª ed. Lisboa : Almedina.

Caldas, A. (1948). *Dicionário contemporâneo de língua portuguesa*. 3ª ed. Lisboa.

Chiassoni, P. (2020). *Técnica da interpretação jurídica : breviário para juristas*. São Paulo : Thomson Reuters.

Cordeiro, M. (1997). *Da boa fé no direito civil*. Coimbra : Coimbra Editora.

Douglass, N. (2018). *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo : Três Estrelas.

França, R. L. (1934). *Brocados jurídicos: as regras de Justiniano*. 4ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

Ferrarese, M. R. (1992). *Diritto e mercato*. Torino : Giappichelli.

Forgioni, P. A. (2012). Interpretação dos negócios empresariais. **Em:** *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. pp.94-173.

Gressaye, J. B.; Laborde-Lacoste, M. (1947). *Introduction générale a l'étude du droit,* Paris : Recuiel Sirey.

Guastini, R. (2019). *Interpretar e argumentar* . Belo Horizonte : D'Placido.

Irti, N. (2004). *L'Ordine giuridico del mercato*. 3ª ed. Milano : Laterza.

Lomonaco, G. (1894). *Istituzioni di diritto civille italiano*. Napoli : Nicola Jovene and C Editore.

López, T. A. (2012). Princípios contratuais. **Em:** *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. pp.20-92.

Schiacia, G. (2002). *Regras de Ulpiano*. São Paulo : Edipro.

Wald, A. (2004). A dupla função econômica e social do contrato. **Em:** *RTDC*. páginas 17:5-33.

Weber, M. (1954). *Law in economics and Society*. Cambridge : Harvard University Press.

Los aforismos latinos y algo más... Su importancia en la transmisión de conocimientos y en la redacción jurídica

Daniel Ernesto Novoa[1]

1. Abogado (UAI). Profesor Adjunto de: "Derechos Reales I", "Derechos Reales II", "Teoría General de las Obligaciones" y "Derecho de Daños" (UAI). Ex Profesor Adjunto de: "Derecho Romano" (UCA La Plata). Especialista en Derecho Administrativo: Contrataciones con el Estado (Administración Pública). Gerente Área Comercial Institucional, Legal y Técnica. Gestión Comercial Pública y Privada. Gestión legal y técnica. Licitaciones, seguimientos de contratos. Reclamos, Descargos, Recursos, Contencioso Administrativo en DASSAULT S. A. Asesor de Empresas en Contrataciones con la Administración Pública. Coautor *del Tratado de Derecho Civil y Comercial-Derechos Reales, Tomo 1,* 1ra. Edición, GHERSI-WEINGARTEN-LOVECE (Directores), ETHEL HUMPHREYS (Coordinadora), Rosario-Santa Fe, Argentina, Nova Tesis, 2021.

Introducción

Cuando sondeamos y nos adentramos en profundidad en el conocimiento historiográfico de la Civilización Romana, su comportamiento social y político, su cultura, su religión y, por supuesto, la evolución del Derecho Romano al cual le dieron vida, nos damos cuenta de la relatividad temporal que existe y es notoria entre los tiempos de Roma y la actualidad.

Más de dos mil setecientos años transcurridos, considerados desde la fundación de la ínclita ciudad, nada son si prestamos atención a nuestro comportamiento cotidiano, a nuestras diarias costumbres, a nuestra organización política y por supuesto al Derecho que nos ordena socialmente en todos y cada uno de sus aspectos.

Para quienes hemos abrazado esta ciencia jurídica que es el Derecho, el estudio, la investigación y la observación del fenómeno Romano, que es *sine dubio*, el origen y la base de nuestro *Directus*, va más allá de la Romanística, es en realidad una pasión.

Quienes hemos leído, al propio Cayo Julio Cesar, a Tito Livio o a Cayo Crispo Salustio, a Numa Fustel de Coulanges en su Ciudad Antigua y a doctrinarios como Alfredo Di Pietro y Ángel Enrique La Pieza Eli y Bernardo Nespral en sus manuales, y también a Guillermo Cabanellas en su Repertorio Jurídico, a Nelson Nicoliello en su Diccionario del Latín Jurídico y a Manuel Ossorio en su diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, entre otros más, ellos, de una u otra forma, nos han transportado a esos tiempos, sí, a los tiempos de Roma cuya cultura y Derecho se hace presente hoy con una vigencia inusitada, tanto en el Derecho Continental como en el Insular.

Cómo entonces no van a pervivir en el lenguaje de nuestra jurídica ciencia los aforismos latinos, cuando también se hacen presentes en la común y cotidiana manera de expresarnos.

Ello así, no podemos dejar de manifestar nuestro desagrado, cuando al uso de estos aforismos, se les dice latinadas, término que *fiat lux* nos resulta peyorativo.

Así las cosas, hemos de abocarnos en esta labor a demostrar también su utilización en la redacción jurídica, su conveniencia y su omisión según el caso.

Habida cuenta de lo manifestado, sólo nos resta Poner Picas en Flandes.

Consideración preliminar

Acertada es la temática y el propósito de este Congreso al cual asistimos, al proponer la pervivencia de los aforismos latinos.

Hoy en día, el latín está considerado una lengua muerta o extinta; esta categorización para la lingüística se desprende del hecho de que ya no es utilizada, es decir que no hay individuos que la hablen por no resultarles de maternal herencia.

Estas letras opinan que no es así, dado que los idiomas de gran parte de las comunidades europeas provienen del latín y hasta en su más corriente vocabulario siguen utilizándose términos y frases latinas. Mucho más ocurre en las distintas ciencias. Vemos respaldada nuestra opinión cuando Nelson Nicoliello expresa que a pesar de lo que

se dice, <<el latín no es una lengua muerta, como tampoco es el Derecho Romano un Derecho extinto.>>[2]

En esta dirección, resulta más que dable destacar la opinión de la Dra. Marilina Miceli, que sobre esto se ha expedido afirmando la pervivencia del Derecho Romano que <<en *stricto sensu* es un fenómeno histórico estático, que tiene una relación de causa efecto. Ahora bien, en *lato sensu,* y como objeto cultural se expande y se proyecta a todos los pueblos en donde Roma tuvo influencia por readaptación hasta nuestros días.>>[3]

Además, litúrgicamente, el latín es el idioma oficial de la Santa Sede.

Habemus Papam anuncia el Cardenal Protodiácono informando a la multitud congregada y al mundo que un nuevo Papa ha sido elegido y su nombre es dicho en latín, no así su apellido.

Tras el descubrimiento de América, su conquista, su evangelización, los pueblos americanos, más allá de su propio acervo cultural, han resultado también herederos idiomáticos del latín.

Hasta no hace mucho tiempo atrás, en nuestra educación secundaria se enseñaba el latín entre otros idiomas como el francés, el inglés y el italiano.

En determinadas ciencias sociales como la filosofía, la literatura y por supuesto la que nosotros hemos abrazado, el Derecho, el latín, *ob oculos ponere,* se hace presente de manera notoria. Pervive sobremanera.

Al respecto, no podemos dejar de destacar que uno de los códigos más elevados a nivel global, en nuestra opinión, ha recurrido a los Aforismos, locuciones y Principios en latín en las notas al pie de la gran mayoría de sus artículos para fundamentarlos, y estamos hablando del Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, hoy derogado, el cual sigue siendo fuente de inspiración, consulta y comparación para los Abogados, tanto doctrinariamente como en el ejercicio profesional y para los jueces en sus sentencias. *Verbigratia,* De las personas jurídicas, Art. 50, Art. 919 y 921, Art. 1.137, Art. 2.312, De la posesión y de la tradición para adquirirla, Art. 2.503, Art. 3.283, etc.[4]

Ahora bien, Aforismo significa <<Sentencia breve y doctrinal>>[5], también un aforismo es, según nos dice la RAE, <<una sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte. Del latín *aphorismus*, y este del griego *φορισμ* (definir), un aforismo es una declaración breve que pretende expresar un principio de una manera concisa, coherente y en apariencia cerrada.>>[6]

Cobra superlativa importancia lo que expone Manuel Ossorio cuando dice que el Aforismo es una <<Sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte y que tiende a concretar los justos términos de una verdad, sentencia, axioma o máxima instructiva. Tanto en la ciencia como en la práctica del Derecho, los *aforismos* presentan importancia desde el tiempo de los romanos, por cuanto contienen la doctrina

2. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg. XIX.

3. Ver MICELI, MARILINA, *Conferencia Derechos del Consumidor y Contratación Bancaria desde la actualidad hasta su génesis en Roma*, https://www.youtube.com/watch?v=gYW-ZB2IFY. In primis.

4. Ver VELES SARSFIELD, DALMACIO, *Código Civil de la Nación Argentina*, 14ª ed., Buenos Aires, Ediciones del País, 2005, pgs. 19, 24, 142, 170, 291,296, 314, 405.

5. Ver GARCÍA-PELAYO Y GROSS, RAMÓN, *Pequeño Larousse Ilustrado*, España-Argentina-México, 1992, pg. 29.

6. Ver https://www.estandarte.com/noticias/varios/qu-es-un-aforismo-definicin-y-ejemplos-de-aforismos_77.html

fundamental de su Derecho. Por representar principios generales de éste, todavía en la actualidad son de constante invocación en los tribunales.>>[7]

Siendo más que contestes con lo expresado por Ossorio, en nuestra opinión, no podemos soslayar dentro de esta temática los Principios Generales del Derecho, Sentencias o Máximas Jurisprudentes, expresiones relevantes y voces toda vez que exponen *fiat lux* la Pervivencia que nos ocupa.

No significa lo expresado, caer en el abuso de la utilización de los aforismos o expresiones latinas en la redacción jurídica tal como lo veremos más adelante.

El punto es embellecer o engalanar el lenguaje jurídico rompiendo su aridez y monotonía.[8]

En la transmisión de conocimientos

En cuanto a esto, nos referimos precisamente a la docencia, tarea por demás delicada y comprometida que requiere una vocación particular provista, además, por la pasión de transmitir conocimientos, de enseñar, sin perder de vista dos aspectos por demás relevantes; uno, preguntarnos qué tipo de profesionales queremos formar y otro tener claro que, además, también estamos formando personas.

Resulta dable destacar que el abogado debe estar formado adecuadamente en su saber profesional y además debe poseer un bagaje de vasto conocimiento englobado en la cultura general. Es por ello que el docente al transmitir tales saberes y conocimientos no puede obviar los orígenes de ellos los cuales se ven reflejados en los Aforismos Latinos, lo que hará que el educando logre una mejor comprensión e interpretación de lo que se le pretende enseñar.

Como ya dijimos *ut supra,* estos aforismos revelan Principios Generales del Derecho, Sentencias o Máximas Jurisprudentes y expresiones relevantes que no pueden dejar de señalarse al momento de dictar las materias que hacen a la Ciencia Jurídica.

En Derecho Romano aparecen por la propia naturaleza de la materia. En Introducción al Derecho también se hacen presentes y mucho más en las materias troncales de la carrera.

Resultaría *in extenso* mencionar todos y cada uno de ellos por cuanto expondremos más adelante los que nos resultan más destacables relativos al Derecho Civil en general, las Obligaciones y los Daños, los Contratos, los Derechos Reales, las Sucesiones, el Derecho Procesal Civil y Comercial, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo.

7. Ver OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 30ª ed. Buenos Aires, Heliasta, 2004, pg. 69.

8. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pg. 9.

En la redacción jurídica

En general

Insistiendo en que no debe caerse en el abuso, la utilización de los vocablos latinos hace notar un interés particular en lo que se quiere transmitir. Los aforismos, principios, locuciones y voces, si bien entre paréntesis pueden ser traducidos, en los casos en los que no se hiciere, llaman seguramente a la investigación del lector lo que, sin lugar a duda, fijara con más profundidad aquello que se quiere destacar.

En los escritos judiciales

En este caso son propios en dos aspectos importantes: por un lado, posicionan al profesional evidenciando sus conocimientos y capacidades que siempre son bienvenidas al momento de convencer a través de la palabra escrita. En la actualidad se le resta tanta importancia a esto que podemos observar escritos que son lamentables, sin ánimo de ofender. Por otro lado, el vocabulario jurídico de marras es de gran utilidad, al momento de destacar, resaltar o evidenciar las cuestiones de mayor relevancia que el abogado manifiesta en sus escritos, inclusive los conectores, vg. *Ob oculos ponere* (a ojos vista, poner ante los ojos, a conocimiento), *fiat lux* (a todas luces), *sine dubio* (sin duda), *ergo* (luego), etc.

Si bien la tendencia actual menosprecia estos usos, se denota en ello indudablemente el hecho de nivelar hacia abajo.

Nuestro proceso que básicamente es escrito no puede alejarse de una eminente redacción y aún en aquellos procesos en donde la oralidad es su modo, tampoco.

Convengamos que la actuación profesional debe ser calificada e impoluta, es una obligación de medios que debe ser respetada al máximo, sin escatimar esfuerzos, recurriendo, y es válida la redundancia, a todos los medios necesarios que estén a su alcance para lograr su objetivo en pos de obtener los mejores resultados para su patrocinado.

En los escritos administrativos

Contrariamente a lo que ocurre con los escritos judiciales, que sabemos que quien los lee supuestamente es idóneo en las artes jurídicas, no es así en todo el ámbito la Administración Pública.

En este caso, y todo va a depender del tipo de escrito que vayamos a presentar y según la cuestión que se trate, deberemos considerar con precisión el vocabulario que hemos de emplear y por supuesto el esquema del escrito o nota. Estos pueden ser solicitudes o pedidos, descargos, recursos, cumplimiento de requerimientos, impugnaciones, interpelaciones, observaciones.

Podremos ajustarnos por un lado al Principio de Informalidad que contempla la Administración Pública respecto a las presentaciones o reclamos de sus Administrados o darle una estructura jurídica.

Debemos diferenciar estas alternativas teniendo en cuenta si se presentan escritos o

notas ante dependencias meramente administrativas o ante áreas legal y técnica o las procuraciones. Estas últimas cuentan con abogados los que se supone deberían manejar con avidez el vocabulario jurídico puesto que son los encargados de redactar y emitir dictámenes, disposiciones y resoluciones donde algunas voces latinas son muy usadas. No así las primeras donde al funcionario de línea hay que llegarle de manera clara y sencilla para que interprete correctamente lo que pretendemos transmitir y de curso al trámite.

Hay aforismos, principios y locuciones latinas de uso muy común en el Derecho Administrativo sobre todo en lo referente a las contrataciones con el Estado. Por supuesto se manifiestan también en la doctrina que de él se ocupa.

Ob oculos ponere, cuando nos referimos al proceso licitatorio en su camino completo decimos *iter licitatorio;* al momento de observar o impugnar una oferta planteamos su rechazo *in limine,* inmediato, que hasta puede plantearse *in voce* en el momento del acto de apertura de una licitación; ante el retardo o incumplimiento de pago del Estado que provoca la ruptura de la ecuación económico financiera del contrato, es decir cuando se produce su desequilibrio, se plantea la *Exceptio non adimpleti contractus,* la excepción de cumplimiento del contrato[9]; o bien cuando la Administración rechaza un recurso en el que el Administrado manifiesta algún desconocimiento como justificación y le dice que *nemo turpitudem suam allegans*[10], le está diciendo que nadie puede alegar su propia torpeza. Y si el Administrado reclama una imposición incorrecta la Administración le dice *Solvet et repete*, pague y después reclame la devolución[11], por cuanto *in dubio pro fiscus*[12], por oposición a la regla.

Honrando la brevedad hemos prestado sólo algunos ejemplos.

Una miscelánea de voces

En torno a estas voces latinas, llámense Aforismos, Principios o locuciones, no podemos separar algunas cuestiones al momento de expresarlas.

Cuando hablamos de las costumbres de los antepasados como normativa primigenia del Derecho Arcaico, no podemos expresarla de otra manera que como las *Mores Maiorum,* es decir, modos de vivir[13], entendiéndolas también como normas morales y fuente del Derecho.

No concebimos que los contratos deben ser cumplidos sin plantearlo como lo sentenció Ulpiano, *Pacta sunt servanda*[14], por supuesto *si Rebus sic stantibus,* si no varían la circunstancias, siendo esta última expresión muy usada también en Derecho Internacio-

9. Ver DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, 11ª ed., Buenos Aires-Madrid-México, Ciudad Argentina 2006, pg. 552.

10. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pg. 169.

11. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg. 268.

12. Ver OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 30ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2004, pg. 475.

13. Ver, DIPIETRO, ALFREDO, LAPIEZA ELLI, ÁNGEL E., *Manual de Derecho Romano*, 5ª Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot 2010, pg.67.

14. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg.226.

nal Público en lo que hace a las relaciones diplomáticas.[15]

¿Y frente a los Derechos Reales? No podemos alejarnos de sus voces latinas.

Cuando planteamos alguno de sus caracteres, por lo general, no expresamos primero derecho de persecución o derecho de preferencia, sino que nos referimos a ello como *ius persecuendi* y *ius preferendi*, y este último va de la mano con el *prior in tempore potior in iure*, primero en el tiempo mejor en el derecho[16].

Sobre el límite de los Derechos Reales que sólo son los que indica la norma de orden público, no decimos número cerrado o limitado, decimos *Numerus clausus*.

En la adquisición, la prescripción adquisitiva no es otra que la *Usucapión* y para la teoría del título y modo la tradición es la *Traditio* con su *tradens* y su *acipiens*. En cuanto a su clasificación sobre si se constituyen sobre cosa propia decimos *in rem suam* y sobre cosa ajena *iura in re aliena*[17].

Respecto al contenido de estos Derechos que jerarquiza la disposición material y jurídica que existe sobre ellos, los mencionamos como *ius Abutendi, ius Utendi y ius Fruendi*, el primero acarrea la disposición más amplia material y jurídica, usar, gozar y disponer de la cosa (*abusus*), el segundo se limita sólo al uso de la cosa (*usus*) y el tercero a percibir los frutos (*fructus*)[18].

Tan importantes son los Derechos Reales que no podemos soslayar el hecho que no deben ser turbados, lo que implica una obligación pasiva universal, así es que son oponibles *erga omnes*, contra todos[19].

Roma, a diferencia de otros pueblos, le dio una importancia preponderante a la posesión, teniendo en cuenta para ella algunas formas como la *bonae fidei o malae fidei*, la *iusta causa y el carácter de vitiosa vel non* y *super tempus*, buena o mala fe, justa causa, viciosa o no y tiempo. Nuestro ordenamiento también redunda en esa importancia. Finalmente, en cuanto a este tópico es imprescindible culminarlo con los elementos propios de la Posesión, el *Corpus* y el *Animus Domine* o *Animus Possidendi* o simplemente *Animus* destacados en la Teoría de Savigny relativos al elemento físico objetivo que trata la disposición de la cosa y el elemento subjetivo que no es otro que sentirse dueño de la cosa.

Hay en el Derecho, en distintos institutos, presunciones, unas que no admiten prueba en contrario y otras que si admiten prueba en contrario; las conocemos como *iuris et de iure* e *iuris tantum*[20].

En cuanto a lo Penal y teniendo en cuenta la tipicidad que deben observar sus normas sucede que *nullum crimen nula poena sine lege*[21], no hay crimen ni pena sin ley que los establezca, conlleva esto el Principio de Legalidad, y luego, ante la duda, sí, *in dubio pro reo*, donde ante la duda la Ley debe interpretarse a favor del acusado.

15. Ver, Ibídem, pg. 252.

16. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed., Buenos Aires, Heliasta 2003, pg. 181.

17. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg.152.

18. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pgs.155, 157 y 161.

19. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pg. 296.

20. Ver Ibídem, pg.304.

21. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg.213.

Procesalmente hablando, en primer lugar, debemos constituir el domicilio *ad litem*[22], y antes de continuar no podemos apartarnos del concepto que vierte Hugo Alsina respecto al Juez cuando dice que <<Su misión no puede ser ni más augusta ni más delicada: a él le está confiada la protección del honor, la vida y los bienes de sus conciudadanos>>, exigiendo probidad y rectitud en su obrar y en su persona[23]; ello así, ahora sí podemos plantear sus facultades jurisdiccionales cuyos elementos son los siguientes: *Notio*, facultad de conocimiento, *Vocatio*, facultad de ordenar la comparecencia de las partes litigantes y/o terceros, *Coertio*, facultad de emplear medios coercitivos para que se cumplan sus mandatos, *Iudicium*, facultad y deber de resolver sentencias y *Executio*, facultad de hacer ejecutar sus propias resoluciones, de hacer cumplir aquellas que estén firmes y hacerlas efectivas[24].

Varios Principios nos ha dejado Ulpiano que viven y seguirán viviendo en aras del Derecho a los que recurrimos permanentemente:

Cuique suum tribuere, que propone a todas luces el objeto del Derecho, Dar a cada uno lo suyo[25].

De la *Iustitia* nos dejó que "justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo"[26].

Por derecho natural todos los hombres nacen libres, *iure naturali omnes liberi nascuntur*[27].

Si hablamos de Daño, evidenció el deber de no dañar a otro, *Alterum non laedere*[28].

Y algo a lo que todos debemos apegarnos, *Honeste vivere*, vivir honestamente, sí, por favor.

Existe un sin número de Aforismos Jurídicos latinos, Principios, locuciones y voces que resultaría *in extenso* volcar en esta miscelánea que ha querido ponerlos en evidencia donde para cerrarla lo hacemos con estos dos Aforismos latinos: *iura novit curia*, el tribunal conoce el Derecho[29], se supone que así debería ser y *Salus populi suprema lex esto*, que se desprende de la Ley de las XII Tablas, el bien del pueblo debe ser la ley suprema[30], que es el bienestar de la sociedad lo que plantea, el bien común, lo cual resulta ser una vocación y un deber generalmente soslayados por los gobiernos, sea cual fuere su color.

22. Ver OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 30ª ed. Buenos Aires, Heliasta, 2004, pg. 60.

23. Ver ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª Ed. Tomo II, Organización Judicial Jurisdicción y Competencia*, Buenos Aires, EDIAR, 1957, pg. 196.

24. Ver Ibídem, pg. 426.

25. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pg.210.

26. Ver, DIPIETRO, ALFREDO, LAPIEZA ELLI, ÁNGEL E., *Manual de Derecho Romano*, 5ª Ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pg.13

27. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pg. 24.

28. Ver Ibídem, pg. 141.

29. Ver Ibídem, pg.163.

30. Ver Ibídem, pgs. 12 y 192.

Del rol de las legiones romanas

SPQR, Senatus Populusque Romanus, El Senado y el Pueblo Romano[31]

No podemos dejar de destacar a quienes fueron el brazo ejecutor de la expansión Romana para que esa influencia se concretara. Sí, no estamos hablando de otra cosa que no sea de las legiones romanas, artífices de tal expansión.

La civilización romana a través de sus legiones, formadas en principio por el aporte de cada Gens, integrantes de la *Civitas,* y en nombre del *Populus*, no sólo logró su expansión territorial, política y económica, sino que trasladó su cultura y lo que es más, su orden social plasmado en un sistema de Derecho con sus Principios y Normas creado pragmáticamente para la convivencia de los individuos que permanece con vigencia inusitada; y hoy y por el resto de los tiempos nos regulará más allá de la dinámica que la evolución de la interacción del hombre y sus necesidades impone generando cambios en el Derecho.[32]

Los hombres que integraron esas legiones llevaron a todos los rincones del mundo conocido y por conocer, <<un sueño y una realidad que llevaban en sus corazones llamado Roma>>[33]. Su arenga: <<Firmes y dignos>>[34].

Obiter Dictum

Así las cosas y atento todo lo expuesto, no sólo consideramos, sino que afirmamos la pervivencia de los Aforismos Jurídicos Latinos y algo más...

Que su utilización es importante en la transmisión de conocimientos y en la redacción jurídica, evaluando también la conveniencia de ello.

Dijo el Dr. Haroldo R. Gavernet, <<el Derecho Romano persiste porque es un Derecho que tiene relación con el hombre...va directamente a la naturaleza propia de la humanidad...>>[35]

En sentido de las pervivencias de marras y nos referimos a ello en plural dado que podemos decir, disgregando el pensamiento, que los Aforismos Jurídicos Latinos, van de la mano con el Derecho Romano, es decir, son accesorios de él, por cuanto si este no perviviere, ellos tampoco; lo accesorio sigue la suerte de lo principal, *Accessorium sequitur principale*[36].

El latín no es una lengua muerta y el Derecho Romano, más allá que la Ciencia Jurídica es dinámica, producto de los cambios sociales, sigue ordenando nuestras conductas, por cuanto como *ut supra* hemos dicho, los Aforismos Jurídicos Latinos perviven.

31. Ver NICOLIELLO, NELSON, *Diccionario del Latín Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2004, pg.264.

32. DEL AUTOR.

33. Del film *Gladiador*-2000, in fine.

34. Ibídem, In primis.

35. Ver GAVERNET, HAROLDO R., https://www.youtube.com/watch?v=gYW-ZB2IFY. In fine.

36. Ver CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, 4ª ed. Buenos Aires, Heliasta 2003, pgs. 138, 179, 196.

Agradecimientos

A las Autoridades del XXII Congreso Internacional y XXV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano.

A la Universidad Abierta Interamericana.

Al Dr. Marcos Mauricio Córdoba, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

A la Dra. Marilina Andrea Miceli, Secretaria Técnica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

A la Dra. María Eugenia Bertizzolo, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

A la Dra. Ethel Humphreys, Profesora Titular de la cátedra de Derechos Reales I de la Universidad Abierta Interamericana, colega, mentora, impulsora.

Al Dr. Eugenio Rojas Molina, Profesor Asociado de la cátedra de Derechos Reales I y II de la Universidad Abierta Interamericana, maestro, colega, amigo.

Bibliografía

Alsina, H. (1957). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial : organización judicial jurisdicción y competencia*. tomo 2. 2ª ed. Buenos Aires, EDIAR, 1957.

Cabanellas, G. (2003). *Repertorio jurídico*. 4ª ed. Buenos Aires : Heliasta.

Argentina. (2005). *Código Civil de la Nación Argentina*. 14ª ed. Buenos Aires : Ediciones del País.

Di pietro, A.; Lapieza Elli, Á. E. (2010). *Manual de Derecho Romano*. 5ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Dromi, R. (2006). *Derecho administrativo*. 11ª ed. Buenos Aires : Ciudad Argentina.

Gavernet, H. R., https://www.youtube.com/watch?v=gYW-ZB2IFY 2021.

Miceli, M., *Conferencia Derechos del Consumidor y Contratación Bancaria desde la actualidad hasta su génesis en Roma*, https://www.youtube.com/watch?v=gYW-ZB2IFY, 2021.

Nicoliello, N. (2004). *Diccionario del latín jurídico*. Montevideo : BdeF.

Ossorio, M. (2004). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 30ª ed. Buenos Aires : Heliasta.

García-Pelayo; Gross, R. (1992). *Pequeño Larousse ilustrado*. 1992.

https://www.estandarte.com/noticias/varios/qu-es-un-aforismo-definicin-y-ejem-

plos-de-aforismos_77.html

Utilidad jurídica del aforismo: "hominum causa omne ius constitutum"

Elizabeth Perera Ruiz[1]

1. Maestra en Derecho y Docente de la Universidad Autónoma de México Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

La persona

El ser humano ha sido, a través de millones de años, constructor de su entorno social, material, adaptando cada elemento natural acorde a sus necesidades, de tal manera que las cosas que le rodean no tendrían valor óptimo para otro ser biológico, a no ser que se utilice para la propia supervivencia. Ahora bien, el ser humano ha perfeccionado su propia existencia y establecido reglas de convivencia por lo que es menester reconocerle no como el vértice del derecho, sino como una parte esencial, primigenia y que sin ella el derecho perecería. Es decir, el derecho es creación del hombre, es instrumento útil, necesario para sí.

Por lo anterior, el ser humano ha preponderado un orden en la vida social, estableciendo reglas de conducto indispensables para vivir en diversos grupos sociales y familia. Para ello ha creado a la persona como sujeto de derecho. La palabra persona, etimológicamente, significa *per-sonare*, sonar fuerte, resonar y en la antigua Roma fue utilizado para atribuirle a una máscara o careta, la cual cubría en su totalidad la cara de un actor en el momento de aquellas obras teatrales que se llevaban a cabo al aire libre, la finalidad de la máscara era dar una mayor amplitud a su voz ante el público. De lo anterior se desprende que la palabra persona se utilizó para expresar el papel que cada ser humano manifiesta dentro de un grupo social.

Ahora bien, los griegos entendían por hombre (*homo*) a esa unidad biológica psicofísica, lo cual significaba una mente racional contenida en un cuerpo, por ello la palabra hombre es vocablo comprensible tanto del varón como de la mujer.[2] Hombre en el principio de la modernidad es vocablo comprensivo tanto del varón como de la mujer los varones y las mujeres son iguales, por lo menos ante el derecho.[3] En épocas muy remotas y en tiempos aun no lejanos, frente a la norma jurídica la mujer era considerada persona sin embargo, sus derechos estaban limitados con relación a los del varón.

Asimismo, el vocablo persona denota al ser humano dotado de libertad, capaz de realizar una conducta encaminada a determinados fines.[4] La persona, para el derecho es el sujeto de derechos y obligaciones, construyendo así la técnica jurídica, el concepto jurídico fundamental (persona), es indispensable en toda relación de derecho, en el sentido de que todo hombre es persona. Sin embargo, es necesario entender que el derecho es construcción y objeto el estudio de la persona. El maestro Galindo Garfias en su obra menciona:

Los vocablos «persona» y «hombre» designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia: en tanto que con el sustantivo hombre propiamente se particulariza la especia en u individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz persona se quiere decir algo más, se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse así mismo fines y para decidir la dirección de su conducta, con vista a las relaciones de tales fine; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás de su propia conducta loable o vituperable desde el punto de

2. Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado Romano,* 3a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 79.

3. Idem.

4. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil,* 22ª ed, México, Porrúa, 2002, p.301.

vista moral y social. [5]

En el mismo sentido, el vocablo persona, en su aceptación común denota al ser humano, es decir, tiene una igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.[6] La persona es elemento fundamental no solo del Derecho sino de varias disciplinas, ciencias o actividades, el mundo material e inmaterial es creación del hombre, y éste, en su afán de perpetuar su propia especie ha elaborado un entorno acorde a sus necesidades de vida.

Pretender definir al hombre ha sido tarea difícil para diversos estudiosos, ejemplo de ello, Martin Buber pretende conceptualizar al hombre, aborda dos tipos de antropologías, la primera antropología individualista, la cual se ocupa solo de esa relación que existe de la persona consigo misma y referente a una antropología colectivista la cual no mira al hombre, sino, a la sociedad, estas al día de han sido superadas ya que ambas se encuentran unísono, desde el panorama de los derechos humanos.

Con base en lo anterior, el hecho fundamental de la existencia humana no es ni el individuo en cuanto tal, ni la colectividad en cuanto tal, sino que el hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre.[7] El hecho fundamental es lo que Buber llama: *"la esfera del ente"*. Es una esfera que se halla más allá de lo subjetivo y más acá de lo objetivo, es decir, una esfera común a dos seres pero que sobrepasa el campo propio de cada uno.

Desde la perspectiva filosófica el ser humano está dotado de alma, voluntad, inteligencia y racionalidad, ya lo decía Federico Nietzsche, el superhombre es el sentido de la tierra, diga vuestra voluntad: ¡Sea el superhombre el sentido de la tierra!.[8] El hombre tiene capacidad de superarse a sí mismo y tiene una metamorfosis evolutiva extraordinaria y es protagonista del mundo material.

En los párrafos anteriores ya se abordó que la persona humana no es un elemento creado por el derecho, no es una construcción del derecho, es una realidad biológica y social, aunque no haya sido entendido así en otras épocas históricas.[9] Históricamente, la persona se consideró desde la perspectiva de la doctrina positivista sujeto de derecho sometido a la rigidez de la norma jurídica.

Existen dos teorías tanto la positivista como la iusnaturalista. En el iuspositivismo la norma es quien determina la conducta de la persona y ésta a su vez queda coaccionada por su directriz. El iuspositivismo pretende el total control conductual de la persona de acuerdo con las directrices estatales, políticas y sociales y en su contexto rechaza la idea de la representación a través del Derecho Natural.

EL Derecho Natural según el jurisconsulto Ulpiano dice que: *"es el conjunto de leyes que la naturaleza a impuesto a todos los seres humanos en cuanto tales"*[10] y, el Emperador Justiniano: *"el derecho natural es el inspirado en la razón común de todos los*

5. Galindo Garcias, Ignacio, *op. cit.*, p. 302

6. Ibidem, p. 301.

7. Buber, Matín, *¿Qué es el hombre?,* 1ª ed, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, p.149.

8. Friedrich Nietzsche, *Así Habló Zaratustra*, EMU, México, 2012, P. 22.

9. Galindo Garfias, Ignacio, ob. Cit., p. 301.

10. Ulpiano, 1 Inst. D. 1. 1. 4.

hombres".[11] En la modernidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se contemplan diversos derechos humanos, en los cuales la razón natural es imperante.

En otro contexto, tanto el positivismo como el naturalismo hace décadas eran doctrinas paralelas, pragmáticamente opuestas en cuanto a su interpretación y aplicación del derecho. En la actualidad ello se ha transformado y ambas doctrinas se encuentran confluyendo y abasteciéndose una de la otra.

Aristóteles contemplaba al derecho natural como aquello que la recta razón demuestra ser conforme con la naturaleza del hombre y que se trata de un derecho inmutable que ni la voluntad humana y la divina podría cambiar.[12] El pensamiento del filósofo no estaba muy a distancia de la doctrina romanista, con la inclusión de un derecho de gentes.

Ahora bien, desde la perspectiva de la doctrina Naturalista en la actualidad los vocablos "persona humana" es común verlos plasmados en textos o bien nombrados por los operadores jurídicos, ya que en la última década se ha engendrado una transformación en la usanza del derecho. El Mtro. Galindo Garfias dio un matiz importante del valor que tiene la persona frente al Derecho y aludía que:

"En la actualidad la persona humana es un valor metajurídico, en el sentido de que es el fundamento de múltiples reglas de derecho, al punto que el derecho no puede negar su existencia, sin negarse así mismo, pero tampoco puede ni debe pretender definir a la persona, es decir como realidad biológica, psicológica y social, se encuentra más allá de lo jurídico."

Intrínsecamente, en diversas épocas se ha pretendido adecuar la norma jurídica a las realidades sociales, es decir, vemos en diversos ordenamientos jurídicos adiciones en artículos, artículos derogados, leyes abrogadas etc., En donde el legislador pretende adecuar la realidad social lo cual es muy asertivo.

Tesis Kelsiana

La persona no constituye una entidad aparte e independiente del derecho objetivo, sino que es el mismo sistema personificado.

La persona individual es la personificación del conjunto de normas relacionadas con los derechos, obligaciones y actos del ser humano.

Recordemos que a partir de la segunda guerra mundial nace un nuevo paradigma del derecho y se reconocen los derechos humanos, surgen documentos Internacionales que obligan a cada país a la recepción de estos, en su derecho interno. Como algunos ejemplos de organismos Internacionales tenemos: La Declaración de los Derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre de 1948 y La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en Costa Rica de 1969.

11. Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano,* Revista de Derecho, Madrid, 1970, p. 22.

12. Galindo Garfias, Ignacio, op. Cit., p. 31.

Conclusiones

La realidad es que tanto los derechos humanos, la tolerancia, la importancia del diálogo, la inclusión, la necesidad de respetar las normas con fundamento en los derechos humanos nos llama a una democracia sustentada en el empuje que ha dado el mundo globalizado en que se vive.

El aforismo: "*hominum causa omne ius constitutum*", se encuentra vigente en el derecho universal y debe suponerse que el legislador no crea los derechos humanos ya que, éste los descubre y materializa en la norma jurídica, por ello es preciso que en la actualidad aquellos operadores jurídicos que ignoren lo suscrito se actualicen para así lograr el cometido responsable, eficaz y en la aplicación de la *Iustitia*.

Asimismo, es indispensable que, desde las trincheras educativas formadoras de abogados postulantes, áreas laborales en el ámbito jurídico, que los jueces, legisladores y aplicadores de la ley, se implemente el estudio de bases jurídicas y principios del derecho. Lo anterior con la finalidad de lograr una eficiente visión, razonamiento de los fenómenos sociales, producir normas útiles para lograr una aplicación correcta desde la perspectiva del derecho, en su papel de sancionador, objeto preventivo, método de control, o bien, en el reconocimiento y protección de cada facultad. Lo anterior para alcanzar el fin supremo para lo cual, se creó el derecho.

Concuerdo con el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe que con el entendimiento del Derecho Romano: *"...se conocen y ponderan los tejidos axiológicos que se fueron estructurando en el antiguo mundo mediterráneo y que pasarán hacia la cultura moral del occidente. Basta pensar en a buena fe, la autonomía de voluntad... Especialmente en la revaloración de la persona humana como centro de gravedad de todo el fenómeno jurídico."*[13]

Bibliografía

Argüello, L. R. (2010). *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed. Buenos Aires : Astrea.

Bernal, B.; Ledesma, J. de J. (1981). *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas*. México D. F. : Porrúa.

Bonfante, P. (1970). *Instituciones de Derecho Romano*. 5ª ed. Madrid : Reus.

Buber, M. (1949). *¿Qué es el hombre?*. México D. F. : Fondo de Cultura Económica.

Coulanges, De Foustel. (2012). *La ciudad antigua*. 16ª ed. México : Porrúa.

D'Ors. (1997). *Derecho privado romano*. 9ª ed. Pamplona : Ediciones Universidad de Navarra.

13. Ledesma Uribe, José de Jesús, *Prólogo*, en Sainz y Gómez Salcedo, José María (comp.), *Antología de Derecho Romano*, México, UNAM, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2010, p.3.

Cervantes, J. de. (1978). *La tradición jurídica de occidente*. México : UNAM.

Lorenzo, R. J. de; Lorenzo, J. E. de. (2000). *Roma derecho e historia*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Pina Vara, R. de. (2002). *Elementos de derecho civil mexicano*. vol. 2. 17ª ed. México D. F. : Porrúa.

Diccionario de la Real Academia Española: RAE.

Di Pietro, A. (1999). *Derecho privado romano*. 2ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Friedrich, N. (1999). *Así habló Zaratustra*. 3ª ed. México D. F. : EMU.

García Garrido, M. J. (1941). *Derecho privado romano*. 6ª ed. Madrid.

Gutiérrez y González, E. (2004). *El patrimonio*. México D. F. : Porrúa.

Huber Olea, F. J. (2006). *Derecho romano I*. México D. F. : Iure Editores.

Instituto de Investigación Jurídicas. (2004). *Enciclopedia jurídica mexicana*. vol. 5. México D. F. : Porrúa.

Lozano Corbí, E. (1999), *Historia e institucione de Derecho Romano*. Madrid : Mira Editores.

Mommsen, T. (1990). *Teoría de Roma*. 8ª ed. Madrid.

Morales, J. I. (1998). *Derecho Romano*. 2ª ed. México D. F. : Trillas.

Padilla, G. (2008). *Derecho Romano*. 4ª ed. México D. F. : McGrawHill.

Sainz y Gómez Salcedo, J. M., comp. (2010). *Antología de Derecho Romano*. México D. F. : UNAM.

Sainz y Gómez Salcedo, J. M. (2017). Derecho Romano Público y Privado. tomo 1. 4ª ed. México D. F. : FES Acatlán.

Sócrates Jiménez, S. T. (1991). *Diccionario de Derecho Romano*. 2ª ed. México D. F. : Sista.

Leyes y Códigos.
Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de México.

Código Hermogeniano.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pensión de alimentos de los hijos mayores de edad en situaciones de crisis matrimoniales en el Derecho Romano y en el Derecho Civil

Raquel Pérez Díaz[1]

1. Universidad de Oviedo.

Introducción

En el presente trabajo, el punto de partida es un breve análisis del concepto de alimentos y la prestación de los progenitores de dar alimentos a los hijos en el caso de separación, divorcio o nulidad. Tal figura tiene su origen en el Derecho Romano, con una vaga evolución posterior, hasta llegar a nuestro Derecho Civil vigente, más concretamente al artículo (art.) 93.2 Código Civil (CC). En virtud del citado precepto, la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad no se extingue automáticamente por alcanzar la mayoría de edad, de tal manera, que en el caso de separación, divorcio o nulidad los hijos mayores o emancipados subsiste si se cumplan dos requisitos: convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios; en cuyo caso, el Juez dentro del mismo proceso en el que dicta resolución les puede fijar los alimentos que les sean debidos según los artículos 142 y ss. Cabe reseñar, que dicha pensión consiste en una obligación dineraria que el progenitor que no convive con sus hijos debe satisfacer para que subsistan y tengan cubiertas necesidades básicas tales como comida, vestido, hogar, higiene, medicina, así como la instrucción y educación imprescindibles para el desarrollo ético e intelectual. Dos son los sujetos que intervienen en tal relación, el alimentante, progenitor obligado a realizar su pago y el alimentista, el hijo que recibe ese pago para su sustento. Ahora bien, tal pensión alimenticia puede ser modificada o extinguida en el caso del hijo mayor incluso con discapacidad si desarrolla o puede desarrollar una actividad laboral retribuida y si vive o no en el domicilio familiar. En consecuencia, en materia de alimentos de hijos mayores, ante la falta de regulación del límite temporal de mantener dicha obligación, habrá que estar al caso concreto y a las circunstancias que concurren en cada supuesto, lo que conlleva analizar de manera completa y detallada las controversias que se plantean en cada asunto y sea nuestra jurisprudencia quien determine tal límite.

Origen y evolución del concepto de alimentos

El concepto de alimentos tiene su origen en el Derecho Romano. En un primer momento se consideró la *patria potestas* como una obligación de protección y de asistencia del *pater familias*, en base a «*un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce*»[2], posteriormente, surge la idea del deber de alimentos con respecto a sus hijos, fundamentándose a su vez en el *ius naturale*[3]. La familia romana era muy diferente al concepto de familia que tenemos en la actualidad y, sin embargo, ya incluyeron la institución de alimentos entre parientes[4].

D´Ors, ha considerado que la obligación de dar alimentos se comenzó a perfilar con

2. GUTIERREZ BERLINCHES, A. «Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos», Anuario Mexicano de Historia del Derecho, nº. XVI-, 2004, p. 145.

3. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 340 y ss.

4. FUENTESECA DÍAZ, P., *Derecho privado romano*, Ed: [S.n.], Madrid, 1978, p. 349.

Antonino Pio (138-161)[5], si bien su desarrollo no sería hasta Marco Aurelio (161-180)[6]. A sensu contrario, Zoz, ha pensado que existen algunos indicios que nos permiten situar su origen con anterioridad a la mencionada época. En tal sentido, Schiller data el inicio del derecho de alimentos en una serie de sentencias del emperador Adriano, entre otras, la *Sententia Hadriani* & 4 o la *Sententia Hadriani* & 14. En cualquier caso, no será hasta el *Digesto* donde se recogerá de una manera más desarrollada la obligación alimenticia que, inicialmente, tan sólo comprendía como sujetos legitimados a los parientes consanguíneos en línea directa ascendente o descendente y en los supuestos de filiación adoptiva, siempre que los hijos no estuvieran emancipados[7].

Ulpiano, además de pronunciarse sobre si uno está obligado a alimentar solamente a los hijos que están bajo su potestad, a los emancipados, o a los que son ya independientes por otra causa, se afirma sobre la obligación recíproca de alimentar, de manera tal que los hijos que no estén bajo su potestad deben ser alimentados por los padres, y a su vez, ellos deben corresponder recíprocamente con sus padres. Así, en su libro II sobre el cargo de cónsul (D.25,3,5 pr.-1)[8] dice que, si alguno pretendiese ser alimentado por sus hijos, o que los hijos

5. *Cfr.* C.5,25,1 (Imp. Pius A. Basso): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est.*.

6. *Cfr.* Entre otro, ORESTANO, R., «Alimenti (Diritto romano)», NNDI, p. 483; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, pp. 379 y ss; LAVAGGI, G. V., «Alimenti», *ED*, p. 18. Véase C.5,25,2 *(Divi fratres Celeri): Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. D. Id. April. Ipris III et II AA. Conss.*

7. Sobre la importancia de realizar una profunda investigación acerca del derecho de alimentos en Derecho romano, se han pronunciado numerosos autores –directa e indirectamente– entre los que podríamos destacar, en principio; Alburquerque, J. M., «Deber legal u obligación moral originaria», *Revista General de Derecho Romano*, 3, 2004; Idem. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio», RGDR 6, Madrid 2006; Idem. «Alimentos entre parientes (II): Alimenta et rictus». RGDR 4, Madrid 2005; ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano III*, PubblicazioNi della Facoltá di giurisprudenza dell'universitá di Padova 84, Padova-Cedam, 1979, pp. 91 y ss.; BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954 –*Alimenti*–, pp. 290 y ss.; *Id. BIDR* 30 1921 p. 244.; BONINI, R., *«Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano»*, AG 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. *«Problemi di storia delle codificazioni e della política legislativa»*, Bologna 1973, pp. 7 y ss.; Id. «La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e dirittto dell sucessioni, Nov. Ius. 56,6 y 117,5». St. *Sassaresi* 3, año académico 1970-71, 1973, pp. 805 y ss.; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 –*Obblighi alimentari*– pp. 596; FALASCHI P. L., «Osservazioni sul carattere incidentale o autónomo dei praeiudicia», *Ann. Univ. Camerino*, 1963, pp. 145 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Roma-Madrid 58, pp. 93 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Cognitio extraordinaria*, Iustel, Madrid, 2002; HEIMBACH, G. E., *«Alimente»*, Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss.; KOSCHAKERR, P., «Der Unterhalt der Eherau und die Früchte der Dos», *Studi Bonfante IV*, 1930, pp. 1 y ss.; LANFRANCHI, F., «Ius exponendi» e obbligo alimentari nel diritto romano-classico», SDHI vol. 6, 1940, pp. 5 y ss.: Id. «Prime considerazioni sulli'impugnativa di paternitá in diritto romano classico», en *St. Volterra*, vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. *Lágere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna 1953, p. 54, n. 170.

8. D.25,3,5 pr.1 y 2 (Ulpianus, libro II de *officio consultis*): *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a Parente exhibeantur, «iudex») de ea re cognoscet. 1. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutus, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potesstate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. 2. Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamar alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria*

sean alimentados por los padres, el (juez) cónsul conocerá de esta cuestión[9].

Respecto a los hijos, eran legitimarios de los alimentos los nacidos después del divorcio siempre que se cumplieran una serie de requisitos formales, excluyéndose por tanto a los hijos no considerados *iusti procreati*, es decir, los denominados incestuosos, los hijos nacidos de relaciones consideradas delictivas, así como los hijos nacidos de relaciones de concubinato, al entender que no eran merecedores de alimento por parte del *pater familias*. Por su parte, también la madre tenía un deber de alimento respecto a sus hijos cuando eran extramatrimoniales, en cambio, con los hijos legítimos no existía tal deber.

Por su parte, Albuquerque ha fundamentado tal legitimación de la siguiente manera «con los hijos cuya legitimidad esté avalada suficientemente existirá un deber paterno especialmente prioritario y casi excluyente»[10] y concluye que pese a que se trataba de una obligación recíproca no se puede determinar que existiese un criterio de jerarquía en virtud del que debiera satisfacerse la misma[11].

Asimismo, ha mantenido que el análisis de la evolución del concepto y contenido de la prestación de alimentos, inducía a pensar al igual que Wycisk[12] que, desde los primeros momentos en los que, al parecer, los juristas reflejaban la idea de nutrir, sustentar y suministrar víveres[13], se va asumiendo, en general, una extensión de su contenido: alojamiento, cama, vestido, calzado. El tratamiento médico, y los medicamentos a los que alude Gayo en D.7.1.45 y D.50.16.44, aunque pueda parecer para algunos una perspectiva personal y no suficientemente avalada, no deja de representar para Albuquerque, un vestigio para su reflexión oportuna[14]. De manera tal, que el contenido de la obligación de alimentos comprendería desde aquellas necesidades más básicas del ser humano o «*ración de boca*» hasta aquellas otras no consideradas básicas, sino que simplemente eran favorecimientos para el alimentista, teniendo siempre en cuenta el límite de la capacidad patrimonial del alimentante[15].

El procedimiento que se seguía para reclamar los alimentos era el de la *extraordinaria cognitio*. Este procedimiento se desarrollaba directamente ante el Príncipe o un funcionario en quien el Príncipe delegaba. Aunque el *Digesto* se refiere a él como sinónimo de abreviado o simplificado, tenía carácter sumario, con ello, lo que se pretendía era lograr una mayor celeridad en la resolución de las controversias, a través de la simplificación

perpendere iudicem oportet.

9. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J.M., «Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho Romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2007, p. 13.

10. ALBUQUERQUE SACRISTÁN, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el Derecho actual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 279.

11. Ibidem, p. 15.

12. WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», RH 50, 1972, pp. 205 y ss.

13. Así, para ULPIANO el contenido de tal obligación de dar alimentos integra el alimento, el alojamiento y el vestido, por su parte GAYO incluye medicinas por entender que son necesarias para *«sostener el cuerpo»* e integrarían el concepto de *«victus»*.

14. ALBURQUERQUE, op. cit., pp. 1 y ss.

15. LÓPEZ ORMAZABAL, A. Mª., «El derecho de alimentos de los hijos en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja no casada», *TFG*, 2021, p.8.

de los trámites y de los plazos[16].

A lo largo del *Digesto* se encuentran diversas referencias relativas a que los jueces podían pronunciarse sobre el derecho de los alimentos con independencia de que el parentesco hubiera quedado plenamente acreditado. Es decir, la prueba plena de parentesco no era necesaria, incluso cuando era negado por el alimentante, ya que el juicio de alimentos no prejuzgaba la verdad de la filiación que podía debatirse en un juicio posterior, es decir, que la sentencia dictada no establecía si era hijo o no, sino únicamente si debía o no recibir los alimentos[17].

Con posterioridad al Derecho Romano, no es fácil conocer la evolución de dicha figura, y no se encontrarán referencias similares al juicio sumario por alimentos ya conocido en el *Digesto* hasta las Partidas otorgadas por Alfonso X El Sabio[18].

En los siglos posteriores, se sigue haciendo referencias a la obligación alimenticia, pero en línea con lo ya regulado en las *Partidas*[19]. Tampoco en la *Nueva Recopilación,* año 1567, se recoge disposición alguna relativa a la obligación de alimentos al igual que sucede con la *Novísima Recopilación* del año 1805[20]. Por el contrario, si hacen alusión a los alimentos, dos leyes de finales del siglo XVIII, concretamente, la Ley 9.ª del título 2º del libro 10 establece que: «los hijos menores de 25 años deben solicitar permiso a los padres para casarse y para el caso de no hacerlo pierden el derecho de alimentos»; y la Ley 20.ª del título 1º del libro 2º recoge dos cuestiones relevantes para el proceso: «impide que la jurisdicción eclesiástica conozca de los alimentos en un proceso matrimonial (...) y reitera el mandato de los jueces civiles de conocer de estas causas breve y sumariamente.»[21]

Se puede concluir que la institución de alimentos y su tutela desde el Derecho Romano hasta las Partidas y, posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 llega sin grandes modificaciones y asentada fundamentalmente en tres pilares: en primer lugar, el cauce procesal para tramitar las reclamaciones, de pensión de alimentos es un procedimiento simplificado; en segundo lugar, el parentesco entre alimentante y alimentista queda excluido y reservado a un proceso posterior; y, en tercer lugar, se prevé un sistema de ejecución provisional[22].

La citada ley reguló la reclamación de alimentos de carácter provisional dentro de los actos de jurisdicción voluntaria. Establece que quien quiera reclamar los alimentos debe hacerlo por escrito, acreditar el título en cuya virtud los solicita y justificar aproximadamente el caudal del que deba darlos. Además, no era necesario comparecer con abogado y procurador y la demanda debía presentarse ante el Juzgado de Primera Instancia. El juez, sin citación del que deba prestarlos, dictaba resolución concediendo o denegando los alimentos y en su caso, la cuantía. Al alimentante únicamente podía interponer

16. GUTIÉRREZ BERLINCHES, op. cit., pp. 147-149.

17. Idem, pp.149-150.

18. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia del Derecho I. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 387-390.

19. Ibidem, p. 155.

20. Idem, p.156.

21. Idem, p.157.

22. Idem, pp.157-158.

recurso de apelación, si bien dicho recurso, no suspendía la eficacia de la resolución dictada lo que implicaba abonar los alimentos declarados en el citado expediente[23]. Si alimentante o alimentista no estaban de acuerdo con la decisión adoptada por el juez, se les permitía acudir posteriormente a la jurisdicción contenciosa y sustanciar un segundo juicio de alimentos[24]. Sin embargo, la oposición del alimentante no impedía que se dictase y ejecutase la sentencia de alimentos provisionales.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el proceso de reclamación de alimentos provisionales también era sumario y permitía reclamar judicialmente los alimentos, fuera cual fuese el título en que se fundasen a través de un procedimiento sencillo que era básicamente el previsto para juicio verbal. Las partes podían acudir de nuevo a otro procedimiento, aunque el primero hubiera finalizado con una resolución firme, de ahí, que se denominara procedimiento de reclamación provisional[25]. El juicio se incoaba con la presentación de la demanda acompañada de todos los documentos que pudieran acreditar la citada obligación. Por su parte, el solicitante debía hacer una aproximación de cuáles eran sus necesidades y la capacidad económica del demandado. Dicha demanda se notificaba al demandado para la celebración de una vista. Posteriormente existía la posibilidad de acudir a otro proceso ya plenario, que podía celebrarse incluso si no había existido previamente un proceso sumario, y «a los alimentos otorgados en esta clase de juicios se les denominaba definitivos ya que la sentencia que ponía termino al proceso producía los efectos de la cosa juzgada material.»[26]

Finalmente, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 2000, realizó una modificación importante sobre la reclamación de alimentos[27], suprimiendo la dualidad existente entre juicio sumario y plenario, y entre alimentos provisionales y definitivos. De manera que, a partir de la citada ley, únicamente será necesario un juicio verbal plenario al que remite el art. 250.1.8 º LEC, al que le pueden seguir otros juicios posteriores que sean necesarios para adecuar el contenido de la pensión alimenticia a las modificaciones circunstanciales que puedan darse, sin que los efectos de cosa juzgada en la resolución acaecida en el primer juicio alcance a los juicios posteriores que puedan darse en el futuro [28].

23. VICENTE Y CERVANTES, J., *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil: según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Madrid, De Gaspar y Roig, 1856, p. 333.

24. Ibidem, p. 334.

25. GUTIÉRREZ BERLINCHES, op. cit. p. 166.

26. Idem, p. 173.

27. En tal sentido, se debe hacer referencia a dos leyes publicadas con anterioridad a la LEC del 2000, las cuales establecieron las características básicas del proceso para la solicitud de alimentos. En primer lugar, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la cual facilitó la posibilidad de reclamar los hijos a sus progenitores su manutención. Y, por otro lado, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la que se regula un nuevo procedimiento para la reclamación de alimentos entre parientes, el cual se incluyó en la LEC del 2000.

28. Ibidem, p.175.

Alimentos y su obligación de darlos a los hijos mayores de edad en el Código Civil

Respecto al régimen jurídico de la obligación de dar alimentos a los hijos mayores, el art. 39.3 Constitución Española (CE) consagra «el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda». Por lo tanto, el citado precepto declara la obligación de los progenitores de dar alimentos a los hijos menores de edad y a los hijos mayores cuando cumplan determinados requisitos recogidos en el Código Civil (CC), ya sean matrimoniales o extramatrimoniales.

Nuestro Código Civil no define el concepto de «alimentos», tan solo en su artículo 142 señala su contenido y abarcan «...todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo». Por consiguiente, podemos afirmar que son alimentos todos aquellos medios necesarios para la subsistencia de cualquier persona incluyendo los gastos de embarazo y parto[29]. A mayor abundamiento, parte de la doctrina civilista[30] va más allá e incluso diferencia entre alimentos amplios o civiles[31] (aquellos que están obligados a darse los cónyuges y parientes en línea recta (art. 143 CC)) o alimentos restringidos o naturales[32] (alimentos debidos entre hermanos (art.143. 2 CC)).

Por otra parte, se puede definir la obligación alimenticia como «aquella que vincula a uno o varios deudores (alimentantes, obligados a prestarlos) con unos o varios acreedo-

29. DÍEZ-PICAZO, L. dice que «La expresa mención de estos conceptos no era necesaria. Podrían sin dificultad entenderse incluidos en la «asistencia médica». Lo que probablemente ha querido señalar el legislador es que esos gastos se deben en el caso de que las madres sean solteras, que es en el fondo el único supuesto al que el precepto puede entenderse aplicable, pues no parece que pueda imponérsele este gasto al cónyuge deudor de alimentos, respecto de los causados por su consorte cuando existe entre ellos separación legal». DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 52.

30. PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Universitat de Lleida, 1994, p. 49 OROZCO PARDO, G., *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 51; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, Madrid, Edisofer, S.L, 2013, pp. 15-16.

31. [...] «los alimentos denominados, también, amplios o civiles incluyen la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, pero no sólo al nivel mínimo aceptable, sino al tenor que permitan las circunstancias, es decir, en atención al artículo del Código Civil». PADIAL ALBÁS, op cit. p. 49. Es decir, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyendo también los gastos de educación si el alimentista es menor y aún después si no ha acabado su formación por causa que no le sea imputable, así como los gastos de embarazo y parto si no los cubre la Seguridad Social. VELA SÁNCHEZ, A. J., *Derecho Civil para el grado IV. Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2013, pág. 111.

32. «Consisten los restringidos en los auxilios estrictamente imprescindibles para proporcionar lo anterior al nivel mínimo aceptable por la conciencia social» ALBALADEJO, op. cit., pp. 15-16. Se reducen a la manutención de sustento, al cobijo y a la educación. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes», XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004, pp. 773-774.

res o titulares del derecho de alimentos (alimentistas, necesitados)»[33]. El acreedor de los alimentos, se denominará «alimentista» y el deudor de los alimentos «alimentante»[34]. Es decir, de manera general, la pensión alimenticia es la cuantía económica abonada por el progenitor que no tiene la custodia para el mantenimiento de los hijos[35].

Tal concepto también ha sido recogido favorablemente por la doctrina y la jurisprudencia, y así, a modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de octubre de 2014, en la que se analiza exhaustivamente la expresión «pensión alimenticia» «para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción)», o la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Madrid, Sección 22.ª, de 3 de febrero de 2015 que amplía tal concepto y entiende que «se deben incluir los alimentos aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 del CC.»[36]

La nueva redacción del artículo 93 consecuencia de la reforma de la Ley 11/1990, del 15 de octubre sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, surge con la intención de dar solución al panorama procesal de los hijos mayores de edad, cuyo mayor obstáculo radicaba en el hecho de que el hijo debía litigar contra sus padres[37], lo que en la mayoría de las ocasiones no se llevaba a efecto por el miedo reverencial que suponía el ejercer una acción judicial directa contra los progenitores con los que aún se convivía, al menos con uno de ellos y, máxime si tal situación se producía dentro de un contexto de conflictividad familiar, de manera tal que con su nueva redacción se regularon dos situaciones que merecían distinto grado de protección jurídica, los alimentos de los hijos menores y mayores de edad, permitiendo su reclamación y fijación en sentencia en el marco de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.

En consecuencia, los hijos mayores y emancipados, al margen de su derecho a reclamar alimentos entre parientes por la vía de los artículos 142 y siguientes (ss.) del Código Civil, también pueden obtener esta prestación como resultado de un procedimiento matrimonial de separación, nulidad o divorcio o de regulación de los efectos de parejas con relación *more uxorio* o de hecho conforme al citado art. 93.2 CC que permite la determi-

33. JIMENEZ MUÑOZ, op. cit., p. 745.

34. La SAP Valencia, núm. 931/2014, de 2 de diciembre (JUR 2015/96890) reflejando la doctrina establecida por la STS de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685), define la obligación alimenticia como el deber que se impone a una persona, a la que pasaremos a denominar *deudor* de asegurar la subsistencia de otra persona, a la que denominaremos *acreedor*.

35. MADRUGA TORREMOCHA, I., «Las pensiones alimenticias en España: de la responsabilidad privada a la responsabilidad pública», *X Congreso español de sociología, Pamplona*, 2010, pág. 2.

36. PÉREZ DÍAZ, Mª. D. L. A., «Breves consideraciones de la obligación de dar alimentos de los padres a los hijos en el Derecho Romano y en nuestro derecho español vigente» en Fundamentos romanísticos del derecho europeo e iberoamericanco, Oviedo, BOE, 2020, p. 595.

37. A través del procedimiento de alimentos provisionales del art. 1609 LEC o el de alimentos definitivos. Pues con anterioridad las sentencias determinaban el cese automático de la obligación alimenticia dentro del proceso de separación o divorcio al alcanzar los hijos la mayoría de edad, cabe citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de las Palmas de 10 de abril de 1993 y la de Asturias de 8 de noviembre de 1993.

nación de la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad o emancipados, siempre que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, de manera que el juez en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos conforme al art, 142 y ss. CC. Cabe añadir, que el alimentista mayor de edad puede ejercitar tal derecho incluso cuando el alimentante resida en el extranjero[38].

Esta obligación alimenticia se basa fundamentalmente en el principio de solidaridad familiar previsto en el citado precepto 39.1 CE, «siempre teniendo en cuenta la actitud de aquel que se considera necesitado» [39], y en esa línea, la STS de 21 de septiembre 2016 confirma que «el derecho de alimentos a los hijos mayores de edad, una vez extinguida la patria potestad, se apoya en lo que la doctrina civilista denomina principio de solidaridad familiar, siempre teniendo en cuenta la actitud de aquel que se considera necesitado (art. 152 CC); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores»[40]. El acreedor tiene derecho a exigir y a recibir los alimentos en cambio el deudor tiene el «*deber moral y legal de prestarlos*», siempre y cuando en el primero de ellos concurra el presupuesto de la necesidad y el segundo disponga de los medios suficientes para poder cumplir la obligación[41]. Además, se trata de un deber que carece de carácter absoluto debiendo ser interpretadas las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, según lo previsto en el artículo 3.1 CC[42].

En lo referente a la naturaleza jurídica de los alimentos debidos a los hijos mayores de edad, se ha dicho que este no deriva de los deberes inherentes a la patria potestad sino del deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el art. 142 CC, de manera tal, que lo que determina el nacimiento de esta obligación es la carencia de ingresos propios suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles vivir una

38. Reglamento (CE) Nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; y Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero elaborado en el seno de las Naciones Unidas, el 20 de junio de 1956, en la ciudad de Nueva York.

39. MADRIÑAN VÁZQUEZ, M. V., «Principales controversias entorno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo», *R.E.D.S.* núm. 17, Julio-Diciembre 2020, p. 174.

40. STS 558/2016, de 21 de septiembre (RJ 2016/4443). Al igual que diversos autores tales como DÍEZ-PICAZO, L., dice la obligación de dar alimentos entre parientes no encuentra su fundamento «en un deber ético que el ordenamiento jurídico toma en consideración. El deber ético de atender a las necesidades humanas (v.gr., dar de comer al hambriento o vestir al desnudo) lo tenemos respecto de nuestros semejantes según los criterios de la moral cristiana o de la moral humanista. El fundamento se halla en el principio de solidaridad familiar que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí». DÍEZ-PICAZO, L.,Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, cit. p. 47. VERDA Y BEAMONTE, J.R; y CHAPARRO MATAMOROS, P.; mantienen que «La obligación legal de alimentos encuentra su fundamento en el principio de la «solidaridad familiar», y tiene como finalidad garantizar el derecho a la supervivencia de quien los reclama, al carecer éste de recursos para procurar su propia subsistencia». DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, y otros, *Derecho Civil IV (Derecho de familia)*, cit. p. 22.

41. LÓPEZ ORMAZABAL, op. cit., p. 8.

42. STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019\497). En el mismo sentido, se manifiesta la STS de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4443).

vida independiente[43]. No se da una asimilación entre la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad y mayores, puesto que para estos últimos sólo procederá en casos de verdadera necesidad. En definitiva, se trataría de una obligación que debe ser considerada como una deuda del tipo de alimentos entre parientes, por lo que la misma presentará las mismas características que estos, y como tal, será personal[44], irrenunciable[45], intransmisible[46], recíproca[47], incompensable[48], imprescriptible[49], no podrá ser objeto de transacción[50], variable[51], mancomunada e indivisible[52].

43. MADRIÑAN VÁZQUEZ, op. cit., p.174.

44. La obligación se produce en virtud de la relación de parentesco que hay entre alimentante y alimentista y, por lo tanto, está basada en un vínculo personal que el progenitor tiene con el hijo. La única forma existente de que desaparezca el vínculo personal que hace que tenga sentido la prestación de alimentos entre el progenitor y el hijo, así como el estado de necesidad de este, es la muerte del alimentante o alimentista, siendo esta una forma de extinción del derecho a los alimentos contemplada en el art. 152 CC. GANDARA TOMÉ, C., AZNAR DOMINGO, A., «Controversias jurídicas de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria en el Derecho Civil», en https//el derecho.com, 10 de marzo 2021. (última consulta realizada en 9 de diciembre de 2021).

45. Se regula en el art. 151 CC, donde se utiliza este término como sinónimo de indisponibilidad. Por ello, la renuncia del derecho se presenta como un acto nulo, pues «contradice el interés o el orden público, en cuanto que este derecho nace como consecuencia de la situación de necesidad del alimentista» Aparicio CAROL, I., *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español: problemas y soluciones que se plantean en los pleitos familiares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.42.

46. Se confiere a determinadas personas la posición activa o pasiva por ser ellas mismas, fundamentalmente por la existencia de vínculos de parentesco, de modo que solo los parientes específicamente previstos en la Ley pueden ocupar la posición de alimentante o alimentista.

47. Los parientes se encuentran vinculados por la relación familiar de alimentos, al igual que son recíprocamente parientes, son potencialmente tanto acreedores como deudores de la prestación alimenticia cuando se den los requisitos legalmente contemplados. GANDARA TOMÉ, C., AZNAR DOMINGO, op. cit, p. 2.

48. Se recoge en el art. 151 CC, donde se establece que el derecho de alimentos no es compensable con otras deudas que tengan alimentante y alimentista.

49. JIMÉNEZ MUÑOZ, op. cit., p. 756.

50. MORENO FLÓREZ, R. Mª., *Alteración de las circunstancias en Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 60 y 61. En el mismo sentido vid., MARTÍN AZCANO, E. V, «Modificación de la pensión compensatoria y de los alimentos a los hijos mayores con discapacidad por alteración sustancial de las circunstancias». La Ley. Derecho de Familia, núm. 9, enero-marzo, 2016, p. 6. En este sentido, MORENO TORRES, Mª. L., considera que la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia está fuera de duda. Añade la autora que «parece sumamente acertado que el artículo 93.2 exija literalmente, en vez de una «situación de necesidad», la carencia de recursos propios: y es que todo el que carece de recursos propios está en situación de necesidad. Distinto es que sus necesidades estén siendo cubiertas voluntariamente por otra persona» (Cfr., «Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 28, Ejemplar Dedicado a la V Edición Premio Artículos Jurídicos «García Goyena», 2006, pp. 293 y 294.

51. STS 598/2011, de 27 de junio (RJ 2011/4890). Establecen los arts. 91 y 147 CC que las necesidades del alimentista pueden variar a lo largo del tiempo y, las posibilidades económicas o fortuna del alimentante no se mantiene inalterada en todos los casos. Para que se produzca la modificación es necesario una alteración sustancial de las circunstancias permanentes en el tiempo.

52. La STS 396/1994, de 12 de abril (RJ 1994/2789) afirma que «la obligación de prestar alimentos está configurada en el Código como mancomunada y divisible, pues el artículo 145 determina, que cuando recaiga sobre dos o más personas esta obligación, se repartirá entre ellos, pero no por partes iguales, sino en cantidad proporcional a sus caudales respectivos. No

En virtud de ello, los alimentos debidos a los hijos mayores realmente hay que relacionarlos con la obligación de mantenimiento o asistencia que, «derivada de la relación paternofilial, se enuncia en el art. 39 de la CE y se manifiesta normativamente en el art. 154 del CC[53], mientras que los debidos a los hijos menores el deber de asistencia procede directamente de la propia CE tal como refleja el art. 93.3 y se fundamenta en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 57/2005, de 14 de marzo[54].

A continuación, procederé a analizar los requisitos que se deben cumplir para el supuesto de los hijos mayores o emancipados para quienes, el artículo 93.2 CC determina que el juez fijará «los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes» del mismo texto legal, exigiendo el cumplimiento necesario de dos requisitos: convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios[55].

Requisitos para la obtención de la pensión de alimentos para hijos mayores de edad

De la convivencia del alimentista en el domicilio familiar

El requisito de la convivencia requiere, sin duda, de una precisión terminológica por cuanto resulta imprescindible aclarar, qué debe entenderse por domicilio familiar. A tal efecto, y ante la ausencia de un concepto en el Código Civil, nuestra doctrina coincide en considerar domicilio familiar el lugar de convivencia efectiva entre el progenitor y su hijo, con lo que, no debe entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que debe tratarse de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término. Tal convivencia no deja de existir por trasladarse el hijo a otra ciudad por motivos de estudios tal como indica la SAP de Granada de 26 de octubre de 1998. En cambio, no

es, por tanto, una deuda de carácter solidaria, al no tener expresamente reconocida esta naturaleza, y ser principio general el de no presumirse tal condición. Este carácter no solidario se ve reforzado con el contenido del párrafo 2º del artículo 145, según el cual no se permite entender que el alimentista pueda dirigirse, en todo caso, contra cualquiera de las obligadas para exigirle el pago de la pensión».

53. MADRIÑAN VÁZQUEZ, op. cit., p.174 y Guilarte Gutiérrez, V., «A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93 párrafo 2º del Código Civil», *Aranzadi Civil*, 1997, pp. 183-184.

54. « Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes el fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos-cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC9-, se abona solo «desde la fecha en que se interponga la demanda»(art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos menores de edad, en la medida en que tiene su origen exclusivamente en la filiación (art. 393. CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos».

55. La STSJ Cataluña 25/2016, de 14 de abril (RJ 25/2016) dispone que «cuando se trata de hijos mayores de edad, los alimentos incluyen aquello que resulta indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica, así como los gastos de continuación de la formación. Pero estos alimentos ya no encuentran su fundamento en el deber de la potestad parental, toda vez que los hijos son mayores de edad, y, por tanto, esta se ha extinguido».

se considera que existe convivencia cuando un hijo acude a visitar a su progenitor en el domicilio que constituyó el hogar familiar durante períodos más o menos dilatados en el tiempo, tal como recoge la SAP Albacete de 10 de julio de 1998. La legitimación activa por parte del progenitor con el que convive el hijo mayor de edad para reclamar tales alimentos es la convivencia tal como se ha pronunciado la SAP de Jaén de 12 de julio de 2000. Ahora bien, si el progenitor que reclama los alimentos se hubiera trasladado con su hijo a otro domicilio distinto del que en su día era considerado el conyugal, ello no supone impedimento alguno de cara a la concesión de la pensión, puesto que en este caso se seguirían manteniendo tanto el requisito de convivencia como el de dependencia económica[56]. Por ello, la importancia de este requisito no es tanto el «dónde se convive», sino la propia convivencia, de manera tal que lo determinante para reclamar alimentos es que el hijo mayor de edad resida con el progenitor custodio, independientemente de que lo haga o no en el último domicilio en el que convivió toda la familia. Y aunque pueda considerarse un indicio de independencia económica, la falta de convivencia del hijo en el domicilio familiar, si no se consigue probar tal independencia económica, consecuentemente no se extinguirá la obligación de alimentos tal como reconoce la SAP Valladolid 70/2002, de 22 de febrero[57] Cuestión distinta sería cuando quien abandona el domicilio familiar es el progenitor custodio y el hijo mayor de edad continua en el mismo, bien solo o en compañía de los abuelos, en estos supuestos, no hay unanimidad jurisprudencial, unas veces se mantiene la pensión de alimentos tal como recoge la SAP Valladolid 22 de febrero 2002 y otras se extingue tal como afirma la SAP Barcelona 25 de noviembre de 2003. Recientemente la SAP Córdoba 869/2020, de 23 de septiembre[58] ha rechazado la petición de la alimentista para que su padre le siguiera abonando la pensión alimenticia ya que ésta había abandonado el domicilio familiar para mantener una vida independiente con su pareja, al tener en cuenta la economía de esta tercera persona.

De la carencia de ingresos propios el alimentista

El art.148 CC establece que «La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Es obvio que, además del de convivencia, es requisito indispensable para reclamar la pensión de alimentos del hijo mayores la necesidad no imputable como indica el art. 152.5 CC al señalar que se extingue la obligación «Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel prevenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa». Por lo tanto, el hijo tiene que encontrarse en una situación

56. GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019, en https: www.laleydigital.laleynext.es; ORDÁS ALONSO, M., La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho, Barcelona, Bosch, 2017, p. 35.

57. JUR 2002/103282.

58. JUR 2021/53686.

en la que su insuficiencia económica no le permita cubrir sus propias necesidades y ello no se deba a una conducta culposa por su parte[59]. Y en esta línea, se manifiesta la SAP Alicante 55/2015, de 12 de febrero[60] al determinar que «la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad se extiende hasta que estos alcanzan la suficiencia económica siempre que la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo». La necesidad habrá de comprobarse de acuerdo a las circunstancias personales del alimentista, pero también en función de las costumbres y modos de vida del momento concreto[61]. Estado de necesidad no tiene por qué equivaler a ser pobre de solemnidad, sino simplemente no tener los medios necesarios para hacer frente a aquellas necesidades que le permitan tener una vida digna. Por lo tanto, este presupuesto, podría fundamentarse tanto por la total inexistencia de recursos económicos como la escasez de los mismos[62]. Cabe manifestar que el Código Civil, al hablar de ingresos propios, más que a un patrimonio, se está refiriendo al hecho de haber accedido a un trabajo y percibir por éste una remuneración, o lo que es lo mismo, a la incorporación al mercado de trabajo. Así pues, no se hace referencia tanto a la ausencia absoluta de ingresos como al hecho de que éstos resulten insuficientes para cubrir sus necesidades básicas[63]. En la mayoría de supuestos el alimentante solicita la extinción de la obligación por realizar el alimentista algún tipo de trabajo esporádico o espontáneo que le genera unos mínimos ingresos y, el problema que con ello se plantea es la determinación de si ello supone o no la desaparición del presupuesto de necesidad del alimentista y, como su propio carácter temporal indica, la realización puntual de trabajos no implica la desaparición de la escasez de recursos.

En definitiva, «atender a las propias necesidades» no hace referencia a la capacidad subjetiva para ejercer una profesión u oficio, sino más bien a la posibilidad real y concreta, de acceso al trabajo, para lo cual habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso[64].

La pensión de alimentos de los mayores con discapacidad

Los citados artículos 39.3 CE, 93 y 142 CC, únicamente hacen referencia a la obligación de los progenitores de prestar alimentos a sus hijos mayores de edad sin especificar

59. «si bien (...) no bastaría con la mera posibilidad subjetiva de realizar un trabajo, ya que la efectividad de ejercer un oficio, profesión o industria no va a depender únicamente de la capacidad física e intelectual de la persona necesitada, sino que también debe valorarse desde una perspectiva objetiva, es decir, que exista posibilidad concreta, inmediata y eficaz de realizarlo».

60. JUR2015/124143.

61. Por lo tanto, no solo es suficiente con que el hijo posea todas las capacidades y conocimientos necesarios para el ejercicio de una determinada profesión, sino que habrá de examinar si las circunstancias de la sociedad en el momento en el que se lleve a cabo el proceso son óptimas para encontrar trabajo, es decir, habrá que tener en cuenta el momento actual en el que se desenvuelve el alimentista.

62. LÓPEZ ORMAZABAL, op. cit., p. 19.

63. MADRIÑAN, op. cit., p. 178.

64. LÁZARO PALAU, C. M.ª, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Pamplona, Aranzadi, Cizur menor, 2008, p. 78.

su capacidad o discapacidad, sin embargo, es obvio que en dichos preceptos se debe incluir a los hijos mayores discapacitados que no pueden valerse por sí mismos.

Por su parte, la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre derechos de personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual debe comprender, sin duda, alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida[65]. Así en su artículo 1 especifica que «son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

A su vez, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dispone en su artículo 4.2 que «se consideran personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

El vacío legislativo existente en torno a la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados ha sido llenado por nuestra jurisprudencia del TS en la Sentencia de 30 de mayo de 2012 donde ha establecido que «los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección»[66] o en la Sentencia de 7 de julio de 2014 que ha asentado la siguiente doctrina «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestar en un juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recurso»[67].

65. MORENO FLÓREZ, op. cit., pp. 64 y 65. En este sentido, se manifiesta el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014/3159) y 7 de julio de 2014 (RJ 2014/3540).

66. Sala de lo Civil, Sentencia nº 325/2012, ECLI:ES:TS:2012:3791.

67. Sala de lo civil, STS 7 de julio de 2014 (RJA, núm. 372/2014) dispone que: «Es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo, lo que no es en este caso. El contenido éticos del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. (...). Asimismo, añade su negativa a reconducir el derecho de alimentos a los hijos mayores discapacitados al régimen de alimentos previsto en los ar-

Posteriormente, la Sentencia de 10 de octubre de 2014 ha fundamentado tal necesidad de protección de las personas con discapacidad en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006[68] y finalmente la Sentencia de 13 de diciembre de 2017 viene a recordar los criterios ya expuestos en las anteriores resoluciones[69].

En cualquier caso, resulta interesante destacar al respecto, que el TS no está equiparando de un modo absoluto a los hijos mayores discapacitados con los menores toda vez que exige, para el mantenimiento de los alimentos, los mismos requisitos que el Código Civil exige para los mayores y emancipados, a saber, que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios, en caso contrario la pensión alimenticia podría considerarse extinguida, lo cual no ocurriría en los casos de los hijos menores de edad cuya suspensión solo procede en determinados supuestos y con carácter temporal y excepcional[70].

En consecuencia, la pensión alimenticia puede ser modificada o extinguida en atención a si el hijo mayor con discapacidad desarrolla o puede desarrollar una actividad laboral retribuida y si vive o no en el domicilio familiar.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar la nueva Ley 8/ 2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica para el caso de los hijos mayores discapacitados que no tengan padres, conforme a la cual, se determina la importancia de otros familiares para el apoyo de estas personas, y ya en su Preámbulo recoge que se elimina la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por lo que los hijos mayores de edad con discapacidad dejarán de estar equiparados a los hijos menores, encontrándose desde su entrada en vigor en fecha 3 de septiembre en igualdad de

tículos 142 y siguientes CC, como un deber de alimentos de los padres a sus hijos mayores pues, por entender que, conforme a los establecido en el art. 93 CC–no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico».

68. Sala de lo civil, SSTS de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014\4878).

69. «...La consecuencia de los que se expone es la estimación del recurso; ...lo que ocurre realmente en este caso es que el hijo no solo puede trabajar, sino que trabaja a pesar de la minusvalía física acreditada. Es más, no consta que esta situación haya influido en el desarrollo de su formación, como tampoco consta que no pueda integrarse en el mundo laboral. Pero es que además, quien le alimenta es una persona afectada de una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y que percibe por ello una pensión del INSS de 703,26 euros mensuales, lo que también merece especial protección traducida en la extinción de la prestación alimenticia a su cargo pues carece de medios para que, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, es decir, aquellas que resultan de la incapacidad permanente absoluta, pueda cumplir con la obligación de pagar la pensión de alimentos fijada en el procedimiento de separación a favor de su hijo, actualmente mayor de edad y en condiciones de desarrollar una actividad laboral retribuida».

70. ECHEVARRÍA DE PRADA, Mª. T., «Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual» *RCDI,* 2016, p. 2499 y CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *La modificación de los alimentos a los hijos*, Madrid, Reus, 2018, p. 29.

condiciones con el resto de los adultos.

Edad límite para percibir la pensión de alimentos

Aunque el Código Civil no establece una edad límite para dejar de percibir la pensión de alimentos[71], si especifica de manera expresa la condición para que el mayor de edad vea satisfecho su derecho al decir «cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». Según la jurisprudencia, el concepto de formación no se debe entender en sentido estricto como sinónimo exclusivamente de formación escolar y universitaria, sino que admite una interpretación más amplia que abarca la «preparación de oposiciones», la cual pudiera será una situación que justificaría en principio el mantenimiento de la pensión alimenticia[72]. A sensu contrario, por ejemplo, en el derecho aragonés si se ha regulado y determinado la edad límite de veintiséis años para dejar de percibir la pensión de alimentos los hijos mayores en la edad[73]. Por su parte, las Audiencias Provinciales, han intentado, en múltiples ocasiones, fijar un límite de edad de forma expresa en torno a los veinticinco o veintiséis años, tal y como se recoge en la SAP Soria de 3 de marzo de 2010[74], pese a ello, finalmente, la STS de 6 de noviembre de 2019, abandona la línea de fijar una edad y concluye que no existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se habrá de estarse a las circunstancias de cada caso[75].

Consecuencia de la inexistencia de ningún tipo de límite de edad, existe un casuismo amplio a la hora de ofrecer respuestas en nuestros tribunales en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se solicitan los alimentos tal como indica la STS 558/2016, de 21 de septiembre que opta por no aludir a edades concretas para poner fin a la prestación alimenticia y por otorgar un plazo adicional para que el hijo mayor ponga remedio a una situación que a priori daría lugar a la extinción de la obligación, como es el caso de la falta de aplicación al trabajo, en el cual, el Tribunal «fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para adaptarse el hijo a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor a la extinción próxima de la pensión, de acuerdo con el art. 152.5 CC»[76]. Incluso, el TS en

71. El legislador no ha establecido ni en el CC, ni en ninguna otra ley un límite en virtud del cual el hijo mayor de edad alcanza la total independencia económica de sus padres, ni tampoco han regulado el momento en que se entiende que los hijos han completado su formación académica, de manera tal que puedan ejercer una profesión u oficio y cubrir ellos mismos sus necesidades. GANDARA TOMÉ, C., AZNAR DOMINGO, A., op. cit., p. 3.

72. Sentencia del TS de 8 de noviembre y 12 de julio de 2015.

73. El art. 69 del Código del Derecho Foral de Aragonés establece que «El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años (...)».

74. En un intento de congeniar *«el favor progenitoris con el favor filii»* considera la edad de 26 años como momento en el que se acredita que los hijos han terminado sus estudios y están en condiciones de acceder al mercado de trabajo. APARICIO CAROL, I., *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.202.

75. EDJ 2019/727386.

76. STS de 21 de septiembre de 2016, (RJ 2016\4443).

STS 635/2016, de 25 de octubre, reduce el plazo fijado de tres años porque considera que «aunque se estableció en la sentencia previa un plazo de tres años para que la hija culminara su oposición, ,y ese plazo no ha terminado, el hecho de que exista oferta de empleos suficientes para cubrir plazas de maestro, provoca que tenga posibilidades reales para acceder a un trabajo lo que hace innecesario esperar a que transcurran los tres años».

En definitiva, en materia de alimentos no rigen reglas genéricas de aplicación, sino que habrá que estar al estudio del caso concreto y a las circunstancias que concurren en cada supuesto para dar solución a las controversias que se plantean[77], de manera tal, que su resultado puede ser distinto al quedar la decisión de cada supuesto al prudente arbitrio del juez. En este sentido, comparto la postura de la profesora Gallardo, que indica que es necesario defender la conveniencia de atender, no sólo a la edad del hijo sino también, según el caso concreto, tanto a la realidad socioeconómica del país como a la actitud del hijo poniendo ambos factores en relación a la determinación de la obligación alimentaria. Todo ello, acompañado del cumplimiento del principio de buena fe por parte del hijo, entendiendo por tal el mantener una «actitud proactiva destinada a no cesar en la búsqueda de empleo o en mejorar su formación con el fin de mejorar su situación económica y, por tanto, que se pueda desprender una intencionalidad positiva por su parte». Es decir, resulta preciso que el hijo mayor de edad sea consciente y entienda que la pensión que recibe no tiene carácter vitalicio e indefinido, sino que se fija en atención a una situación de necesidad que debe ser superada mediante su propio esfuerzo y dedicación[78]. En mi opinión, tal como el profesor Rincón Andreu, afirma la clave del cese de la obligación de alimentos al hijo es la culminación de una independencia económica del hijo mayor de edad que le permita una autonomía personal[79]. Finalmente, también la postura de nuestra doctrina del TS va en esa dirección y es clara al respecto, establece que la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad se extiende hasta que estos alcanzan la «suficiencia» económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo[80].

77. MADRIÑAN VÁZQUEZ, op. cit., p. 182.

78. GALLARDO RODRÍGUEZ, op. cit., 22 y ss.

79. RINCÓN ANDREU, G., «Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad», *Diario La Ley*, Nº 9156, Sección Tribuna, 12 de marzo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

80. STS, núm. 547/2014 de 10 octubre. ECLI: ES: TS.2014:3937.

Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur

Eva María Polo Arévalo

El aforismo formulado en las fuentes romanas bajo el enunciado *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*, que equiparaba al reus que había confesado en la fase in iure del procedimiento con el condenado por sentencia, es una regla de la que se tiene constancia ya en la Ley de las XII Tablas, y que se mantuvo vigente durante toda la época clásica, desvaneciéndose posteriormente con la vigencia de la *cognitio extraordinem* por las propias características que tuvo este procedimiento[1] .

Las cuestiones que se han planteado en torno a la *confessio*[2], tales como su origen o evolución, su significado primigenio o su naturaleza jurídica, constituyen temas abiertos que no están resueltos en la actualidad, presentándose bajo perfiles difusos que continúan siendo objeto de discusión doctrinal. Lo cierto es que se trata de una materia compleja debido a la escasez de fuentes, y ello pese a que en el Digesto encontramos un título entero –D. 42, 2— dedicado por completo a la confessio; sin embargo, tanto los fragmentos que aparecen en este título, como algunos otros dispersos[3], no resultan en absoluto clarifica-dores del régimen que se aplicó en las distintas etapas, quizás por la falta de orden y claridad de los textos. No obstante lo anterior, la equiparación entre *confessus* y *damnatus* se encuentra formulada explícitamente en diversos fragmentos del Digesto, destacando, entre otros, D. 42, 2, 1, donde se afirma que confessus *pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*; D. 42, 1, 56, en el que Ulpiano deja constancia de que *qui in iure confessi, pro iudicatis habentur*; o los fragmentos 3, 5 y 6, de D. 42, 2, en

1. Sobre la *confessio in iure*, vid. A. GIFFARD, La *"confessio in jure", étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Thèse Université de Paris, París, 1900 (vid. la recensión de W. KISCH, «"André Giffard, La confessio in jure, étudiée spécialement dans la procédure formulaire», en ZSS, 22-1, 1901, pp. 225 y ss.); P. COLLINET, «L'histoire de la confessio in iure», en *NRH*, 29, 1905, pp. 171 y ss.; E. BETTI, «L'efetto della confessio e della infitiatio certae pecuniae nel processo civile romano», en *Atti Torino*, 50, 1914-1915, pp. 700 y ss.; «Les actiones ex confessione in iure nel processo romano classico», en *Atti dell'Istituto Veneto*, 74, 1914-1915, pp. 1.453 y ss.; W. PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est, Bedeutung des Satzes für den römischen Formularprozess, zugleich ein Beitrag zur Erklärung der Lex Rubria*, Heidelberg, 1924; M. WLASSAK, «Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren», en ZSS, 25, 1925, pp. 145 y ss.; S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, Catania-Milano, 1952; L. WENGER, «Zu drei Fragen aus dem röm. Zivilprozessrechte», en ZSS, 59, 1939, pp. 106 y ss.; S. DI PAOLA, voz «Confessione», en NNDI, IV, pp. 8 y ss.; R. FIORELLI, voz «Confessione», en *Enc. Dir.*, VIII, 1961, pp. 864 y ss.; TH. MAYER MALY, «Die unzutreffende «confessio in iure», en *Studi Biscardi*, 3, 1982, pp. 303 y ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I. Le legis actiones, Roma, 1962, pp. 303 y ss.; N. SCAPINI, La confessione nel diritto romano, I. Diritto classico, Torino, 1973, II. *Diritto giustinianeo*, Milano, 1983; W. LITEWSKI, «"Confessio in iure" e "sententia"», en *Labeo*, 22, 1976, pp. 252 y ss.; TH. YAN, «Confessus pro iudicato. L'aveu civil et l'aveu pénal à Rome», en *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge. Actes de la table ronde de Rome* (28-30 mars 1984), Rome, 1986, pp. 89-117; R. DE CASTRO, *Soluciones in iure a una controversia patrimonial. Transacción, juramento y confesión*, Sevilla, 2006; A. VILLANUEVA, «Diversas equiparaciones del juramento necesario en las fuentes», en *RIDROM*, 26, 2021.

2. Etimológicamente, el término latino "confessio", que está compuesto por el prefijo *"con"* –que significa "todo"—, la palabra *"fiteri"* –que significa 'admitir'— y el sufijo *"sion"* –que significa acción y efecto—, vendría a significar el reconocimiento que una persona realiza sobre un hecho propio, esto es, aceptando un acontecimiento o admitiendo conocer algún suceso o alguna circunstancia que conoce por haber sido protagonista de ella.

3. Vid., entre otros, D. 42, 1, 56; D. 4, 4, 9, 2; D. 9, 2, 23, 10; D. 9, 2, 23, 11; D. 9, 2, 24; D. 9, 2, 25, 1; D. 9, 2, 25, 2; D. 11, 1, 4, *pr.*; D. 11, 1, 5; D. 11, 1, 14, *pr.* y 1; D. 11, 2, 20, *pr.*; D. 12, 2, 38; D. 30, 71, 3; D. 38, 5, 1, 7; D. 39, 5, 29, 1; D. 42, 14, 6; D. 42, 3, 8; D. 43, 5, 1, 1; D. 44, 1, 9; C. 2, 4, 24; C. 2, 37, 1; C. 3, 10, 3; C. 7, 53, 9; C. 8, 35, 9.

los que, de forma más o menos evidente, se equiparan los efectos de la confesión emitida en la fase *in iure* a los de una condena:

D. 42, 1, 56. (ULPIANUS libro XXVII. ad Edictum). *Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur.*

D. 42, 2, 1.- (PAULUS libro LVI ad Edictum). *Confessus pro iudicato est, qui quadommodo sua sententia damnatur.*

D. 42, 2, 3. (PAULUS libro IX ad Plautium). *Iulianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiam si in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem eius damnetur: quia confessus pro iudicato habetur.*

D. 42, 2, 5. (ULPIANUS libro XXVII ad Edictum). *Qui stichum debere se confessus est, sive mortuus iam stichus erat sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.*

D. 42, 2, 6, pr. (ULPIANUS libro V. de omnibus Tribunalibus). *Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit.*

Cabe destacar además que la regla de equiparación entre *confessus* y *damnatus* se encontraba presente ya en la Ley de las XII Tablas, en concreto en la Tabla III, 1 y 2, según consta en dos testimonios de Gellio, donde, a pesar de la concisión y brevedad de los fragmentos, el sentido de sus palabras parece bastante claro: si el demandado había reconocido la deuda reclamada, se le concedían treinta días para pagar voluntariamente[4], transcurridos los cuales sin hacer efectivo el pago, quedaba sujeto a la *manus iniectio* del acreedor[5] .

Gell., 15, 13, 11. *"Confessi" autem "aeris", de quo facta confessio est, in XII tabulis scriptum est his verbis "aeris confessi rebus iudicatis triginta dies iusti sunto.*

Gell., 20, 1, 45. *Sic enim sunt, opinor, verba legis: "Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato.*

Así, la eficacia ejecutiva de la *confessio in iure* en la época de las *legis actiones* aparece claramente formulada en las fuentes como una de las distintas posturas que el demandado podía adoptar en su comparecencia –siendo su presencia obligatoria– en caso de

4. Algunos autores entienden que el periodo de treinta días no comenzaba a correr hasta que hubiera un acto especial del magistrado. Vid. a este respecto E. JOBBÉ-DUVAL, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, *La procédure par le pari (agere per sponsionem)*, Paris,1896, pp. 14 y ss.

5. Por otra parte, en la Tabla II, 3, se menciona la sanción para el que se hubiera negado a prestar testimonio, ya que, según relata FESTO, el demandado debía sufrir la *vagulatio*, que suponía sufrir las injurias que, con voz elevada, se profirieran contra él en la puerta de su casa.

que reconociera el derecho del actor[6]. La *confessio in iure* pondría fin al procedimiento[7], seguramente, porque la controversia, a partir de ese momento, habría desaparecido al haber admitido el *reus*, no algunos hechos o circunstancias determinadas, sino el propio derecho del actor, haciendo por tanto innecesaria la litiscontestatio y la continuación del procedimiento. Procedía en caso de confesión, por tanto, la aplicación del régimen arcaico de la ejecución en las *legis actiones* con aplicación de la *manus iniectio*, concediéndose por parte del magistrado un plazo de gracia al condenado de treinta días para el cumplimiento voluntario de la condena y, en caso de que éste no se produjera, se llevaría a cabo una primera ductio para el cumplimiento o a la presentación de un vindex idóneo[8] .

De esta manera, como el *confessus pro iudicatus est*, es decir, se le tiene por juzgado, se puede aplicar la manus iniectio pro iudicato, como apunta Gayo, en Instituciones, 4, 22, donde afirma que la manus iniectio se extendió a numerosos supuestos en virtud de algunas leyes:

Gai, Inst., 4, 22. Postea *quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

Cabe destacar en la Doctrina el estudio que llevó a cabo sobre esta materia Demelius y cuyos resultados vieron la luz en 1880 con la publicación de la conocida monografía bajo el título "Die Confessio in romischen Civilprocess[9]"; en ella, el autor pone de manifiesto que la fuerza ejecutiva de la confesión le viene dado como consecuencia de las características propias del procedimiento de las legis actiones y no por su correspondencia con la sentencia[10], que no siempre era ejecutable al ser emitida por un *iudex* privado

6. Así, por ejemplo, se pone de manifiesto en D. 42, 2, 6, 2, en el que se afirma, a propósito de la interposición de una acción reivindicatoria sobre un fundo, el demandado confiesa y se dice que será considerado entonces *atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset*: D. 42, 2, 6, 2. *(ULPIANUS libro V. de omnibus Tribunalibus). Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi marci debere et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis aestimabitur.*

7. Vid. el texto de PAULO en *Frag. Vat.*, 50, en el que afirma que *in iure cessionem lex XII Tab. confirmat*, deduciéndose del mismo que ya en esta época se conocía la *confessio* en la *legis actio* real. Vid. a este respecto, P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1906, p. 974, nt. 1 y p. 999.

8. En caso de que continuara sin cumplir, se procedería a una segunda *ductio* con encadenamiento durante sesenta días, en el que el condenado esperaría la posible liberación por parte de terceros que, si no se producía, llevaría a la muerte del condenado o venta trans *Tiberim*.

9. G. DEMELIUS, *Die Confessio in romischen Civilprocess*, Graz, 1880.

10. Hasta DEMELIUS, algunos autores habían afirmado que las disposiciones de la Ley de las XII Tablas sobre la *confessio in iure* sólo podían explicarse por una asimilación entre la *confessio* y el juicio, como se dejaba constancia en D. 42, 2, 1,

y no estar revestida de autoridad pública[11]. Demelius pone de manifiesto que, en este procedimiento, la satisfacción del derecho del actor se obtenía a través de la pronunciación de las palabras solemnes y del ritual prescrito para cada *legis actio*[12] y, por lo tanto, la falta de oposición del demandado supondría de facto la renuncia a su defensa, lo que conllevaría una ausencia de controversia y, como consecuencia de ello, a la realización inmediata del derecho del actor[13].

Los efectos de la confesión, sin embargo, eran diferentes en caso de que la acción ejercitada fuera *in rem o in personam*, ya que, en este último caso, la *confessio* tendría como consecuencia la *manus iniectio* sobre el deudor de forma directa si el pleito se refería a la reclamación de una suma de dinero, pero si se trataba de la legis acito sacra*mento in rem*, lo que se producía era la *in iure cessio*, por la cual el demandado podía ceder la cosa voluntariamente o bien entregarla al pretor, llevándose a cabo la addictio, como se desprende del texto de las Instituciones de Gayo, 2, 24, en el que se afirma que *la confessio in iure en la actio in rem* tenía fuerza ejecutiva después de la *addictio* del magistrado. En este caso, la addictio consistirá en un acto de atribución de la cosa por parte del magistrado en el que se adjudicaba la propiedad, pero que era un efecto

inmediato, surgido de las propias declaraciones de las partes, al haber afirmado el demandante su derecho y haber reconocido el demandado el mismo[14] .

Más problemática se ha planteado el régimen de la *confessio in iure* en el procedimiento formulario, existiendo división de opiniones en la Doctrina, ya que algunos autores como Di Paola han entendido que la *confessio* se equipararía a la *iudicatio* pero no a la *condemnatio*, por lo que se haría necesario el pronunciamiento del magistrado para que pudiera ejecutarse[15] . Lo cierto es que, en esta etapa, la confesión acontecida en la

puesto que se entendía que el demandado, confesando, se había condenado a sí mismo. Esta conclusión se apoyaba en el texto de la ley de las XII Tablas que equiparaba al demandado confeso y al *iudicatus* y sobre la base también de considerar que la ejecución era consecuencia natural de la controversia judicial. Vid. en especial, M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, I, Bonn, 1871, pp. 117 y ss.

11. Vid. a este respecto F. LA ROSA, L'"*Actio Iudicati" nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 23. El autor entiende que en el proceso civil romano la *confessio in iure* sería la base jurídica de la *actio iudicati*, toda vez que las partes se sometían a la decisión de una tercera persona que no actuaba como delegado estatal en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales.

12. G. DEMELIUS, *Die Confessio..., cit., pp.* 43 y ss.

13. De esta manera, según DEMELIUS, la *confessio in iure* tendría fuerza ejecutiva en las acciones donde al demandado se le concedía la posibilidad de oponerse, esto es, en el caso de la *manus injectio* pura, en materia de *pignoris capio*, cuando es un particular, en la *legis actio sacramenti in rem e in personam* y en la *legis actio per condictionem*, siendo difícil admitir que pudiera tener efecto ejecutivo en la *legis actio per judicis arbitrive postulationem*. G. DEMELIUS, *Die Confessio..., cit., pp.* 43 y ss.

14. *Gai, Inst., 2, 24. In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.*

15. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. 72 y ss. Para DI PAOLA sólo en el periodo arcaico la *confessio* podía llevar aparejada la ejecución, pero una vez instauradas las *legis actiones* y el formulario, el único proceso que se podía seguir contra el confeso era el de cognición.

fase *in iure* presenta alguna peculiaridad respecto a las *legis actiones* por la supresión de las solemnidades y la incorporación de la libertad de forma en la discusión y debate entre las partes[16] . No obstante, puesto que continúa la división del procedimiento en dos fases, también ahora la *confessio* podía tener lugar en ambas, si bien la que se llevaba a cabo en la fase *in iure* no tenía ni la misma naturaleza ni producía los mismos efectos que la *confessio in iuditio*[17] : sólo la primera, como afirma Liebman[18] , excluiría el litigio mientras que la segunda sería un medio probatorio más, si bien con una especial relevancia[19]. Puesto que la *confessio* celebrada en la fase in iure recaía sobre el derecho del actor –la pretensión en su conjunto— producía el reconocimiento integral de una determinada situación jurídica; no se trataba, por tanto, de reconocer hechos singulares, sino de admitir una determinada situación jurídica, perjudicando en su totalidad al confesante al realizar un acto dispositivo de sus derechos. La confessio in iuditio, sin embargo, versaba sobre hechos concretos, constituyendo un medio de prueba encaminado a obtener el convencimiento del juez en orden a algún extremo alegado[20] .

No obstante lo anterior, como se ha apuntado anteriormente, algunos autores[21] han defendido que el régimen de la *confessio in iure* en el procedimiento formulario difiere en gran medida con el que existió en las *legis actiones*, ya que en éste lo que se producía era un abandono de cualquier posibilidad de defensa por parte del demandado lo que llevaba a que el actor conservara intacta su pretensión y, por tanto, la *litis* ni siquiera se iniciara. Sin embargo, en el procedimiento formulario, la *confessio* lo que daría lugar sería a una fase de ejecución ya que se hacía necesaria una *condemnatio*[22]. Así, y sin dudar que la regla *confessus pro iudicato habetur* continuó vigente en el procedimiento formulario, entiende Di Paola que la vía ejecutiva no se abriría de forma inmediata, salvo que la confesión recayera sobre una cantidad cierta de dinero[23].

16. Efectivamente, según WLASSAK la confesión era un acto solemne en el que debían pronunciarse determinadas palabras para su validez, si bien con el tiempo seguramente se le despojaría de su formalidad. Vid. M. WLASSAK, «Der Gerichtsmagistrat...», cit., pp. 118 y ss.

17. La *listiscontestatio*, por tanto, continúa siendo el elemento central del proceso civil romano en tanto continúa la división del proceso civil romano en dos etapas: *in iure* ante el magistrado e *in iudicio* ante el *iuder*, produciéndose en esta última una novación de la relación entre las partes al transformarse el derecho material que constituía el objeto del pleito. Vid. a este respecto J. GOLDSCHMIDT, *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936, p. 62.

18. E. T. LIEBMAN, «Sul riconoscimento della domanda», en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, pp. 451 y ss.

19. Según E. T. LIEBMAN, «Sul riconoscimento...», *cit.*, pp. 451-495, en la *confessio in iure* la afirmación sobre el derecho se hacía sobre la pretensión en su conjunto, produciéndose así el reconocimiento integral de un derecho que perjudicaba al confesante. La confesión, por tanto, producía según el autor su propia condena sin que el verdadero proceso se hubiera iniciado y precisamente esta circunstancia es lo que abría la posibilidad a que el actor procediera por vía ejecutiva de forma inmediata.

20. LIEBMAN entiende que la *confessio in iuditio* no vincularía al Juez porque en el sistema romano tenía una

21. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. pp. 72 y ss.

22. Según DI PAOLA, de la confesión no nacía un nuevo vínculo entre demandante y demandado ni surgía un nuevo derecho ni tampoco daba lugar a la posibilidad de una actuación directa en vía ejecutiva. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. pp. 102 y ss.

23. Por tanto, según DI PAOLA, la regla *confessus pro iudicato est* solo tendría su aplicación en su significado original

Parece, por tanto, pacífica en la Doctrina la posición mantenida en cuanto a que la *confessio* emitida en la fase *in iure* también en el procedimiento formulario se entendía como el reconocimiento de la pretensión del actor por parte del demandado, si bien, puesto que la condena en este proceso debía ser siempre pecuniaria[24], los efectos de la confesión eran muy distintos según la actio ejercitada. Si se trataba de la *actio certie pecuniae*, la confesión ocasionaba la finalización del pleito en la *fase in iure*[25], pudiendo ejercitarse directamente la ejecución sobre el deudor[26]. En el resto de los supuestos existe debate doctrinal en cuanto a si sería necesario o no que el juicio continuara *apud iudicem*, con ejercicio de una actio confesoria que tuviera por finalidad la fijación de la cuantía de la deuda[27]. En ella, el juez debería limitarse a llevar a cabo la *aestimatio*, sin que le estuviera permitido entrar a valorar el fondo del asunto porque los hechos quedaban fijados como no controvertidos –por efecto de la confesión– y, por tanto, la

en la época arcaica puesto que, posteriormente, con la incorporación de la *condemnatio*, la equiparación entre *confessio* y *iudicatum* desaparecería porque se hacía necesario en todo caso que se estableciera la cuantía de la condena. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. p. 21. Cfr. W. LITEWSKI,
«"Confessio in iure" e "sententia"», cit., p. 252; F. LA ROSA, *L'"Actio Iudicati", cit.*, pp. 23 y ss. y M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 202 y G. DEMELIUS, *Die Confessio...*, *cit.*, p. 141.

24. Vid. a este respecto, A. BURDESE, «Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano», en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, I, 1989, pp. 175 y ss. y U. VON LÜBTOW, «Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'», en ZSS, 68, 1951, pp. 357 y ss.

25. L. BERNAD SEGARRA, «Sobre el valor de la *confessio in iure certae pecuniae*. Especial mención a su recepción en *furs* y les *costums de tortosa*», en *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno: actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2000, pp. 91 y ss.

26. Las consecuencias en las acciones reales en las que existía *in iure cessio* eras muy diferentes a las perso-nales, ya que, en todas las épocas del derecho romano, en el primer supuesto, se permitía siempre que el demandado abandonara la cosa sin necesidad de que se defendiera y así el *in iure cedens* sólo soportaba que al final se concediera al demandante la facultad de que se apoderara la cosa, atribuyéndose la pose-sión por parte del magistrado. Sin embargo, en las acciones *in personam* en las que se había producido la *confessio in iure*, el *confesus* se equiparaba al *iudicatus*, debiendo soportar una acción ejecutiva, en la que, si no comparecía, se le consideraba *indefensus*, lo que, a su vez, suponía que se le aplicara la sanción de la inmissio sobre sus bienes con entrega al actor a través de una *missio in bona*, facultándole para pro-ceder a su venta para el cobro de la deuda. No obstante, según se desprende de D. 42, 3, 8, parece que el *confessus* –como el *reus iudicatus*– podía acceder también al beneficio de la *cessio bonorum*, realizando una declaración solemne ante el magistrado competente. D. 42, 3, 8. (ULPIANUS, *libro XXVI. ad Edictum*). Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, *condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet*. Vid. C. BUZZACCHI, *Studi sull´´actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, pp. 4 y ss.

27. La efectividad jurídica variaba si la confesión tenía por objeto una cantidad cierta o si se tratara de *confessio incerti*, ya que, en el primer caso, al confeso se le tenía directamente por juzgado mientras que, en el segundo, era necesario realizar la estimación del asunto, por lo que se hacía necesario abrir un procedimiento con la *actio confesoria* para tener al confeso por juzgado (D. 9, 2, 25, 2. (*Ulpianus, libro XVIII ad Edictum*). *Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes*). Sin embargo, lo que había confesado el demandado se daba por probado y no cabía investigar sobre ello. Si el demandando, después de llevarse a cabo el avalúo, no satisfacía el derecho del actor, entonces se podía iniciar la *misio in bona*. Vid. a este respecto, S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, p. 9. Se oponen W. LITEWSKI, «"Confessio in iure" e "sententia"», *cit.*, p. 252; F. LA ROSA, L'"Actio Iudicati", cit., pp. 23 y ss. y M. KASER - K. HACKL, Das römische..., cit., p. 202 y G. DEMELIUS, *Die Confessio...*, *cit.*, p. 141.

actuación del juez debía quedar reducida a determinar el importe de la deuda o del valor del objeto reclamado y a dictar la sentencia, que en todo caso debía ser condenatoria[28]. Así se desprende de D. 42, 2, 6, pr., ya citado anteriormente, y del fragmento 1[29] así como de D. 42, 2, 8:

D. 42, 2, 6, 1. (ULPIANUS libro V. de omnibus Tribunalibus). Si *quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus stichum vel fundum dare se oportere, urgueri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur.*

D. 42, 2, 8. (PAULUS libro IV. ad Sabinum). *Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae, an in rerum natura esset, incertum sit.*

Sin embargo, puesto que en D. 9, 2, 25, 2 se afirma que la acción derivada de una *confessio* se da, no para juzgar el asunto, sino para estimarlo[30], De Castro-Camero31[31] se plantea la cuestión en caso de *confessio* de *certa pecunia*, porque, si, según afirma la autora, no hay nada que juzgar y nada que estimar, qué sentido tendría que no se pudiera proceder a la ejecución directa –bien patrimonial mediante la *missio in bona*, bien a la personal mediante la *ductio*– y, sin embargo, debiera existir una acción ejecutiva adicional[32]. Así, según la autora, la *actio iudicati* tenía sentido porque la sentencia declarativa había sido emitida por un juez que no tenía autoridad para hacer cumplir el iudicatum, supuesto muy distinto a aquél en el que la confesión se prestaba ante un magistrado porque entonces tenía más poder que la *res iudicata*, resultando una reiteración que se tuviera que examinar si hubo o no confesión[33]. En el mismo sentido, entiende Mainino que el procedimiento formulario no iba a modificar ni los títulos ejecutivos que se producían con la *confessio* o la *iudicatio*, ni tampoco la necesidad de acudir a una nueva acción ejecutiva para lograr la satisfacción del demandante; por tanto, siempre sería necesaria la *actio iudicati* y no como afirman otros autores una *actio* especial[34].

28. Según DI PAOLA, en el caso de que se tratara de una acción real, el efecto de la *confessio in iure* sería la *addictio*, que permitiría al pretor la atribución de la cosa al demandante. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, p. 21.

29. Se recurre con frecuencia a D. 42, 2, 6, 1 para poner de manifiesto la generalización de los efectos de la *confessio in iure*, que ULPIANO atribuye a la *oratio* senatorial de MARCO AURELIO por la expresión *omne omnino*. En contra, G. DEMELIUS, *Die Confessio..., cit.*, pp. 194 y ss., que opina que *omne omnino* no viene referido a todas las acciones, sino tan sólo a aquellas que tenían cláusula de restitución, negando la clasicidad del texto. Vid. también N. SCAPINI, La confesssione..., I, *cit.*, pp. 77 y ss.

30. D. 9, 2, 25, 2, ya citado en nota 27. Vid. D. Pugsley, «Causation and Confessions in the Lex Aquilia», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis,* 38, 1970, pp. 163 y ss.

31. R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in iure" a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla, 2006, pp. 226 y ss.

32. Vid. R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in iure"..., cit.*, p. 229.

33. G. DEMELIUS (*Die Confessio..., cit.*, p. 216) ha apoyado la idea de que la *confessio* hace nacer una acción ejecutiva, apoyándose en *Paul. Sent.*, II, 1, 5 en el que se afirma que *si qui debitum quocumque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur sedad solutionem compellitur.* En el mismo sentido,
M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der germanisch-romanische Civilprozess, cit.*, pp. 547 y ss.

34. En efecto, G. MAININO («Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Rivista de Diritto Romano*, 2012, pp. 11 y ss.) no acepta que la *actio iudicati* deba tener en el procedimiento formulario un carácter peculiar puesto que se trata de una acción que no se puede comparar con la *manus iniectio*, aparte de que no conlleva una ejecución personal sobre el deudor. Estas posturas se encuentran en oposición con la tesis de A.F. RUDORFF (*EP*, Lipsiae, 1969, pp. 199 y 200) que

También se ha generado debate doctrinal en torno a la cuestión de si existió la posibilidad para el confesante de retractarse por haber cometido algún error en su declaración, ya que de D. 42, 2, 5 parece desprenderse que no sería posible revocar la confesión:

D. 42, 2, 5. (ULPIANUS libro XXVII. ad Edictum). *Qui stichum debere se confessus est, sive mortuus iam stichus erat sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.*

En el texto, Ulpiano afirma que, si el demandado había reconocido que debía a un esclavo, aunque éste hubiera fallecido tras la *litiscontestatio*, aquél debía ser condenado igualmente. De ahí que algunos autores hayan alegado que, con base en la presunción de veracidad que caracteriza a la confesión, si hubiera existido un error por parte del *confessus*, le sería imposible retractarse de su declaración[35]. Sin embargo, otros autores han entendido que en caso de error la confesión no tendría la misma fuerza ejecutiva, puesto que no es más que un acto procesal y no una disposición sobre el derecho y, por tanto, la confesión puede ser revocada en el momento en que se alegue la existencia de error de hecho[36].

En la época de las *legis actiones*, el error no modificaba los efectos que conllevaba la confesión al no contemplarse que éste pudiera haberse equivocado, pero en el periodo clásico, como se aprecia en D. 42, 2, 2, el régimen aplicable al error de hecho –no de derecho– en la declaración sufrió una notable variación puesto que se anulaba la confesión[37]:

D. 42, 2, 2. (ULPIANUS libro LVIII ad Edictum). *Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit.*

D. 42, 2, 4. (PAULUS libro XV ad Plautium). *Si is, cum quo lege aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur.*

Muy relevante en el estudio de la regla objeto de este trabajo lo constituye la lex Rubria de Gallia Cisalpina, algo posterior, según Riccobono, al año 49 a.C[38]. En ella, concretamente en los capítulos XI y XII, se encuentra explícitamente recogida la eficacia ejecutiva de la *confessio* al equiparar los supuestos en que había un deudor confeso a aquellos en los que había existido sentencia condenatoria[39].

plantean la posibilidad de una doble vía ejecutiva dependiendo de si existió o no oposición del demandando, dando lugar a una nueva acción en el primer caso o a la ejecución inmediata en el segundo. Vid. también a este respecto A. GIFFARD, *La "confessio in jure", cit.*, pp. 80 y ss.

35. M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der germanisch-romanische Civilprozess, cit.*, p. 117.

36. G. DEMELIUS, *Die Confessio..., cit.*, pp. 86-98.

37. Ello sin restarle su fuerza ejecutiva, porque si no era nula, entonces daba paso a la *actio iudicati*.

38. S. RICCOBONO, «FIRA», I (Leges), Firenze, 1968, pp. 169 y ss. Como afirma LA ROSA, como quiera que las fuentes referidas a la *confessio in iure* son muy escasas y la reconstrucción de su régimen ha sido objeto de polémica doctrinal, la relevancia de la confessio in iure, en opinión del autor, tendría mucho que ver con la importancia que se le otorgue a la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* y a la reglamentación que en ella se contiene. F. LA ROSA, *L'"Actio Iudicati"*, cit., p. 24.

39. O. GRADENWITZ, Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes, Heidelberg, 1915; G BESELER, «Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung», en *ACJI*, 1, Roma, 1935, pp. 336 y ss.; M. WLASSAK, *Konfessio in iure und*

En los municipios de la Gallia Cisalpina, los magistrados municipales reservan el mismo tratamiento a los deudores *confessi* que a los *indefensi*, equiparándolos a todos aquellos en los que había existido sentencia condenatoria. Ahora bien, existe discrepancia doctrinal en cuanto a si era necesario o no una *actio iudicati* y, a este respecto, en opinión de algunos autores sí sería necesario[40] , mientras que otros como Betti entendían que la propia confesión tendría fuerza ejecutiva cuando su objeto lo constituyera una deuda de dinero cuya cantidad fuera cierta y determinada[41].

Lo cierto es que numerosos aspectos de la ley han sido objeto de discusión doctrinal, pero, por lo que al principio examinado concierne, la polémica ha girado en torno a si esta equiparación entre *confessus* y *damnatus* estuvo circunscrita al ámbito municipal al que se refería la Ley o era general para todos los procesos civiles romanos durante la etapa clásica. El debate generado entre los diversos autores que han estudiado la ley resulta interesante y, como afirma Mainino, las dos posturas discrepantes dependen del alcance que se otorgue a la lex Rubria. En este sentido, Di Paola sostiene que la equiparación de *confessus* y *damnatus* sólo habría existido en los municipios de la Gallia Cisalpina, siendo en Roma excepcional, entre otros motivos, porque los magistrados tenían otros instrumentos a su servicio, tales como la *missio in possessionem*[42]. El autor entiende que esta asimilación tenía sentido en los municipios de la Gallia Cisalpina y por ello la lex Rubria regula de forma meticulosa el caso del confessus de *certa pecunia*[43].

Por lo tanto, Di Paola entiende que la lex introduce nuevas reglas y principios en el

*Defensions*weigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina, München, 1934; M. W. FREDERIKSEN, «The lex Rubria. Reconsiderations», en *Journal of Roman Studies*, LIV, 1964, pp. 129 y ss.; G. NEGRI, «Appunti sull´´indefensio nella condictio certae creditae pecuniae ex lege Rubria», en *Atti del III Convegno di Studi Veleiati*, III, Milano, 1969, pp. 241 y ss.; F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina. Text. Übersetzung und Kommentar mit Einleitungen, historischen Anhängen und Indizes*, Leiden, 1972; M. LAURIA, «Lex Rubria», en *Studi e ricordi M. Lauria*, Nápoles, 1983, pp. 608 y ss.; U. LAFFI, «La lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Athenaeum*, 64, 1986, pp. 5 y ss. y «Di nuovo sulla datazione del Fragmentum Atestinum», en *Athenaeum*, 78, 1990, pp. 167 y ss.; G. BRUNAZZI, «Aspetti paleografici e linguistici della Lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Archivio storico per le province Parmensi*, 4-4, 1990, pp. 451 y ss.; M. G. ARRIGONI BERTINI, «Mommsen, Veleia e la lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Rivista storica dell'Antichità*, 24, 1994, pp. 155 y ss.; D. NOERR, «Zur condemnatio cum taxatione im Römischen Zivilprozess», en ZSS, CXII, 1995, pp. 51 y ss.; W. DAJCZAK, «La funzione della espressione 'ex bona fide' nella Lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 43, 1996, pp. 133 y ss.; A. RODGER, «Jurisdictional Limits in the Lex Irnitana and the Lex de Gallia Cisalpina», en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, CX, 1996, pp. 189 y ss.; A. TORRENT, «A propósito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: Cap. XXIII», en ADHE, 1996, pp. 593 y ss.; A. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, «Mainino, Gianluca, Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina», en *Revista de estudios histórico- jurídicos,* 36, 2014, pp. 536 y ss.

40. W. PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est..., cit.*, pp. 81 y ss.

41. 41 E. BETTI, «L'effetto della "confessio" e della "infitatio certae pecuniae" nel processo civile romano», en ATO, 50, 1914-15, pp. 101 y ss.

42. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. 4 y ss. Igualmente opina que la equiparación entre *indefensus* y *iudicatus* tendría en Roma un carácter excepcional.

43. Así, los procedimientos municipales eran más ágiles y sencillos que los celebrados en Roma, ya que la *ductio* tendría siempre carácter definitivo no sólo en el caso del *confessus* sino también del *indefensus*. En este sentido, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht, cit.*, pp. 201 y ss.

caso de la *confessio* e intenta negar la procedencia de una *actio iudicati* como consecuencia de ella, alegando que, en Roma, para casos de indefensión, se utiliza la *missio in bona* que no estaba al alcance de los magistrados municipales. Así, la ley abriría la ductio con base en la ficción de *dammnatio*, siendo la gran novedad de la ley la distinción entre *confessus, iudicatus* y *damnatus*. Como se ha mencionado anteriormente, Di Paola ha defendido que en el procedimiento formulario se produjo la quiebra de la regla de equiparación entre confessus y damnatus –entiende que sólo existió equiparación con el *iudicatus*– pero que la lex Rubria dictada para la Gallia Cisalpina constituyó una excepción puesto que sí dispuso la equiparación entre deudor *confeso* y *damnatus*, si bien únicamente del confesante *certae pecuniae* que no se hubiera defendido *uti oportebit*[44]. No obstante, autores como Kaser o Mainino no comparten la tesis Di Paola, puesto que entienden que la lex Rubria, más que introducir novedades respecto al régimen general, se limita a hacer referencia a los poderes de los magistrados municipales, en los que, si bien es cierto que se percibe alguna especificidad entre las figuras del iudicatus y el damnatus, en todo caso no se apreciaría esta diferencia cuando se tratara de una reclamación de cantidad determinada de dinero en ejercicio de la *actio certi*[45].

Lo cierto es que la Ley describe de forma detallada las posturas procesales que el demandado podía adoptar en la fase *in iure* y que darían lugar a la *fictio damnationis*, destacando además la extensión de los poderes que se conceden al magistrado para agilizar el procedimiento y tutelar el derecho ejercitado por el actor. Entre las conductas que el demandado podía mantener y que daban lugar que se le considerase *damnatus*, se distinguen tres posibles –la del *confessus*, la del *non respondens* y la del *non defensus*– aunque algunos autores[46] han preferido reducirlas a dos –distinguiendo entre *confessus* e *indefensus* y el *in iure non respondens e indefensus*[47]–. En cualquier caso, y como afirma Torrent, siguiendo a Wlassak, la ampliación solo alcanzaba a litigios cuya cuantía no excediera de quince mil sestercios, porque la competencia de los magistrados municipales solo alcanzaba a un valor determinado[48].

Terminamos el análisis del Derecho Romano con una referencia sucinta al derecho postclásico y justinianeo, donde la fuerza de la confessio se va desdibujando con la aparición de la *cognitio extra ordinem*. A este respecto, se debe tener en cuenta que el

44. S. DI PAOLA, *Confessio in iure, cit.*, pp. 8 y ss.

45. Entienden estos autores que en la *confessio certae creditae pecuniae*, igual que en el *iudicatum*, se daba paso a una acción ejecutiva, puesto que, aunque en el caso del *iudicatus* no se produjera inicialmente la valoración pecuniaria sino un vencimiento genérico en el juicio, lo cierto es que posteriormente se produjo una equiparación entre el *iudicatus* y el *damnatus*.

46. G. MAININO, «Studi sul caput XXI della lex Rubria...», *cit.*, pp. 11 y ss.

47. Vid. W. PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est..., cit.*, pp. 23 y ss. y también G. BESELER, «Eigentümsubergang und Kaufpreiszahlung», *cit.*, p. 342.

48. Vid. *lex Rubria*, XXI. 4, 19 y XII, 28 y *Paul. Sent.*, 5, 5a, I. TORRENT y WLASSAK entienden que el desarrollo de estos procesos de poca cuantía no era necesario que se dilucidaran en Roma, pero tenían el problema de que los magistrados municipales no podían decretar la *missio in bona*, por lo que para evitar tener que reenviar el pleito allí la *lex Rubria* introdujo una importante innovación que consistió en dotar de poderes suficientes al magistrado municipal equiparando el *indefensus* al *damnatus* y así que el actor pudiera instar la *actio iudicati*. Vid. A. TORRENT, «A propósito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina...», *cit.*, pp. 593 y ss. y M. WLASSAK, *Konfessio in iure..., cit.*, 147 y ss

procedimiento sufre una transformación evidente por su desarrollo en una sola etapa, que va a desembocar en la desaparición de la base convencional que caracterizaba al procedimiento formulario, en favor del fortalecimiento del arbitrio judicial[49]. Todo ello va originando que la *confessio* vaya quedando configurada como un medio de prueba, si bien, como afirma Kaser, revistiendo un valor decisivo en tanto que vinculaba al Juez en su fallo[50].

La confesión en derecho justinianeo se constituye, pues, como medio probatorio relevante en tanto que su contenido debía ser tenido en cuenta por el juez en su sentencia, tal y como se desprende de C. 7, 59, 1 y C. 2, 58, 2, 7:

C. 7, 59, 1. Imperator Antoninus. *Confessos in iure pro iudicatis haberi placet. quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris.* ant.
a. iuliano. <a 211 accepta prid.K.Oct.Gentiano et basso conss.>

C. 2, 58, 2, 7. Imperator Justinianus. *Sin autem reus hoc sacramentum subire recusaverit, in his capitulis, quae narratione comprehensa sunt, pro confessio habeatur et liceat iudici sententiam proferre, quemadmodum et ipsa rei qualitas suggesserit.* <a 531 pp. x k. mart. constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>

En estos textos se sigue recogiendo la máxima de equiparación entre *confessus* y *iudicatus*, incluso en C. 7, 59, 1 con el mismo enunciado que en las épocas anteriores, puesto que en él se afirma que los deudores confesos en juicio debían ser considerados como juzgados, aunque quizás esta formulación sea tan sólo una reminiscencia de anteriores etapas y en realidad no llegara a tener una aplicación literal[51].

En cualquier caso, viene a demostrar que la confesión vinculaba al Juez en su decisión y que la sentencia, inexorablemente, era condenatoria para el confessus y, siendo cierto que la confesión no sustituía al juicio, se convertía en el fundamento para el fallo[52] y parece que en la mayoría de los autores piensan que, al menos si el objeto de la con-

49. G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla "cognitio extra ordinem". Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 130.

50. En los periodos postclásico y justinianeo, según el autor a medida que la base convencional del proceso desaparece y se fortalece el arbitrio judicial, entonces la confesión se va desdibujando y se transforma en un medio de prueba, si bien revistiendo un valor decisivo ya que vinculaba al Juez. M. KASER - K. HACKL, *Das römische...*, *cit.*, pp. 90 y ss.

51. Vid. también C. 6, 31, 4. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Sicut maior quinque et viginti annis, antequam adeat, delatam repudians successionem post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit, sed ius quod habuit retinet nec, quod confessos pro iudicatis habere placuit, ad vocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet. diocl. et maxim. aa. et cc. modestino mil. <a 293 s.V k.Ian.Sirmi aa. conss.>*

52. La posibilidad de tomar prendas y venderlas de aquellos que confesaron su deuda aparece también en *Paul. Sent.* 5, 5a, 4: *Eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt.* También en C. 7, 53, 9 autoriza a tomar bienes en prenda a los deudores que confesaban la deuda, aludiendo a la confesión judicial ante el gobernador de la provincia. C. 7, 53, 9. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conveni provinciae, qui, sive confessi debitum sive negantes et convicti fuerint condemnati nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint, cum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea quae saepe constituta sunt meruerunt exsecutionem, iuris formam tibi custodiet. diocl. et maxim. aa. et cc. glyconi. <a 294 s. non. nov. cc. conss.>*

fesión recae sobre una *certa res* o *certa pecunia*, parece que la confesión tendría fuerza ejecutiva directa, sin necesidad de que se tuviera que recoger en una sentencia[53].

Realizamos a continuación una sucinta referencia de la recepción de la regla *confessus pro iudicato est* en Derecho histórico español, que, en líneas generales, adquiere un significado distinto al que tenía en Derecho Romano, en tanto que la confesión pasa a los cuerpos legales como un medio de prueba, aunque, eso sí, ocupando una posición preeminente frente al resto. Calificada en la práctica forense como regina, ómnium o *ilustrissima probatorum*, los hechos reconocidos en la confesión vinculaban al Juez e incluso relevaban del *onus probandi* a la otra parte, ya que debían ser tenidos como definitivos a partir de ese momento. Se deduce de algunos textos legales que uno de los objetivos principales de este medio de prueba es acelerar lo más posible la conclusión del pleito. La posición de prioridad frente al resto de medios de prueba –que incluso llega a impedir su práctica respecto de los hechos reconocidos en ella– ha ocasionado que algunos autores hayan abogado por considerar que la confesión, en realidad, no era un medio de prueba, sino que tenía una naturaleza que iba mucho más allá[54].

Así, en el Fuero Juzgo, si bien se preveía en el título II, 1, 21 que la prueba de confesión fuera subsidiaria de la documental y la testifical –presentando a éstas como prioritarias y más relevantes–, también se afirmaba que, si el demandado reconocía ante el juez lo que se le reclamaba, ya no era necesario otro medio de prueba[55]:

FUERO JUZGO, II, 1, 21. *Sea dado el sagramiento de las partes, cuando no pudier ser provado por testigo ni por escripto. 23. ...e si aquel que es llamado que responda, manifestare ante el iudez lo que demandan, no es menester que de otra prueba el que demanda...*

En el Fuero Real se recoge esta máxima en el libro II, título 7, al establecer que quien reconocía lo que se le pedía en el pleito, tanto personalmente como a través de su representación, sería condenado sin que pudiera practicarse otro medio de prueba[56]. Por lo tanto, con carácter general, la confesión únicamente tiene efectos perjudiciales frente al confesante, pero no frente a terceros[57]. Para que ello ocurra tiene que estar apoyada y

53. E. T. LIEBMAN, «Sul riconoscimento...», cit., pp. 78 y ss. En el caso de *incerti confessio*, el juez debería entonces obligar al *confessus* a precisar una *certa quantitas*.

54. En este sentido, MONTERO AROCA ha entendido que, "más que prueba, la confesión relevaba de la prueba", es decir, eximía a la parte contraria de la carga de la prueba. J. MONTERO AROCA, *La herencia procesal española*, México, 1994, pp. 36 y ss.

55. En algunos fueros locales ya se preveía que el juramento de la parte debía ser también apoyada con testigos. Así, en los fueros de Soria, Cáceres, Alcaraz, Baeza y Haro, entre otros, exigían la declaración de varios testigos y el fuero de Alcalá, por su parte, establecía que, en vez del juramento de cuatro vecinos, podía utilizarse la manquadra.

56. Sin embargo, parece que el valor que la Doctrina dio a la confesión, en la práctica en realidad no la tuvo porque parece que no se utilizaba con frecuencia, al contrario de lo que ocurría con el juramento, que sí aparece en los pleitos sin límites de fases procesales. Vid. a este respecto, J. VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, «La regulación del proceso en el Fuero Real», en *ADHE*, 55, 1985, pp. 495 y ss., en concreto, la p. 537.

57. Como afirma ORTIZ DE ZÚÑIGA se establece en Partidas que de ninguna de estas maneras pueden conocer la verdad, entonces debe recibir a testigos, por lo que la prueba de interrogatorio de parte parece preminente respecto de las demás. Dice el autor que "confesión judicial o conoscencia, como la ley de Partida la llama, es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma de la verdad de un hecho". Vid. M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, «Práctica general forense», en

acompañada de otros medios[58], careciendo de efectos la confesión que había sido realizada por error de hecho siempre que pudiera probarse antes de que se dictara sentencia, tal y como se deduce de lo establecido en este cuerpo legal F.R. II, 7, 1.

En la regulación de partidas, la confesión era denominada "cognoscencia"[59] y se considerada que es una prueba plena[60], aunque algunos autores como Alonso Romero han discutido que se trate de un simple medio de prueba, considerando "la confesión, tal como está regulada en el texto Alfonsino, releva de la prueba", ya que, al igual que ocurriría con el juramento, posiciones y respuestas suplen a las pruebas puesto que puede hacerlas innecesarias"[61]. La confesión puede realizarse a instancia de parte o de oficio y en cualquier momento del pleito, incluso estando los autos inconclusos siempre que no se haya dictado sentencia.

En realidad, en el proemio del título XIII, la confesión se presenta como la "prueba más cierta, é más ligera, e con menos trabajo, e costa de las partes, que aduzir testigos, o cartas, para prouar lo que demandan"[62], continuando en el título IV afirmando que la prueba de confesión se presenta como el medio más idóneo para que los jueces averigüen la verdad en los juicios, si bien se dice en P. III, 4, 11, 12 que con la confesión se produce el *"acabamiento e fin de las contiendas que nacen entre los homes"*

P. III, 4, 11. *Cómo los judgadores deben escodriñar por quantas maneras pudieren de saber la verdad de los pleytos que fueren comenzados antellos. Verdat es cosa que los judgadores deben catar en los pleytos sobre todas las cosas del mundo: et por ende quando las partes contienden sobre algunt pleyto en juicio deben los judgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdat dél por quantas maneras podieren: et primeramente por conoscencia que fagan por sí mismos el demandador et el demandado en juicio, ó por preguntas que los jueces fagan á las partes en razón de aquellas cosas sobre que es la contienda, et otrosi jura en la manera que diximos en el título que fabla della.*

En definitiva, la confesión que se ejerce de forma libre y espontánea produce la condena inmediata del acusado por lo que la regla *confesus pro iudicato est* parece que en Partidas cobra toda su vigencia.

Las Leyes de Toro sólo hacen referencia a la prohibición de que el juramento se pudiera realizar en determinados lugares religiosos –en la Ley 67– sin disponer nada más sobre la confesión.

La Ley 5.a, título 21, libro 4 de la Nueva Recopilación, sin embargo, sí ordena que los reconocimientos y confesiones en juicio lleven aparejada ejecución, añadiendo que "las nuestras justicias las ejecuten conforme a la "ley de Toledo", que trata de la ejecución de los contratos "guarentigios". Con base en ella, y puesto que no se admitía la práctica

Revista general de legislación y jurisprudencia, 9-19, 1861, pp. 412 y ss. (también *Práctica general forense*, Madrid, 1874, I, p. 560).

58. Vid. FUERO REAL, II, 7, 2.

59. PARTIDAS III, 13, 1. *Conoscencia, que es respuesta de otorgamiento que faze la una parte a la otra en juicio.*

60. M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla, Siglo XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, pp. 206 y ss.

61. En este sentido, ALONSO ROMERO defiende que la confesión lo que hace es evitar las pruebas, ya que éstas tienen como finalidad averiguar los hechos que aparecen como dudosos o aquellos que han sido negados por el demandado, vid. M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal...*, cit., p. 48.

62. J. ESCRICHE, voz «Confesión», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Madrid, 1874- 1876, pp. 476 y ss.

de más medios de prueba cuando se reconocían o aceptaban hechos en una confesión, se ha entendido que también aquí, como en Partidas, la parte contraria estaba eximida de probar esos hechos o circunstancias[63]. De ahí que se puede afirmar que en la Nueva Recopilación también estaría presente el aforismo de equiparación entre confeso y condenado porque, además, en el libro 4 y en el título 7, en el que se regula genéricamente el juramento de calumnia y las posiciones, se recoge una Ley, dada en 1387 en Briviesca, que regula la forma en la que deben contestar las partes a las posiciones y se incluye la *ficta confessio* en los casos de rebeldía. En el párrafo in fine se ordena que, si el juez puede dar sentencia definitiva con la respuesta a las posiciones, declare concluso el pleito y, en otro caso, debía recibir el pleito a prueba. Por lo tanto, será cuando el juez no alcance el convencimiento pleno sobre la verdad de los hechos cuando continúe el pleito con la fase probatorio.

El sucinto repaso a nuestro derecho histórico permite afirmar que, en su devenir histórico, la confesión fue perdiendo progresivamente importancia, no siendo equiparable a la *confessio* del procedimiento de las *legis actiones* y ni siquiera a la del formulario, pero sí que se puede observar que se considera un medio de prueba muy relevante, prioritario, que vinculaba al Juez en su sentencia y que incluso podía dar lugar a que se impidiera la práctica de otros medios probatorios para los hechos o circunstancias admitidos en ella. La confesión en nuestro derecho histórico y, en gran medida, en el propio Derecho Romano tardío, sí ha conservado la relevancia que tuvo frente al resto de medios probatorios que, no sólo no podían competir con la fuerza intrínseca de la confesión, sino que incluso podían quedan invalidados por ella. Así, el aforismo originario formulado en Derecho Romano bajo el enunciado *confessus pro iudicato est*, evolucionó presentándose bajo la nueva formulación de la regla de que "la confesión hace prueba contra su autor".

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se completaba con la del Código Civil, configuraba la confesión judicial como un medio de prueba que conservaba cierta prioridad frente al resto, siempre que se cumplieran las exigencias marcadas en la misma: por una parte, no bastaba que la declaración fuera perjudicial al confesante, sino que era necesario que se hubiera producido una intervención personal del declarante en los hechos confesados; por otra parte, el interrogatorio no podía valorarse con independencia del resto de medios de prueba, sino que, para conservar su valor tasado, no debía entrar en contradicción con el resultado de las demás pruebas.

Esta confesión, incluso durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya fue perdiendo su carácter de *probantis probantissima*, merced a una interpretación jurisprudencial que mitigaba el rigor de la citada Ley y que matizaba el carácter tasado de la confesión. Se daba a entender que podían concurrir numerosas circunstancias en la declaración realizada por una persona que podían generar dudas respecto a la autenticidad de sus manifestaciones; la confesión, por tanto, no podía ser considerada, sin más, como una prueba plena, defendiéndose su sometimiento a las reglas de la sana crítica para flexibilizar su valoración de cara a la sentencia. Se dará, pues, por un lado, con una jurisprudencia, cada vez más partidaria de la libre apreciación de la prueba, y, por otro, con el tenor literal de los arts. 1.238 del Código civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecían terminantemente que la confesión hacía prueba contra su autor,

63. En NUEVA RECOPILACIÓN incluso se da por confeso a quien no contestaba la demanda. Vid. N.R. III, 4,

perjudicándole en el desenlace del juicio[64].

Esta situación concluye con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, porque en ella la confesión pierde, no sólo la preminencia de la que había gozado hasta ahora, sino incluso su denominación, quedando transformada en un interrogatorio de las partes, que se configura ahora como un medio de prueba más sometido a la libre valoración del Juez. No obstante, y a pesar de todo lo anterior, lo cierto es que la propia Ley parece que se resiste a sustraer ese papel preminente otorgado históricamente a la "confesión" –ahora interrogatorio de las partes– y vemos que en ella se ordena que los hechos no contradichos por otras pruebas, y que resultaran enteramente perjudiciales para el declarante, vinculen al juez en su sentencia[65]. Por tanto, la Ley rituaria civil actual establece normas de valoración tasada del interrogatorio cuando, no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales en los que intervino personalmente y otras, basadas en la sana crítica, cuando la declaración de la parte no versara sobre hechos personales, no resultara enteramente perjudicial o apareciera contradicha por otros medios de prueba[66].

"Como prueba tasada la LEC conserva en parte el valor tasado de la antigua prueba de confesión en juicio, si bien sometiéndola a una serie de exigencias, ya que no basta que la declaración sea perjudicial al confesante –que ya era exigencia en el artículo 580 de la LEC de 1881–, sino que, además, será necesaria la intervención personal del declarante en los hechos y que su declaración le sea "enteramente perjudicial", según el tenor literal del art. 316.1 LEC[67]. Igualmente, el interrogatorio no podrá valorarse con independencia de los demás medios de prueba si quiere conservar su valor tasado ni entrar en contradicción con el resultado de las demás pruebas".[68]

Solo tendrá fuerza tasada el reconocimiento total y claro de hechos perjudiciales

64. En el título *"De la confesión en juicio"* de la LEC de 1881, el art. 579 afirmaba que *"desde que se reciba el pleito a prueba hasta la citación para sentencia en primera instancia, todo litigante está obligado a declarar, bajo juramento, cuando así lo exigiere el contrario..."*. Igualmente, el artículo 580 LEC 1881 prescribía que estas declaraciones podían prestarse, a elección del que las pidiere, bajo juramento decisorio o indecisorio, haciendo prueba plena en el primer caso y perjudicando sólo al confesante, en el segundo caso. Igualmente, el artículo 1238 del Código Civil, mantenía que la confesión prestada bajo juramento decisorio, ya fuera deferido o referido, sólo constituía prueba a favor o en contra de las partes que a él se sometieron y de sus herederos o causahabientes y no se admitirá prueba sobre la falsedad de dicho juramento.

65. Vid. a este respecto, F.J. FERNÁNDEZ URZAIQUI, «Comentario al art. 316 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ SOLER/VALLS-GOMBAU, Barcelona, 2000, pp. 1509 y ss.

66. Artículo 316 LEC. *Valoración del interrogatorio de las partes. 1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial.*

67. La LEC establece normas de valoración tasada de la prueba en el art. 316.1 LEC para el interrogatorio de las partes que no ha sido contradicho por otros medios de prueba y la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente y también en los artículos 319 y 326 para los documentos públicos y privados –que se complementan con los artículos 1218 y 1225 del Código Civil–. Y otras basadas en la sana crítica, conforme preceptúa el artículo 316.2 LEC para el interrogatorio de parte, cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba. También en el artículo 348 se establece como prueba no tasada el dictamen de peritos y en el artículo 382.3, los instrumentos de filmación y grabación.

68. Todo ello bajo el presupuesto de que el objeto del proceso sea disponible, conforme al artículo 752.2 de la LEC.

en que la parte haya intervenido, y "en todo lo demás" (expresión con que se encabeza el art. 316.2 LEC) será de libre apreciación. Será, por ende, de libre valoración el reconocimiento sobre hechos no personales, el reconocimiento sobre hechos favorables al declarante y el reconocimiento que ha sido contradicho por el resultado de los demás medios de prueba.

En definitiva, debido fundamentalmente al papel activo que jugó la jurisprudencia en contra de la posición preminente y primacía de la confesión, en nuestra Ley rituaria civil ha quedado finalmente relegada a desempeñar un rol de medio probatorio, dentro del resto de medios de prueba que pueden practicarse en un juicio. Por tanto, la confesión actual no es equiparable a la *confessio* usado en las fuentes romanas, porque ésta suponía la aceptación in iure de la pretensión del actor lo que ahora equivaldría más bien al allanamiento. En efecto, la confesión judicial se regulaba en los artículos 580 y ss. de la LEC de 1881 como medio de prueba tasada y en la LEC del 2000 ha quedado transformada en el interrogatorio de las partes, que es un medio de prueba más sometida a libre valoración del Juez, según se dispone en los artículos 301 y ss., aunque el juez queda vinculado a los hechos reconocidos por el declarante no contradichos por otras pruebas y que le sean enteramente perjudiciales para el declarante. Y es que, al perder su valor de regina probatorum, ahora no se valora aisladamente el interrogatorio de partes y prescindiendo del resultado de las demás pruebas, sino en conjunto con todas ellas, por lo que, únicamente cuanto el reconocimiento de los hechos en que intervino personalmente la parte no resulte contradicho por aquellas, el interrogatorio de parte mantendrá su valor probatorio tasado; en caso contrario, entrará en juego el apartado segundo del mismo artículo 316, que permitirá al Juez, conforme a las reglas de la sana crítica, valorar el contenido del interrogatorio de forma libre.

En torno al principio "Solvere pro ignorante vel invito cuique licet" : su alcance en el Código civil de Bello

Juan Carlos Prado Rodríguez[1]

1. Universidad San Francisco de Quito.

Introducción

Como es sabido, para las épocas clásica y justinianea, la *solutio* de la deuda pecuniaria la podía realizar también un tercero extraño, inclusive, sin el conocimiento o en contra de la voluntad del deudor principal, como admitido en aquella máxima referida por Gayo en D. 46,3,53 *Solvere pro ignorante vel invito cuique licet*[2]. Así pues, mediante la presente disertación se reconstruirá este modo de extinción de la *obligatio*, junto al derecho de regreso en favor del *solvens* por los gastos empleados para liberar al deudor, identificando, además, los medios jurídicos con los que habría podido proceder para tal respecto. En efecto, a pesar de que la injerencia del *solvens* iría en contra de la máxima referida por Pomponio en D. 50,17,36, *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, es cierto que la *solutio* habría comportado una utilidad y consiguiente enriquecimiento para el deudor liberado, el cual, al no realizar su correspondiente contraprestación, podría calificarse como injustificado al quebrantar la *aequitas* patrimonial[3], según la regla referida por el mismo Pomponio en D. 50,17,206, *Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*[4].

Por tanto, para la intervención del *solvens ignorante vel invito debitore* resultaría plausible admitir la *actio negotiorum gestorum contraria* para el regreso. Precisando que, para el supuesto de la *solutio invito debitore*, esta voluntad contraria del deudor sería aquella conocida una vez que el *solvens* pagó. Mientras que, ante una *solutio prohibente debitore*, es decir, realizada ante la expresa prohibición del deudor, se presentó un debate jurisprudencial sobre el mecanismo procesal idóneo para obtener el regreso[5]. A lo que se añade la posibilidad de recurrir siempre al mecanismo de la *cessio actionun* a través del cual el *solvens* obtenía del acreedor satisfecho las acciones que ya no le servían por haber

2. Junto a lo referido también en D. 3,5,39(38). El tema ha sido objeto de precedentes aportaciones de mi parte, véase J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor», Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 59 (2011), pp. 217-266.

3. Sobre la concepción romana de la *aequitas*, la literatura jurídica es amplísima, pero véase S. RICCOBONO, s. v. «*Aequitas*», en *NDI*, I (Torino, 1937), pp. 210 ss.; L. VACCA, *«L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi «Qui fundaverunt ius civile» a Labeone»*, en «Aequitas». *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno, Trento 11 e 12 aprile 2002* (Padova, 2006), pp. 21 ss.; D. MANTOVANI, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio, in «Quante equità?». Incontro di studio n. 70, Milano 28 febbraio 2013*, cur. D. Mantovani-S. Veca (Milano 2017) 20 ss.

4. Regla manifestada por el mismo jurisconsulto en D. 12,6,14 (21 *ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletatiorem*, sobre el texto véase C. A. CANNATA, *«Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano», en Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (*a cura di L. Vacca)* (Torino, 2005), pp. 13 ss.

5. Sobre el tema, véase V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore,* (extraído de *Foro Italiano*, año XIV, fascículo XVI), Città di Castello, 1889 [en *La Legge. Monitore giudiziario ed amministrativo*, 1889, II, 532-540]; R. CAVALLARO, *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica*, Milano, 2001; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«Reconstrucción de una disputa jurisprudencial romana sobre el derecho de regreso consiguiente a la negotiorum gestio prohibente domino», Revista General de Derecho Romano*, 12 (2009), pp. 1 ss.; Id, *«Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.): su alcance en el Código civil de Bello», Ius et praxis*, 25.1 (2019), pp. 251-284.

visto satisfecho su crédito y así ir en contra del deudor principal.

De todos modos, la máxima gayana tendrá un alcance a lo largo del *iter* histórico del sistema jurídico romanístico, hasta verse reflejada en el régimen jurídico de algunas codificaciones propias del referido sistema, como en el Código civil elaborado por don Andrés Bello (1855) y en el que se asiste a su recepción entre los preceptos que regulan el entorno del pago del tercero; presentando, inclusive, algunas problemáticas que nacieron en el Derecho Romano, en particular, en lo concerniente al derecho de regreso en favor del *solvens prohibente debitore*.

La solutio del tercero ignorante vel invito debitore en el Derecho Romano

Desde los albores de la civilización romana, fue a través de la *solutio*[6] que se extinguía el vínculo obligacional[7] que tenía atado el deudor a su acreedor y que estaba destinado a cesar una vez que se haya satisfecho el interés de este último[8]. En efecto, en origen, la *solutio per aes et libram* se realizaba mediante un acto contrario al que originó la deuda (*contrarius actus*)[9], en una época donde el vínculo era personal y para liberarse era necesaria una desatadura física, pasando sucesivamente a indicar el cumplimiento patrimonial por el deudor al objeto de satisfacer el acreedor[10], todo ello en el ámbito de las prestaciones de *dare certa pecunia*[11].

Sin embargo, también se admitió la intervención de un tercero extraño en la extin-

6. En efecto, para exprimir el concepto de liberación se utilizan los términos *solvere*, *solutio*, *liberare*, véase A. BURDESE, *Manuale di diritto romano privato*, 4ª ed., Torino, 1993, pp. 408 ss. Sobre la *solutio* véase, entre otros, P. KRETSCHMAR, *Die Erfullung*, Leipzig, 1906; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in diritto romano,* 2ª ed., Napoli, 1935; G. BRANCA, s.v. «*Adempimento*» (*Diritto romano e intermedio*), en *ED*, 1 (Milano, 1958), pp. 548 ss.; A. D'ORS, «"*Solvere*" e "*Satisfacere*"», *Labeo*, 10 (1964), pp. 451 ss.; S. CRUZ, *Da* '*Solutio*'; *terminología, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I, Coimbra, 1962, p. 227; Id., *Da 'Solutio*', II, *Época post classica occidental 'solutio' e 'vulgarrecht*', Coimbra, 1974; M. SARGENTI, s.v. *«Pagamento» (Diritto romano)*, en *ED*, 31 (Milano, 1981), pp. 532 ss.

7. Sobre la *obligatio* romana véase entre otros, A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma, 1912; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955; Id., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958; M. TALAMANCA, s.v. *«Obbligazioni» (Diritto romano)*, en *ED*, 29 (Milano, 1979), pp. 1 ss.; G. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, Palermo, 2003.

8. Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 634 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962, pp. 447 ss.

9. Según se recaba de lo referido por Pomponio en D. 46,3,80 (4 *ad Quintus Mucius*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*. Véase M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 635; F. HERNÁNDEZ-TEJERO, *«Extinción de las obligaciones»*, en Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener, (Madrid, 1994), pp. 213 s.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*. I. *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981.

10. Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, pp. 813 ss.; B. BIONDI, I*stituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, 1972, pp. 415 ss.

11. Mientras que el de las prestaciones de *facere* se denomina *satisfactio*, véase A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, pp. 404 ss.; S. CRUZ, *Da solutio* I, cit., p. 227.

ción de la deuda ajena[12], la cual se encuadra en la categoría de la *negotiorum gestio*[13] para los supuestos que intervenga sin el conocimiento (*ignorante*) y en contra de la voluntad aún no manifestada del deudor (*invito debitore*)[14].

Pues bien, en la frase inicial de D. 44,7,5 pr. *Si quis absentis negotia gesserit* [...][15], Gayo hace alusión a la ausencia del *dominus negotii* del lugar donde se desarrolla la intervención ajena (*locus solutionis*); además, distingue entre quien gestionó los negocios ajenos por mandato, de quien lo hizo *sine mandatu* y dónde surgen entre el *gestor* y el *dominus negotii* derechos que se hacían valer mediante las *actiones negotiorum gestorum*[16]. A este respecto, la ausencia del deudor fue una de las razones que inducían a otros a intervenir, al imposibilitar la extinción de la deuda con la consiguiente *mora debitoris*[17]; por lo que un extraño podía intervenir para evitarle al deudor un perjuicio mayor y que también podía perjudicar a sus intereses[18]. Asimismo, a la base de la intervención

12. Sobre la *solutio* por un tercero véase B. Frese, *«Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten»*, en *Studi Bonfante*, III (Milano, 1939), pp. 431 ss.; P. APATHY, *«Procurator und solutio»*, *ZSS*, 96 (1979), pp. 65 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreinden Drittleistung im klassichen römischen Recht*, Berlin, 2006.

13. Sobre la *negotiorum gestio* la literatura jurídica es amplísima, pero véase P. COGLIOLO, *I principi teorici della gestione degli affari altrui nel diritto privato*, Modena, 1889; Id., *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, II vols., Firenze, 1890; G. PACCHIONI, *Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano, 1893 (3ª ed. *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935); G. SEGRÈ. *«Sulle formule relative alla negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum»*, en *Studi Sennesi*, XXIII (Siena, 1906) [en *Scritti Moriani*, II] pp. 291 ss.; F. ATZERI, *I requisiti essenziali della negotiorum gestio (Parte teorico-pratica). Studio comparato di diritto romano-civile-commerciale*, vol. *I, Cagliari, 1897; Id., I principi fondamentali della gestione d'affari, vol. I, Sul concetto originario della negotiorum gestio nel diritto romano*, Cagliari, 1890; Id., *La gestione d'affari altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, Torino, 1904; S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui e l'azione d'arricchimento nel diritto moderno* (extraído de *RDC*, A. XV, N. 5-6, I) Milano, 1917; S. SOLAZZI, *«Sulla gestione per conto d'altri», RISG* (1922), pp. 101 ss.; R. QUADRATO, *«Ancora su 'utiliter agere'», Labeo*, 10 (1964), pp. 356 ss.; B. BIONDI, s. v. *«Gestione d'affari altrui» (Diritto romano), en NNDI*, 7 (Torino, 1961), pp. 810 ss.; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*, Köln, 1968; G. NICOSIA, s. v. *«Gestione d'affari altrui» (Premessa storica)* en, *ED*, 18 (Milano, 1969), pp. 628 ss.; G. NEGRI, *«La gestione di affari nel diritto romano»*, en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 661 ss.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, *Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Firenze, 2003; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Napoli, 2006.

14. Véase J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor»* cit., pp. 217-266.

15. Sobre el texto véase A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 54.

16. Véase F. GALLO, *«Per la riconstruzione e l'utilizazione della doctrina di Gaio sulle obligaciones ex variae causarum figurae»*, BIDR, 76 (1973), pp. 170 ss.; W. WOLODKIEWICZ, *«"Obligationes ex variis causarum figuris". Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico»*, RISG, 14, serie III (1970), pp. 77 ss.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 63.

17. Véase S. RICCOBONO, L*a genesi della mora come mezzo di attuazione del 'favor debitoris' nel diritto romano* (extraído de Il *Circolo giuridico*), Palermo, 1963, pp. 8 ss.

18. Véase al respecto F. CAMACHO DE LOS RIOS, *La infamia en el Derecho Romano*, Instituto de Cultura «Juan Gil-Albert», Alicante, 1997, p. 43.

del *solvens* estaba la imposibilidad del deudor de pagar su deuda por su insolvencia[19], donde la intervención ajena era dirigida a colmar el vacío provocado por el impago, ya que el *solvens* podía tener interés a que el deudor pague y no ser afectado también en su patrimonio[20]. Por tanto, ambos factores estarían a la base de la intervención ajena y radicarían en la solidaridad existente en la sociedad, la cual incentivaba a sus miembros a liberar el deudor del vínculo al que estaba atado, siendo plausible que una deuda pueda ser pagada por cualquier tercero, aun *ignorante vel invito debitore*[21], siempre que la naturaleza de la prestación lo permita.

A este respecto, los juristas de la época clásica que consideraban eficaz la *solutio* del tercero así realizada eran, principalmente, Gayo (en D. 46,3,53 y D. 3,5,39(38)), y Pomponio (en D. 46,3,23), siendo necesario que el *solvens* proceda con la voluntad de extinguir la deuda ajena (*animus solvendi*)[22]. Así pues, en D. 46,3,53 (4 *ad Ed. Prov.*)[23] Gayo afirma *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere*. En el texto se considera a la intervención del *solvens* como lícita, refiriéndose a que este último procede *ignorante vel invito debitore*, recalcando el hecho de que para el *ius civile* era lícito mejorar la condición de las personas a pesar de su contrariedad. Esta máxima se encuentra también en un texto colocado bajo el título de *negotiis gestis* en D. 3,5,39(38) (3 *de Verb. Obl.*)[24], en el que Gayo replica lo afirmado en el texto anterior: *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civiles ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse*. Según el texto, cualquiera puede pagar la deuda ajena a un *ignorante debitore*, lo que configuraría el *solvens* como un *negotiorum gestor*, ya que la *ignorantia* del deudor presupondría su ausencia del *locus solutionis*; asimismo, se alude a la posibilidad de que la *solutio* se realice *invito debitore*, lo cual tiene su fundamento en el principio que a cualquiera le es lícito mejorar la condición de los demás, a pesar de que estos sean contrarios, pero no la de empeorarla, resaltándose aquel espíritu de solidaridad que fundamenta la intervención de un extraño en la extinción de la deuda ajena.

Por su parte, admite la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* también Pomponio en D. 46,3,23 (24 *ad Sab.*)[25], *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti*

19. Sobre la insolvencia G. NOCERA, I*nsolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma, 1942; A. ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia, Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, 2010.

20. Cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 339

21. Cfr. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., pp. 41 ss.; E. BETTI, *Istituzioni* cit., p. 455; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1988, pp. 603 ss.; P. Bonfante, Istituzioni di diritto romano, Milano, 10ª ed., 1987, pp. 339 ss.

22. Cfr. R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, I, (trad. esp. SAC) Barcelona, 1939, pp. 331 s.; S. CRUZ, *Da 'Solutio'* I cit., p. 227; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 815 ss. Respecto al *animus solvendi*, este tiene relación con el *animus negotia aliena gerendi*, cual intención de gestionar un negocio ajeno, donde surge la obligación para el *dominus negotii* de reembolsar al gestor, cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III (trad. it. C. Ferrini), Milano 1888, p. 184.

23. Sobre el texto véase S. CRUZ, *Da "Solutio"* I, cit., p. 335; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, p. 198, Id., *Das edictm perpetuum*, III, Leipzig, 1927, p. 132; E. LEVI–E. RABEL, *Index interpolationum* II, Weimar, 1935, p. 450.

24. Véase O. LENEL, *Palingenisia iuris civilis*, I cit., p. 264.

25. Véase O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, p. 134; E. LEVY- E. RABEL, *Index interpolationum*, III,

et ignorantis liberari possumus. El texto confirma la posibilidad de extinguir la deuda ajena por un extraño, tanto sin el conocimiento como en contra de la voluntad aún no manifestada del deudor, lo que comportaría estar ante un supuesto de *negotiorum gestio*.

Ahora bien, la locución *invito debitore*[26] significaría que existe una voluntad contraria del deudor a que otros paguen su deuda, la cual aún no habría sido manifestada debido a su ausencia o al hecho de que no ha sido conocida por el *solvens*; esto sucedía cuando este último sea consciente de que el deudor no esté de acuerdo en que otros paguen su deuda, pero aun así interviene al objeto de evitarle un daño que podría derivar de su insolvencia y que podría afectar también a sus intereses.

Pues bien, en los referidos textos no se encuentra la locución *prohibente* o *vetante debitore*[27], que evidenciaría una voluntad contraria explícitamente manifestada por el deudor antes o simultáneamente a la *solutio* del tercero[28], y que excluiría estar ante una *negotiorum gestio*, ya que muestra que el deudor no está ausente del *locus solutionis*; por tanto, todo se centraría en el significado atribuido al término *invito*. Ante ello, Pacchioni[29] resalta la diferencia entre una *gestio invito domino* de aquella *prohibente domino*, ya que *invito* es toda persona que no quiere que se realice un acto porque no sabe que se podría verificar, mientras *prohibente* es quien no quiere porque sabe de su realización. En este sentido, puede suceder que el tercero pague una deuda sin saber cuál es la voluntad del deudor, como en la *negotiorum gestio*, y a causa de dicha *ignorantia* se aplicaría el término *invito*; mientras que, diferentes consideraciones valdrían para la locución *prohibente debitore*[30].

Así pues, se constata para la época clásica la admisión y eficacia de la *solutio* del tercero realizada *ignorante vel invito debitore*, y la razón radicaría en la intención de los *prudentes* de aplicar el principio de mejorar la condición de los demás aun en contra de su voluntad, dejando, sin embargo, abierta la interpretación sobre el consiguiente derecho de regreso, al no plasmarlo explícitamente en favor del *solvens*[31]; o tal vez lo consideraban implícito, ya que, al tratar supuestos de *negotiorum gestio* se entendería aplicable la consiguiente *actio negotiorum gestorum contraria*.

También el derecho justinianeo admitió la eficacia de la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore*, según J. 3,29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tantem interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus*. Del texto bizantino se recaba que toda obligación se extingue por la *solutio* y no importa quien la realice, al quedar libre el deudor si también

Weimar, 1935, p. 442.

26. Sobre la *solutio* del tercero *invito debitore* véase C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., pp. 337 ss.; F. A. KÜNHOLD-G. W. IRMISCH, *De eo, quod invito altero facere licet in solutionibus*, Leipzig, 1723.

27. Como en D. 17,1,40.

28. Véase G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio,* II/1, cit., pp. 558 ss.

29. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., p. 670.

30. Al respecto véase G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 550.

31. Véase F. MILONE, *La exceptio dolis (generalis)*, Napoli, 1882, pp. 184 s.

lo hace un tercero por él. Asimismo, se evidencia el supuesto de la *solutio* del tercero *ignorante debitore*, donde para la época el *solvens* procedería en calidad de *negotiorum gestor* y podría reclamar el regreso con la respectiva *actio contraria*. Por tanto, Justiniano confirma la eficacia de la *solutio invito debitore*, reproduciendo así las reglas establecidas en el derecho clásico sobre su admisión, pero dejando abierta la cuestión inherente al consiguiente derecho de regreso[32].

El derecho de regreso en favor del solvens ignorante vel invito debitore

A través de la actio negotiorum gestorum contraria

Surge ahora la necesidad de evidenciar los elementos que caracterizan la *negotiorum gestio* y que justificarían el derecho de regreso del *solvens* a través de la *actio negotiorum gestorum contraria*[33]. Así pues, la *solutio* del tercero realizada sin el conocimiento del deudor o en contra de su voluntad aún no manifestada, comportaría que el *solvens* pague en ausencia del deudor principal del *locus solutionis*[34], ya que, por distintas razones podría encontrarse lejos del lugar acordado con el acreedor para realizar el pago. En efecto, la ausencia del deudor fue la causa más común por la que el *solvens* decidía intervenir, y podía deberse a la gran cantidad de negocios que obligaban los *civis* a alejarse de Roma cuando ésta empezó su expansión más allá del *pomerium* urbano. A tal respecto, en la *laudatio* del edicto de *negotiis gestis* referida por Ulpiano en D. 3,5,1[35], se exalta la *absentia domino*[36] como la causa principal por la que el Pretor se pronunció para amparar los intereses de los ausentes[37].

Asimismo, era necesario que el deudor no esté al corriente (*scientia*) de la intervención del tercero *solvens*[38], por lo que la *ignorantia debitore* también se relaciona con su ausencia, ya que, al no estar presente, tampoco tenía conocimiento de la intervención ajena, llegando a tenerla solo *a posteriori*, tal y como refieren las fuentes en las que se evidencia como la *ignorantia* era un elemento intrínseco para configurar la *solutio* del

32. Véase al respecto C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*. cit., pp. 27 s.

33. Véase J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor»* cit., pp. 217-266.

34. Sobre la *absentiae* cual requisito de la *negotiorum gestio* véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 47 ss. Mientras que, sobre la ausencia en las diferentes épocas del Derecho Romano véase F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, pp. 89 ss.

35. (9 *ad Ed.*): *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.* Sobre el texto véase F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III cit., pp. 168 ss.

36. Véase además D. 3,5,2, D. 3,5,11(10), D. 3,5,19(18),3, D. 3,5,31(30),2, D. 17,1,20,1, D. 17,1,22,10 y D. 44,7,5 pr.

37. Cfr. G. NEGRI, *«La gestione di affari nel diritto romano»* cit., pp. 661-686.

38. Ya que su conocimiento equivaldría a su consentimiento tácito, lo que configuraría la gestión en un mandato, véase K. MAYNZ, *Curso de Derecho Romano* (trad. esp. D. A. J. Pou y Ordinas), II, Barcelona, 1892, p. 512, n. 11.

tercero en una *negotiorum gestio*[39]. A esto se añade la espontaneidad de su intervención[40], ya que no debía existir un precedente encargo por parte del deudor[41].

Por otra parte, característica de la *negotiorum gestio* era el *animus negotia aliena gerendi*[42], es decir, la voluntad del tercero de gestionar un negocio ajeno, y que se plasmaría en la intención del *solvens* de liberar el deudor de su acreedor[43]. Otro elemento determinante para configurar la *negotiorum gestio* era el *utiliter coeptum*[44], que significaba que la gestión haya sido bien iniciada[45], y de donde surgía el derecho del *gestor* a que el *dominus* asuma las consecuencias patrimoniales una vez iniciado dicho negocio[46]. En efecto, el tercero debía administrar los negocios ajenos de manera útil para el *dominus*, y solo así nacía su derecho a pretender el regreso mediante la *actio negotiorum gestorum contraria*[47], surgiendo la dialéctica entre el *utiliter coeptum* y el *utiliter gestum*[48], donde el primero concernía la utilidad de la intervención en su momento inicial, mientras que el segundo concernía la utilidad de la gestión en su conjunto[49].

Cabe resaltar el lugar que ocupó en la *negotiorum gestio* la *contemplatio domini*, es decir, la voluntad del tercero de gestionar en el interés de un sujeto determinado, y que tendría relevancia en el supuesto que existan varios sujetos que obtengan una ventaja por la gestión[50]. En tal contexto, relevante aparece el *animus* o *voluntas repetendi*, es decir, la voluntad de recuperar cuanto gastado en utilidad de otros[51], y que en la *solutio* del tercero se concretaba en la intención de obtener lo pagado por el deudor, ya que, de lo contrario, surgirían los extremos para considerar en el *solvens* el *animus donandi*, que equivaldría a que éste tenga la voluntad de liberar al deudor sin pretender nada, renunciando a la *actio negotiorum gestorum contraria*[52]. Desde esta perspectiva, existiría relación entre el *animus donandi* y la *solutio invito debitore*, ya que si el *solvens* insiste en pagar a pesar de que sabe que el deudor no está de acuerdo, tal vez sea porque no tiene la intención de recuperar lo pagado[53]. Sin embargo, el hecho de que el *solvens* solicite

39. D. 3,5,39(38), D. 46,3,23, D. 46,3,53 y J. 3,29 pr.

40. Véase D. 3,5,3(11)10.

41. Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II (trad. it. por Fadda-Bensa), Torino, 1904, pp. 265 ss.

42. Al respecto véase G. PACCHIONI, *«Il requisito dell'animus negotia aliena gerenda nelle obbligationes negotiorum gestorum»*, en *Rendiconti dell'istituto Lombardo* (1891), pp. 507 ss.; S. PUGLIATTI, s.v. «*Animus*», en ED, 2 (Milano, 1958), pp. 450 ss.

43. Cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto romano privato* cit., p. 316; A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1993, pp. 490 ss.

44. Véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 51 ss.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto romano privato* cit., p. 316.

45. Véase D. 3,5,10(9),1.

46. Otra fuente que evidencia tal requisito es CJ. 2,18(19),10.

47. Cfr. F. SERRAO, *Il procurator* cit., p. 104.

48. Véase R. QUADRATO, *«Ancora su "utiliter agere"»* cit., pp. 356 ss.

49. Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 503 s.

50. Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 109 s.

51. Véase CJ. 2,18(19),11 y CJ. 2,18(19),15.

52. Cfr. G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 556.

53. Véase al respecto F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* IV (trad. it. V. Scialoja), Torino, 1886-98, §158, p.

el regreso es prueba de que no ha procedido *animus donandi*[54].

Más allá de esto, se considera a la *solutio* del tercero en los supuestos *ignorante vel invito debitore* desde la perspectiva de la *negotiorum gestio*, tal y como se observa en D. 3,5,21(20) pr.[55], D. 3,5,39(38) y D. 3,5,43(42), donde, además, D. 46,3,23 y D. 46,3,53, a pesar de no hacer parte del título de la *negotiorum gestio*, evidencian el elemento de la *ignorantia debitore*, por lo que se considerarían también desde tal perspectiva[56].

Por tanto, la acción que el *solvens* dispondrá para el regreso será la *negotiorum gestorum contraria*[57], al ser la idónea para proceder en dichos supuestos[58], tal y como se recaba de lo referido por Paulo en D. 17,1,20,1 (9 *ad Sab.*)[59]: *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum*. Según el texto, el *solvens* procede para el regreso con la *actio negotiorum gestorum contraria* si pagó la deuda del ausente, ya que no le puede corresponder la *actio mandati contraria* desde el momento que no existe un mandato entre ellos. En consecuencia, a través de dicha acción, el deudor quedaba obligado a indemnizarlo, pero solo de los gastos considerados útiles. Sin embargo, es evidente que la *solutio* determina una utilidad para el deudor, por lo que se confirma la titularidad para el *solvens* del derecho al regreso con la referida *actio contraria*[60].

A través de la actio negotiorum gestorum utilis

Ahora bien, la contrariedad del deudor a que otros paguen su obligación podía reflejarse a través de la locución *prohibente* o *vetante debitore*, en cuyo caso resultó complejo reconocer el derecho de regreso para el *solvens* que pagó a pesar de la explícita prohibición del deudor principal[61]. Ante ello, refiere Paulo en D. 17,1,40 (9 *ad Ed.*)[62]: *Si pro praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed*

162.; B. BIONDI, *«Il concetto di donazione», en Scritti Ferrini*, I (Milano, 1947), pp. 102 ss.; S. BROISE, *"Animus donandi". Concetto romano e i suoi riflessi nella dogmatica moderna*, Pisa, 1975, pp. 186 ss. Tesis objetada por G. G. ARCHI, *«Animus donandi»*, en *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III (Milano, 1951), pp. 145 ss.

54. Véase al respecto G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 558.

55. Sobre el texto véase A. D'ORS, *«Un episodio jurídico de la guerra sertoriana»*, AHDE, 48 (1978), pp. 269 ss.

56. Véase F. ATZERI, *La gestione d'affari altrui nella dottrina* cit., pp. 244 ss.

57. Cfr. G. NICOSIA, s.v. *«Gestione di affari altrui»* cit., pp. 628 ss. Sobre la *actio negotiorum gestorum contraria* véase C. H. BREUNING-J. A. OLEARIUS, Quaestio iuris controversi. An impensae voluptariae repeti possint in actione negotiorum gestorum contraria, Leipzig, 1771; A. CENDERELLI, *«Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustinianeo»*, en *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti de la Société Internationale F. De Visscher pour l'Historie des Droits de l'Antiquité, Atti della 51ª Sessione (Crotone-Messina, 16-20/9/1997)* (*a cura di* I. Piro), pp. 289 ss.

58. Cfr. P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* (trad. it. de la 4ªed. por C. Longo), Milano, 1909, p. 640.

59. Sobre el texto véase H. KRELLER, *«Das Edikt negotiis gestis in der klassicher praxis»*, ZSS, 59 (1939), p. 426.

60. Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni* cit., pp. 339 ss.

61. El tema ha sido abordado en J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)»* cit., pp. 251-266.

62. Sobre el texto véase O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I cit., p. 921; Id, *Das edictum perpetuum*, II, Leipzing, 1927, p. 101; E. LEVY – E. RABEL, *Index interpolationum*, I, Weimar, 1935, p. 292.

uídam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur. En el texto[63], Paulo excluye el regreso en favor del *fideiussore*, tanto a través de la *actio mandati contraria* como por la *negotiorum gestorum contraria*[64], lo cual resulta admisible desde que la prohibición del deudor excluye cualquier encargo dado al fiador[65], a más de los requisitos de la *negotiorum gestio*, entre ellos, la *absentia* y la *ignorantia domini*[66], según la frase *Si pro praesente et vetante fideiusserim*.

Asimismo, Paulo tampoco está de acuerdo, conforme a la opinión de Pomponio, en admitir una *actio utilis* para el regreso, la misma que habría sido considerada por algunos jurisconsultos según la frase *sed quidam utilem putant dari oportere*, lo que evidencia que hubo quienes estaban de acuerdo en admitir dicha acción. Esta circunstancia ha planteado la hipótesis de que para la época haya surgido un debate jurisprudencial respecto a los efectos de la *gestio prohibente domino*[67], donde para algunos, el *gestor* disponía de una *actio utilis* modelada en la *actio negotiorum gestorum contraria*[68], en consecuencia, del quebrantamiento de la *aequitas*[69] y del consiguiente enriquecimiento injustamente obtenido por el deudor liberado[70], según el razonamiento de algunos glosadores que también retomaron el tema[71].

63. Sobre el término *prohibente - vetante*, estos equivalen a impedir o vetar, por consecuencia, indican una manifestación explicita de la contraria voluntad a la injerencia ajena, cfr. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile* cit., p. 670; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., p. 360; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 550.

64. Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni* cit., p. 446.

65. Cfr. M. TALAMANCA, s.v. *«Fideiussione» (Parte storica)*, en ED XVII (Milano, 1968), p. 337.

66. Véase M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, p. 96.

67. Sobre esta disputa véase V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., pp. 2 ss.; G. PACCHIONI, T*rattato della gestione degli affari altrui* cit., pp. 669 ss.; Id., *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale* cit., pp. 561 ss.; P. COGLIOLO, *Trattato teorico pratico della amministrazione degli affari altrui* cit., pp. 11 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III, (trad. it. C. Ferrini), Milano, 1888, pp. 180 s.; F. ATZERI, *I requisiti essenziali della negotiorum gestio* cit., pp. 40 ss.; R. CAVALLARO (*a cura di*), *La gestione d'affari altrui prohibente domino* cit.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1 cit., pp. 558-570. Para G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 1935, p. 552, la cuestión adquiere mayor interés desde la perspectiva de la *solutio*.

68. Sobre la respectiva fórmula véase D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1999, pp. 49, 50, nt. 157.

69. Véase S. RICCOBONO, s.v. *«Aequitas»* cit., p. 210; B. RIPOSATI, *«Una singolare nozione di aequitas in Cicerone», en Studi Biondi*, II (Milano, 1965), pp. 447 ss.

70. Sobre la teoría romana del enriquecimiento injustificado y las acciones dirigidas a contrastarlo, véase entre otros G. ASTUTI, s.v. *«Arricchimento»* (*azione di) (Premessa storica)*, en *ED*, 3 (Milano, 1958), pp. 52-63; B. KUPISCH, s.v. *«Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno»*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I (Torino, 1994), pp. 423-436.

71. En efecto, Martino Gosia admitía una *actio utilis ex aequitate* en una de las *dissensiones dominorun* del título *An is qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat*, al contrario de la mayor parte de los maestros que negaban todo tipo de acción, según la frase *nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. si pro te et D. de negotiis gestis, l. ex duobus*, cfr. G. HÄNEL, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Lipsiae, 1934, p. 241; *Hugolinus* §33, p. 275; V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., p. 11; V. RIVALTA, *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna, 1895, pp. 109 ss.; R.

Para Sotty[72], la *actio utilis* referida en el texto de Paulo sería la acción que poseía el acreedor satisfecho y que de forma útil habría sido cedida al *solvens* para que proceda en contra del deudor en calidad de su nuevo acreedor. Sin embargo, resulta más factible considerar la función de la *actio negotiorum gestorum*, es decir, fingir que el deudor jamás prohibió la intervención ajena[73] y suponer el estar ante una *gestio ignorante domino*, que, por el contrario, forzar la admisión de una *actio mandati utilis*, y fingir que se haya dado un mandato cuando más bien se prohibió la intervención ajena[74].

También Frezza[75] considera que la acción aplicable al supuesto de D. 17,1,40 sería la *negotiorum gestorum contraria* en vía útil[76], la cual, al estar fundamentada en la utilidad efectiva que obtuvo el deudor, no presuponía de todos los requisitos de la ordinaria *negotiorum gestorum*[77], debiendo aplicarse de forma equitativa para actuar el regreso[78], pero en el límite del enriquecimiento obtenido por el deudor[79]. En tal sentido, la tesis favorable a la adaptación en vía útil de la *actio negotiorum gestorum* estaría fundamentada en la exigencia de evitar que el deudor se enriquezca injustificadamente y con detrimento ajeno[80], ya que, a pesar de que estuvo contrario a la intervención del fiador,

CAVALLARO *(a cura di)*, *La gestione d'affari altrui* cit., p. 16; J. HALLEBEEK, *«Developments in Medieval Roman Law»*, en *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (ed. E.J.H. Schrage) (Berlin, 1995), pp. 70 ss.; K. LUIG, *«Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel Usus modernus»*, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003 (a cura di L. Vacca)* (Torino, 2005), pp. 53 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 15. También Pillio de Medicina admitió una *actio negotiorum gestorum utilem* para tal supuesto en la *Questio VI* de sus *Quaestiones Sabbatinae* del título *An solvens pro t(e) ne damnun pateretur, possit solutum repetere et qua actione*, cfr. PILII MEDICINENSIS, *Quaestiones Sabbatinae*, en *Corpus Glossatorum iuris civilis*, IV, ed. Romae, 1560 (rist. Torino, 1967) ff. 10 s.; R. CAVALLARO, (a cura di) *La gestione d'affari altrui* cit., pp. 37 ss.; V. RIVALTA, *Dispute celebri* cit., pp. 114 ss.; A. BELLONI, *«Le questioni civilistiche del secolo XII»*, en *Ius Commune*, 43 (Frankfurt am Main, 1989), pp. 127-130.

72. R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, pp. 257 ss.; Id., *«Les actions qualifiees d'utiles en droit classique»*, *Labeo*, 25 (1979), p. 152.

73. Véase C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. II *Il processo formulare*, Torino, 1982, p. 84.

74. No obstante, J. R. POTHIER, (*Appendice au*) *Traité du contrat de mandat, Oeuvres*, V, ed. Paris, 1847, pp. 242 ss., define a la *negotiorum gestio* como una especie de mandato ficticio, lo que permite no excluir del todo la idea de la aplicación de dicha *actio mandati utilis*.

75. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 193.

76. Véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., p. 88; G. I. LUZZATTO, «H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln, 1968»*, *SDHI*, 35 (1969) pp. 482 ss. En consecuencia, E. Valiño, *"Actiones utiles"*, Pamplona, 1974, p. 219, sobre la base de las afirmaciones de Seiler, constata la originalidad clásica de la *actio negotiorum gestorum utilis* para el supuesto *prohibente domino*.

77. Cfr. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., p. 5.

78. En efecto, observa F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana* Vol. I [Ed. Anast. Pisa, 1886], Roma, 1971, p. 160, como las *actiones utiles* se admitían «[...] *a cagione della equità dall'insieme dei fatti*». Véase S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915, p. 374.

79. Por lo tanto, esta *actio utilis* asumió la función de una acción de enriquecimiento, cfr. S. RICCOBONO, *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento* cit., p. 22; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II/2. cit., pp. 159 s.

80. Véase S. RICCOBONO, *«Tracce di diritto romano classico»*, *BIDR*, 18 (1906), pp. 203 ss. ID., *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento* cit., pp. 17 ss.

se vio liberado de su deuda sin dar nada a cambio[81]. Esto permitía proceder para el regreso en calidad de *negotiorum gestor*[82], con base en el principio que prohíbe que nadie se enriquezca con daño ajeno, según D. 12,6,14 y D. 50,17,206[83].

Respecto a la época justinianea, en esta aparece otra mención a la *actio utilis* en CJ. 2,18(19),24[84], donde se informa de una disputa surgida entre los antiguos jurisconsultos respecto al derecho de regreso consiguiente a la *gestio prohibente domino*, y en la que algunos estimaban oportuno conceder una *actio directa* o *utilis*, mientras que otros la negaban, entre ellos Juliano[85], a cuyo parecer se acogió Justiniano al excluir toda acción en favor del *gestor*[86]. Así pues, gracias al referido texto podemos conocer el estado de la cuestión para la época anterior a CJ. 2,18(19),24, donde hubo una corriente favorable al derecho de regreso para el *gestor prohibente domino*[87].

A través del mecanismo de la cessio actionum

Ahora bien, para la época clásica existió una vía alternativa para obtener el regreso en los referidos supuestos, siendo posible que el *solvens* se dirija primero al acreedor para obtener de éste la cesión de sus acciones de crédito[88], las cuales ya no le eran útiles en

81. Cfr. R. CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui* cit., p. 9.

82. Véase F. ATZERI, L*a gestione d'affari altrui* cit., pp. 244 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., pp. 337 ss.

83. Fuentes que aluden a la *aequitas naturalis*, entendida cual justicia distributiva, véase C. A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* cit., pp. 24 ss.

84. CJ. 2,18(19),24: *Imp.* IUSTINIANUS A. IOANNI P.P. *Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res facta sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iulianu sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, sicilicet post denuntiationem, quam ei dominus trasmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa assimulatione abita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem. Dat. XIV. Kal. Dec. Constant. LAMPADIO et ORESTE Conss. [530.].*

85. Véase G. FINAZZI, R*icerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 560; E. VALIÑO, *"Actiones utiles"* cit., p. 217.

86. Tal decisión no consideró la relevancia de la utilidad efectiva que recibió el *dominus negotii* al obtener un enriquecimiento injustificado por la *gestio* realizada a su favor, por lo que debía restablecerse la *aequitas* quebrantada a causa de la injusta *locupletatio*, cfr. C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, I (trad. it. F. Fulvio), 2ª ed., Napoli, 1867, p. 261, nt.1.

87. Véase E. VALIÑO, *"Actiones utiles"* cit., p. 218; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., pp. 202 ss.

88. En materia véase W. ROZWADOSWSKI, *«Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano», BIDR*, 76 (1973), pp. 11 ss.; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor»* cit, pp. 217-266.

cuanto había visto satisfecho su crédito[89]. Para tal hipótesis todo dependía de la voluntad del acreedor de cederle sus acciones, mientras que la voluntad del deudor, cualquiera esa haya sido, no tenía relevancia. De tal forma, el sistema de la *cessio actionum* (o *cessio nominis*)[90] pudo haberse realizado sólo en el marco del derecho clásico; en efecto, en un primer momento la *cessio actionum* se consiguió por vía procesal mediante el *procurator in rem suam*[91] nombrado por el acreedor, quien le atribuía el poder de perseguir al deudor, y donde su acción se ejercía mediante una fórmula con transposición de sujetos[92], existiendo el inconveniente de que ella vencía con la muerte de una de las partes[93].

Así pues, con la *solutio* el *solvens* podía obtener del acreedor sus acciones de crédito que tenía contra el deudor mediante una especie de compraventa ficticia de las mismas[94], surgiendo los presupuestos para considerar la *solutio* como una *nominis emptio*[95], donde aparece relevante lo referido por Ulpiano en D. 46,1,10 pr. (7 *Disp.*): [...] *nec enim semper facilis est nominis emptio, cum numerario totius debiti non sit in expeditio*. Esta frase confirma que el *solvens* podía solicitarle al acreedor que le ceda sus acciones de crédito, apareciendo como comprador de ellas, y el pago sería el precio pagado para obtenerlas[96].

Por otra parte, era necesario que la cesión se realice de forma simultánea a la *solutio* de la deuda, lo que se recaba de la interpretación de un texto de Juliano en D. 46,1,17 (89 *Dig.*): *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina*. Del texto se presume que el fiador pagó sin hacerse previamente ceder las acciones que el acreedor poseía, liberando al deudor, pero necesitando para obtener las acciones que la cesión se realice simultáneamente a la *solutio*[97]. Al respecto, Juliano afirma que, al no servirse el fiador de tal instrumento, la praxis era favorable en auxiliarlo (*succurri solet*) y reconocerle la cesión de las acciones por el acreedor satisfecho, donde la simetría con la que debía realizarse dicha cesión se recaba del hecho de que el fiador está por pagar (*solidum solvere paratus est*) pero debe hacerlo simultáneamente a la cesión (*vendere ceterorum nomina*). En efecto, si al pagar la deuda ajena se extinguían las acciones de crédito, era necesario encontrar un modo

89. Véase cfr. N. DE FEO, *La cessione dei crediti e delle azioni nel diritto romano e nel Codice patrio* (extraído de *Rivista di Giurisprudenza di Trani*, Año VI, fac. I), Giovinazzo, 1881, p. 4.

90. Sabemos que desde la época clásica el *solvens* podía hacerse ceder las acciones del acreedor satisfecho a través de la *cessio actionum*, las mismas que aún no se habrían extinguido por la *litis contestatio* para ir en contra del deudor y así obtener el regreso, cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, II, Santiago, 1996, p. 93. En ese sentido, véase también R. VIGNERON, *«Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest»*, BIDR, 16 (LXXVII) (1974), p. 443; F. BRIGUGLIO, *"Fideussoribus succurri solet"*, Milano, 1999; G. PROVERA, *«Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum», en Studi Sanfilippo* IV (Milano, 1983), pp. 609-659.

91. Cfr. W. ROZWADOSWSKI, *«Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano»* cit., pp. 17, 23.

92. Cfr. A. GUARINO, *Diritto romano privato* cit., pp. 818 ss.

93. Cfr. A. BURDESE, *Manuale* cit., p. 543.

94. Al respecto véase. J. A. C. THOMAS, *«Sale actiones and other actiones», RIDA*, 26 (1979), pp. 417 ss.

95. Manifiesta S. SOLAZZI, *L'estinzion della obbligazione* cit., p. 53, que la cesión de las acciones de crédito se configuraba como una *nominis emptio*, ya que como observa CJ. 8,42,5, el tercero no tiene acción de hacerse ceder por la deuda por él satisfecha a menos que no la haya comprado.

96. Cfr. G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria* cit., pp. 85 ss.

97. Cfr. F. BRIGUGLIO, *"Fideiussoribus succurri solet"* cit., pp. 262 ss.

para lograr extinguir la deuda y al mismo tiempo mantener existente el crédito. Y es aquí donde surge la idea de entender que se trataría de una compraventa ficticia de las acciones y donde la *solutio* se entendería como su precio[98].

El alcance de la regulae iuris de Gayo en el Código civil de Bello

Con respecto al alcance de la *regulae iuris* de Gayo en el Código civil chileno[99] elaborado por don Andrés Bello[100], quien para su realización se basó en varias fuentes históricas[101], el Código admite que un tercero pague la deuda ajena a través de diferentes formas[102], según su artículo 1.572: Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor[103]. De esta disposición se evidencia el alcance de la *regulae* gayana, pues se recaban los supuestos del pago hecho sin el conocimiento y en contra de la voluntad del deudor[104], todo ello para mejorar la condición del deudor y también la de la comunidad[105].

Ante todo, al establecer que cualquier persona a nombre del deudor puede pagar su deuda, se supone que el tercero intervenga con el conocimiento y, por consiguiente, con el consentimiento expreso o tácito del deudor, por lo que estaríamos ante la intervención del mandatario del obligado, quien para obtener el regreso queda subrogado «por el mi-

98. Cfr. F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., pp. 267 ss.; G. PROVERA, *«Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum»* cit., pp. 639 ss.

99. El tema ha sido abordado en J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *«Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)»* cit., pp. 267 ss.

100. Sobre el proceso de codificación en Chile véase A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Ibero América. S. XIX y XX*, Santiago, 2000, pp. 350 ss.

101 Véase A. GUZMÁN BRITO, *«El Código civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile», en Anuario de Derecho Civil* 3 (2006), pp. 1290 s.; ID., *«El Código civil chileno y sus primeros intérpretes»*, Revista chilena de Derecho, 19 (1992), pp. 81-88; L. RODRÍGUEZ ENNES, *«La permanencia del Derecho Romano en los códigos europeos e iberoamericanos»*, *AFDUC* 16 (2012), p. 748; M. ALONSO PÉREZ, *«Doscientos años del Code civil des français en USC (1804-2004). Catálogo de la exposición celebrada en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela, 2005»*, *ADC* t. LX (2007), p. 876.

102. Sobre la concepción dogmática del pago del tercero en la actualidad, véase M. N. TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso. En el pago por tercero, regimenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos*, Valencia, 1996; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *«El pago por tercero», en Extinción de obligaciones* (Madrid, 1996), pp. 13-88; N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000; P. DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998; C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, Giuffrè, 2002; C. SERRANO HERRERA, *«La legitimación para el pago de un tercero», Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2011), pp. 137-211.

103. Véase al respecto L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, IV. *De las obligaciones*, Editorial Jurídica chilena, 1979, §1338, p. 59.

104. Cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 48; R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 1354.

105. Según. D. 46,3,53; Partidas 5, 14, 3. Véase L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 50.

nisterio de la ley en el lugar y derecho del acreedor»[106]. Otra posibilidad es que el *solvens* pague en calidad de gestor oficioso, sin que el deudor conozca de su intervención. En tal caso, el derecho de regreso se fundamenta en el evitar un enriquecimiento injustificado, por lo que podrá exigir el reembolso en el límite de la cantidad pagada, pero sin ser subrogado en las acciones del acreedor *ipso iure*[107]. La última posibilidad es que el *solvens* intervenga en contra de la voluntad del deudor, siendo el supuesto que mayor dificultad determinó para establecer el derecho de regreso en favor del *solvens*, y que ha dado lugar a una contradicción entre los artículos 1.574 y 2.291 C.c. En efecto, el primero establece que, el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción.

De esta forma, la norma excluye *a priori* el derecho de regreso en favor del *solvens*[108], dejando abierta la posibilidad del reembolso mediante las acciones del crédito que posee el acreedor satisfecho y que de forma voluntaria le cedería para que se dirija en contra del deudor. Sin embargo, se observa que el derecho de regreso no se concede *ipso iure* [109], pues el acreedor se encuentra en la potestad de que el *solvens* lo haga efectivo[110].

Por otra parte, la segunda alternativa planteada por Bello fue la de admitir el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore* en el artículo 2.291: El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado. El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo. Según el artículo, el elemento central que fundamenta el derecho de regreso en tal supuesto radica en la utilidad efectiva que

106. Así L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 51. Y según lo establece el artículo 1610, numeral 5, Cc.ch.

107. En efecto, el artículo 1573 Cc.ch. establece: El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. Del mencionado artículo se recaba que el pago hecho por el gestor oficioso puede obtener solo el reembolso de lo pagado, sin poder repetir los demás gastos que conllevan el mismo. Asimismo, el referido artículo excluye la posibilidad de la subrogación legal (ex art. 1610), admitiéndose implícitamente aquella convencional (ex art. 1611), cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 51.

108. Por lo que se refiere a la negación del derecho de regreso, esta se ha fundamentado un presunto *animus donandi* del *solvens*, véase F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., t. VI, París, 1926, p. 265. Sin embargo, el hecho que el *solvens* solicite el regreso constituye prueba de que no tuvo la intención de donar, véase al respecto J. J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. t. II B, *Transmisión de las obligaciones, extinción de las obligaciones, pago*, Buenos Aires, 1993, p. 143, n. 90.

109. Véase las consideraciones de W. E. FIGUEROA VÁSQUEZ, *La acción de enriquecimiento sin causa,* Editorial Jurídica Consur, Santiago de Chile, 1997, p. 158.

110. Véase R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones* cit., p. 259. En este sentido, la vía para obtener el regreso queda abierta, pero subordinada a la voluntad del acreedor, evidenciando así que la exclusión del reembolso no es absoluta, cfr. J. V. LASTARRIA, *Instituta del derecho civil chileno*, 2ª ed., Gante, 1864, pp. 222 s. Sobre la subrogación convencional véase J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Granada, 1999, p. 137.

obtuvo el interesado del negocio gracias a la intervención del tercero[111], la misma que, a pesar de haberse prohibido, lo liberó de una obligación a la que estaba vinculado.

Sobre la cuestión *prohibente debitore*, ya tomada en consideración por Pothier[112] y los exegetas franceses[113], el Código presenta la referida contradicción[114], pero donde se ha visto en la utilidad efectiva de la gestión, el alcance de la romana *actio utilis*, la misma que justificaría el derecho de regreso para el *solvens* al estar dirigida a mantener la *aequitas* entre las partes y así evitar que el deudor se enriquezca injustificadamente[115].

Ante lo cual, Claro Solar[116] se decanta por dar prevalencia al artículo 2.291, al observar que el 1.574 determina la exclusión del derecho de regreso en cuanto la acción de la deuda deja de existir a causa del pago realizado. Para dicho autor[117], el *solvens* dispondrá de la acción de enriquecimiento conocida como *de rem in verso* para demandar la parte exacta del pago que le fue de utilidad al deudor[118]. En efecto, la tendencia ha sido la de decantarse por lo establecido en el artículo 2.291[119], y admitir el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore* sobre la base de la utilidad efectiva que la gestión le atribuyó al deudor. A este respecto, también para Abeliuk Manasevich[120] es más equitativa

111. Véase A. SALAS, *Obligaciones, contratos y otros ensayos* cit., p. 358; M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., pp. 212 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 501-607; S.J. STOLJAR, *«Negotiorum gestio»*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X. *Restitution/Unjust Enrichment and negotiorum gestio* (ed. E.V. Caemmerer –P. Schlechtriem), (Boston, 2007), pp. 49 s.

112. Así, J. R. POTHIER, (*Appendice au*) *Traité du quasi-contrat de negotiorum gestorum, Oeuvres*, II, Paris, 1807, §181, pp. 123 ss., hace referencia al pago *prohibente debitore*, donde critica D. 17,1,40, al no ser esta una solución conforme a la equidad natural.

113. Así, C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, 6ª ed., Paris, 1830, vol. IV, part. I, pp. 11 ss., n. 12, negó el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore*. Por otro lado, estuvieron a favor del derecho de regreso, pero en el límite de la utilidad obtenida por el interesado del negocio para así evitarle un injusto enriquecimiento, A. DURANTON, *Cours de droit civil, suivant le Code français avec des sommaires ou exposés analytiques en tête de chaque chapitre et section de matière*, t. VII, 4ª ed., Bruxelles, 1841, libro III, tít. III, Cap. V, n. 19, p. 12, y M. TROPLONG, *Mandat*, Bruxelles, 1846, n. 75-86, pp. 21 ss.

114. Cfr. E. ESCALA, *«Bello y el Código Civil Chileno. Comentarios acerca de la obra Don Andrés Bello, de Eugenio Orrego Vicuña», en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, [S.l.], v. 1, n. 1-2, ene. 1935. Disponible: http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/3987/3883; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 2014, p. 325; C. SERRANO HERRERA, *«La legitimación para el pago de un tercero»* cit., p. 194.

115. Principio que aparece también en las Partidas, P. 7,34,17: *«E aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse torciceramente en daño de otro»*, véase L. DIÉZ-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado en Ensayos Jurídicos* (1953-2011) t. II. *Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado*, (Thomson Reuters. Civitas, 2011), p. 3030.

116. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 52, nt. 30.

117. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 52 nt. 30; R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones* cit., p. 169.

118. Sin contar los intereses, gastos y eventuales perjuicios sufridos, véase C. SERRANO HERRERA, *«La legitimación para el pago de un tercero»* cit., p. 196.

119. Cfr. M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 290; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. Fadda-Bensa), vol. II, Torino, 1904, p. 273.

120. R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, II, 4ta ed., Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 597, 551.

dicha disposición, ya que ampara un injusto enriquecimiento para el deudor, «que se economiza el pago sin dar nada a cambio»[121].

Sin embargo, esta tendencia ha encontrado críticas por parte de Ospina Fernández[122], quien considera que admitir el derecho de regreso carece de toda justificación jurídica. Y, del mismo parecer es Figueroa Vásquez[123], quien considera que se debe rechazar la acción de enriquecimiento a causa de la conducta temeraria del *solvens*.

Conclusiones

La *regulae iuris* referida por Gayo habría admitido la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* en el contexto del Derecho Romano clásico, cuyo derecho de regreso para el *solvens* procede mediante la *actio negotiorum gestorum contraria* en el supuesto *ignorante debitore*; mientras que, para aquél *invito debitore*, dicha acción será aplicada sólo en base a la interpretación dada al término *invito*, cual voluntad contraria pero no manifestada por el deudor. Sin embargo, ante una explícita prohibición del deudor surgió la disputa sobre el reconocimiento del derecho de regreso y en la que existieron quienes admitían una *actio utilis* dirigida a evitar un enriquecimiento injustificado para el deudor. Por otra parte, se ha evidenciado también aquella praxis inherente a la *cessio actionum* en la que el acreedor satisfecho podía ceder sus acciones al *solvens* para que este pueda obtener el regreso.

Con respecto al alcance de la *regulae iuris* de Gayo en el Código civil de Bello, esta se evidencia en la posibilidad de que un tercero pueda extinguir la deuda ajena sin el conocimiento y en contra de la voluntad del deudor principal, admitiéndose, para el primer supuesto, la subrogación para el reembolso, pero verificándose una contradicción en la normativa inherente al derecho de regreso consiguiente al pago del tercero *prohibente debitore*. Esta circunstancia denota la continuidad de los mecanismos procesales romanos dirigidos a actuar el regreso en favor del *solvens*, inclusive con las mismas problemáticas que se presentaron y que, al parecer, no pudieron ser solventadas por Bello a la hora de establecer los lineamientos del derecho de regreso, en particular, para la cuestión *prohibente debitore*. Sin embargo, se evidencia la prevalencia en la normativa del Código, del recurso al instituto de la subrogación, dirigida para actuar el derecho de regreso en favor del *solvens*, y cuyo antecedente remoto fue el mecanismo romano de la *cessio actionum*.

121. Así R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, II cit., p. 551. De su parte, R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, 10ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 169, se limita a interrogarse cómo solucionar dicha controversia, exponiendo las teorías de dos autores chilenos.

122. G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones* cit., p. 326.

123. W. E. FIGUEROA VÁSQUEZ, *La acción de enriquecimiento sin causa* cit., p. 158.

Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere : alcune riflessioni

Mariagrazia Rizzi[1]

1. Università degli Studi di Milano-Bicocca - Dipartimento di Giurisprudenza.

I. Agli inizi di giugno 2021 dominava sui giornali italiani la notizia della scomparsa, a Novellara di Reggio Emilia, nella notte tra il 30 aprile e il primo maggio, della diciottenne pakistana Saman Abbas[2]. Secondo gli inquirenti la ragazza sarebbe stata uccisa dallo zio e dai cugini, esecutori materiali dell'uccisione, per ordine del padre, mandante dell'omicidio. A portare all'atroce gesto sarebbe stata la mancata accettazione da parte della ragazza delle rigide regole imposte dalla famiglia. Il padre, che le aveva impedito di frequentare le scuole superiori, voleva costringerla a tornare in Pakistan per sposare un cugino di undici anni più grande di lei. Alcuni mesi prima della sua scomparsa, la ragazza, allora minorenne, a seguito di denuncia, era stata allontanata dalla famiglia e collocata in una comunità protetta. A metà aprile di quest'anno Saman aveva chiesto ed ottenuto di poter ritornare a casa, nonostante il parere contrario degli operatori dei servizi sociali[3]. Da quel momento, la ragazza era rimasta chiusa in casa, uscendo esclusivamente con la madre per alcune brevissime passeggiate, fino alla sua scomparsa, in realtà, secondo gli inquirenti, un violento assassinio[4].

Rimandando alla seconda parte del contributo per puntualizzazioni che reputo essenziali in merito all'origine islamica della famiglia della vittima, la lettura di questa drammatica notizia mi ha fatto immediatamente sovvenire alla mente un principio assai noto, al quale avevo avuto modo di dedicarmi nel mio primo lavoro monografico dedicato ai *decreta principum* di età classica[5], il principio *patria potestas in pietate, non atrocitate consistere debet*. Rinviando al contributo in discorso per una visione più ampia di questo principio all'interno della cornice delle statuizioni imperiali in funzione giudicante ispirate a diversi Begriffe e rinviando altresì e soprattutto all'articolo del Professor Armando Torrent edito in *Index* 2016, ad oggi il contributo più completo in tema, punto di riferimento imprescindibile e fonte di ispirazione preziosa per chiunque intenda occuparsi del principio in discorso[6], nelle presenti pagine si proporranno alcune riflessioni intorno a questo valore cardine del rapporto genitori-figli .

II. L'espressione in discorso figura, come noto, nella porzione finale di D. 48.9.5, frammento di Marciano tratto dal XIV libro delle sue *Institutiones*[7] e collocato all'interno

2. Il contributo riproduce sostanzialmente il testo della relazione con alcune modifiche, mantenendo comunque in generale lo stile agile della comunicazione. Il testo è stato completato con un apparato di note e con riferimenti bibliografici ritenuti essenziali. Ringrazio ancora di cuore gli Organizzatori per il gentile invito a questa preziosa iniziativa scientifica.

3. Sembra che a motivare tale ritorno fosse il desiderio di recuperare i propri documenti personali, ancora presso i genitori.

4. Al momento della consegna del contributo (inizio dicembre 2021), il corpo della ragazza non era stato ancora ritrovato, nonostante le incessanti ricerche, così come non è stata resa alcuna confessione da parte dei genitori, dello zio e dei cugini della ragazza. Il 22 settembre è stato arrestato in Francia lo zio; attualmente è ancora in attesa di essere estradato in Italia.

5. M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. p. 187 ss. Il testo, in particolare, è analizzato nella seconda parte del lavoro, dedicata ai diversi valori collegati esplicitamente alle statuizioni imperiali in funzione giudicante *(aequitas, pietas, humanitas, benignitas).*

6. A. TORRENT RUIZ, *«Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet», in Index*, Jovene, 35, 2007, p. 159 ss.

7. Per una recente analisi dei primi libri dell'opera marcianea in discorso si veda D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019. Interessanti approfondimenti recenti dedicati a quest'opera anche in M. FRESSURA – D. MANTOVANI, «P. Vindob. L. 59 + 62. Frammenti delle *Institutiones di Elio Marciano», in Athenaeum,* New Press Edizioni, 106 (2), 2018, p. 619 ss.

del titolo del Digesto *de lege Pompeia de parricidiis*[8]:

D. 48.9.5 (Marcian. XIV *Inst.*): *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

Nel testo si legge che Adriano aveva comminato la *poena* della *deportatio in insulam* ad un tale per aver ucciso, durante una battuta di caccia, simulando un incidente, il figlio che aveva commesso adulterio con la matrigna. Dopo il riferimento alla dura condanna, nel passo si legge che essa era stata statuita in quanto il padre si era comportato come brigante (*latro*) piuttosto che come padre (*pater*), specificandosi ulteriormente *nam patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere.*

L'imperatore Adriano aveva dunque deciso di intervenire, nella veste di giudice[9], per punire penalmente un padre[10] che si era reso reo di figlicidio. A muovere il gesto del padre era stata la condotta adultera del figlio con la matrigna. Due le motivazioni, tra loro

8. Il testo è stato oggetto di un certo interesse in dottrina. Per uno sguardo alla letteratura fino al 2012 mi sia consentito rinviare al mio lavoro monografico sucitato (p. 183 s. nt. 123). Tra i contributi più significativi, oltre all'articolo di Torrent, si vedano M. ROBERTI, «*Patria potestas e paterna pietas*. Contributo allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano», in P. Ciapessoni (a cura di), *Studi in memoria di Aldo Albertoni. I. Diritto romano e bizantino*, Padova, CEDAM, 1935, p. 261 ss.; W. KUNKEL, «Das Konsilium im Hausgericht», ora in *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, De Böhlau, 1974, p. 139 ss.; A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'. I. Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 239 ss.; P. Voci, «Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano», in Iura, Jovene, 31, 1980, p. 67 ss.; C. FAYER, *La 'familia romana'. I. Aspetti giuridici e antiquari,* Roma, L'Erma di Bretschneider, 1994, p. 170 ss. Con riguardo ai lavori più recenti sul testo in discorso, si veda innanzitutto il contributo di G. SCHIEMANN, «*Pietas und patria potestas*: Bemerkungen zu Marcian D. 48.9.5», in T. Finkenauer – B. Sirks (a cura di), *Interpretationes iuris antiqui: Dankesgabe fuer Shigeo Nishimura*, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2018, p. 311 ss. Si rinvia, tra gli altri, anche a E. MONTANOS FERRÍN, «*Favor reverentiae parentis*», in *AHDE*, Ministero de Justicia – Boletín Oficial del Estado, BOE,, 78-79, 2008-2009, in part. p. 33; S. PIETRINI, *L'insegnamento del diritto penale nei Libri Institutionum*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 122 ss.; K. Tuori, *The Emperor of Law: The Emergence of Roman Imperial Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 207 ss.; G. RIZZELLI, «La *potestas* paterna fra *leges, mores e natura*», in AA.VV. (a cura di), *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, Edizioni Grifo, 2019, p. 100 ss.; M. AVENARIUS, «Il Foro di Augusto come espressione della restituzione della cultura giuridica privatistica e mezzo per il ristabilimento della dottrina del diritto naturale», in *Tesserae Iuris*, Universitas Studiorum, 2 (1), 2021, p. 29 s. Altri richiami saranno fatti nell'ambito dell'esegesi del testo marcianeo.

9. La soluzione imperiale in discorso è catalogata nel novero dei decreta dalla dottrina di gran lunga prevalente. Si vedano in questo senso per tutti, tra gli autori più recenti, M. Fressura – D. Mantovani, «P. Vindob. L. 59 + 62», cit., p. 653. Sull'attività giudiziaria imperiale in età classica, in particolare severiana, si rimanda al recentissimo contributo di M. BRUTTI, I*ulius Paulus: Decretorum Libri Tres. Imperialium Sententiarum in Cognitionibus Prolatarum Libri Sex*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2020.

10. Il tema della paternità nel mondo romano è stato oggetto di una recente e ricca opera collettanea, AA.VV. (a cura di), *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, Grifo, 2019, di particolare interesse anche per lo specifico tema qui affrontato. Si veda anche T. MCGINN, «La *familia* e i poteri del padre», in F. Cursi (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 188 ss.

correlate, indicate nel testo come fondamento della decisione adrianea. Con la prima si evidenzia la condotta del padre come *latro*, come brigante. Con la seconda, sulla quale indugerò in questa sede, si afferma la necessità che la condotta del *pater familias* sia guidata dalla *pietas* e non dall'*atrocitas*.

Bisogna rilevare che parte della dottrina, soprattutto più risalente, ha rivolto la propria critica proprio a quest'ultima parte del passo, ritenendola interpolata, soprattutto per il riferimento alla *pietas*, considerato di impronta cristiana[11]. Da un lato si è affermato che in epoca adrianea «*non si poteva dire che la patria potestas dovesse fondarsi sulla pietas: non possono esistere insieme ius vitae ac necis e pietas paterna*»[12]; dall'altro si è posto in rilievo che l'espressione qui oggetto di indagine «*oltre ad essere superflua, è contraria alla prima parte del frammento stesso; poiché l'imperatore non nega il diritto del padre di uccidere il figlio reo di grave colpa, ma afferma che la pena venne inflitta al padre per non aver osservato le debite forme*»[13].

Tali valutazioni devono essere respinte, conformemente anche all'orientamento della dottrina più recente in proposito, atteso che si basano su una visione dello *ius vitae ac necis* che non tiene conto dei progressivi mutamenti realizzatisi nel corso del tempo e che, in particolare, non prende in considerazione le testimonianze dalle quali emerge un intenso programma imperiale volto a limitare i poteri del *pater familias*, né considera tutti quei passi nei quali la *pietas* risulta espressamente richiamata per individuare la relazione genitore-figli[14].

Prendendo le mosse dai richiami espliciti alla *pietas*[15], copiose si presentano le tes-

11. In questo senso, tra gli altri, C. LORENZI, «Pap. Coll. 4, 8, 1: la figlia adultera e il *ius occidendi iure patris*», in *SDHI*, Vaticano, 57, 1991, p. 163 nt. 19.

12. Si riportano le parole di P. VOCI, «Storia della *patria potestas*», cit., p. 68.

13. M. ROBERTI, *«Patria potestas e paterna pietas»*, cit., p. 261.

14. M. FRESSURA – D. MANTOVANI, «P. Vindob. L. 59 + 62», cit., p. 656, richiamano la frase in discorso, insieme ad altre tratte dai frammenti marcianei, per evidenziare che *«nei non molti passi in cui Marciano esplicita la motivazione di una determinata regola o soluzione, essa assume quasi costantemente una forma gnomica, i cui contenuti vanno da regulae iuris a sententiae moraleggianti»*.

15. Sulla *pietas* in generale esiste una letteratura relativamente ampia. Tra i contributi più risalenti si vadano, tra gli altri, H. Krüger, «Die *humanitas* und die *pietas* nach den Quellen des römischen Rechtes», in ZSS, Böhlau Verlag, 19, 1898, p. 6 ss.; P. DE FRANCISCI, «La legittimazione attiva nell'azione funeraria. Appendice. Intorno al concetto di *pietas*», in *Il Filangieri*, Jovene, 40, 1915, p. 28 ss.; Th. ULRICH, *Pietas (Pius) als politischer Begriff im römischen Staate bis zum Tode des Kaisers Commodus*, Breslau, M. & H. Marcus 1930, *passim*; F. LANFRANCHI, *Il diritto dei retori romani: contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 95 ss., p. 641 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*. II. La giustizia - le persone, Milano, Giuffrè, 1952, p. 146 ss.; J. CHAMPEAUX, «*Pietas*: piété personnelle et piété collective à Rome», in *Bulletin de l'Association G. Budé*, Les Belles lettres, Association Guillaume Budé XLVIII, 1989, p. 263 ss. Tra i lavori più recenti dedicati a questo Begriff , oltre al mio contributo monografico summenzionato (M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, p. 187 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici), si confrontino, *inter alios*, A.I. CLEMENTE FERNÁNDEZ, «Dilucidando conceptos: *pietas* y *caritas*», in *Ridrom*, 9, 2012, p. 224 ss.; L. GAGLIARDI, «La *pietas* al tempo di Augusto. Tra sentimento e diritto», in S. Segenni (a cura di), *Augusto dopo il bimillenario. Un bilancio*, Firenze, Le Monnier Università, 2018, p. 153 ss.; D. ROUGER-THIRION, «*Ius pietatis* ou le destin juridique de la pietas», in E. Chevreau – D. Kreme – A. Laquerrière-Lacroix (a cura di), Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert, Paris, De Boccard, 2012, p. 803 ss.; G. Rizzelli, «Pietate necessitudinis ductae. Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus», in QLSD, Edizioni Grifo, 8, 2018, p. 147 ss.;

timonianze, tanto nelle fonti giuridiche, quanto nelle fonti letterarie tra il primo secolo a.C. e il primo secolo d.C., nelle quali, in analogia al decreto di Adriano quivi analizzato, sono contenuti riferimenti espliciti a questo Begriff in connessione con i rapporti tra genitori e figli[16]. A titolo meramente esemplificativo, si può rammentare una statuizione di Traiano ricordata da Papiniano all'interno dell'XI libro delle *quaestiones*:

D. 37.12.5 (Pap. XI *quaest.*): *Divus Traianus filium, quem pater contra pietatem adficiebat, coegit emancipare. Quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.*

L'imperatore aveva costretto un padre, che aveva tenuto nei confronti del figlio un comportamento *contra pietatem*, a procedere alla sua emancipazione. Alla morte del *filius* il padre, in qualità di *parens manumissor*, reputa che dovesse spettargli la *bonorum possessio*, ma la sua richiesta, su consiglio di Nerazio e Aristone, viene respinta *propter necessitatem solvendae pietatis*. Nel passo in discorso il riferimento alla *pietas* figura ben due volte, presentandosi come parametro che muove l'imperatore ad intervenire contro il padre reo di comportamenti riprovevoli nei confronti del figlio, al fine di motivare l'emancipazione forzata di quest'ultimo, ma altresì come giustificazione mediante cui respinta la richiesta del padre di essere immesso nei beni del figlio[17]. Gli esempi sono però, come noto, assai più numerosi. A fronte della presenza di uno spettro tanto ampio di testimonianze non sembra che possa dubitarsi della genuinità di tale riferimento nel testo marcianeo[18], come è del resto ampiamente confermato in dottrina, anche da una

G. SCHIEMANN, «*Pietas e patria potestas*», cit., p. 311 ss. e *passim*; M. CHRISTOL, «La *pietas* comme motivation: la rhétorique du pouvoir», in D. Mantovani (a cura di), *Le strutture nascoste della legislazione tardoantica. Atti del convegno Redhis (Pavia 17-18 marzo 2016*), Bari, Edipuglia, 2019, p. 177 ss.; M. AVENARIUS, «Il foro di Augusto», cit., p. 25 ss. Sulla relazione tra *pietas e patria potestas* si veda *infra*.

16. Si vedano in particolare al riguardo le fonti selezionate da B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano,* cit., p. 146 e nt. 3; p. 149 e nt. 1; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem. II. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustinianea*, Milano, Giuffré, 1995, p. 124 nt. 27 e 28; G. RIZZELLI, «P*ietate necessitudinis ductae*», p. 158 s. nt. 42 ss.; M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, cit., p. 190 ntt. 128 e 129. In generale, per uno sguardo dei riferimenti alla pietas all'interno delle fonti giuridiche riferibili all'età classica cfr. D. ROUGER-THIRION, «*Ius pietatis* ou le destin juridique de la *pietas*», cit., p. 810 nt. 58.

17. Va rilevato che, analogamente a quanto visto in ordine al provvedimento di Adriano, parte della dottrina, soprattutto più risalente, si è espressa nel senso della non genuinità del richiamo alla pietas anche in relazione al passo in questione. Per la visione, che si ritiene accoglibile, conforme alla classicità di tale richiamo, espressa anche dalla dottrina più recente si veda, per tutti, A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate*», cit., p. 164 ss. Sulla presenza di Begriffe all'interno delle opere di Papiniano cfr. J.G. WOLF, « Außerjuristische Wertungen in der Argumentation Papinians», in TR, Nijhoff, 81, 2013, p. 633 ss.

18. In questo senso, oltre agli autori più recenti, citati nel prosieguo del testo, si vedano, *inter alios*, B. ALBANESE, «Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*», in *Scritti per la beatificazione di Contardo Ferrini*, III, Milano, Giuffrè, 1948, p. 362 nt. 2 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo, Palumbo, 1991, p. 22 nt. 2; D. DALLA, «Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica», in S. Giglio – G. Crifò (a cura di), *Atti VII Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 93 s.; A. PALMA, *Humanior interpretatio: humanitas nell'interpretazione e nella formazione da Adriano ai Severi. Corso di lezioni*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 196 ss.; C.

parte di quegli studiosi più inclini a riferire all'epoca postclassica le diverse categorie figuranti nelle fonti giuridiche, i quali hanno ammesso l'esistenza di una "*pietas* pagana"[19] ricollegabile all'attività normativa imperiale e a quella della giurisprudenza classica.

Quanto al valore di tale Begriff[20], esso, nel testo di Marciano, ma anche in numerose altre testimonianze, assume il significato di «*doverosa benevolenza del padre verso i figli*»[21], di amore paterno, di affetto e rispetto dovuto dal primo ai secondi[22]. La *patria potestas*, come sottolineato da Goria, viene concepita come «*funzionale all'interesse dei figli*»[23]. Ad essa si contrappone, respingendolo, l'esercizio della *patria potestas atrox*, svolto, riprendendo le parole di Avenarius, in maniera «*dura*» o «*selvaggia*».[24]

Passando ora alla seconda motivazione addotta contro la genuinità del brocardo in discorso, ossia il suo contrasto insuperabile con lo *ius vitae ac necis* del padre[25], è stato

RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., p. 124 ss.; p. 137 ss.

19. Così B. BIONDI, *Il diritto romani cristiano*, II, cit., p. 146. Si confronti, ancora, tra gli altri, P. De FRANCISCI, «La legittimazione attiva», cit., p. 28 ss.

20. Sulla sua valenza come principio giuridico si veda da ultimo M. AVENARIUS, «Il Foro di Augusto», cit., in part. p. 25 ss.

21. A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 238.

22. Cfr. H.G. HEUMANN,– E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9a ed., Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1971, p. 429. Evidenziano in particolare l'aspetto morale della decisione P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma, Attilio Sampolesi, 1925 (rist. Milano, Giuffré, 1963), p. 278; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 146. Il significato di pietas è analizzato più recentemente da A. TORRENT, *«Patria potestas in pietate»*, cit., in part. p. 164, il quale afferma consistere la pietas nella *«benevolencia que el padre debía tener con sus hijos, pietas que si hace relación a los deberes de respeto y reverencia de los hijios hacia sus padres también funciona a la inversa, de los padres hacia los hijos»*. La stretta relazione tra pietas e patria potestas è stata oggetto di particolari riflessioni da parte di R. SALLER,, «*Pietas* und *patria potestas*: obligation and power in the Roman household», in *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994 e più recentemente di G. RIZZELLI. «La *potestas paterna*», cit., passim.

23. F. GORIA, «La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figli nel diritto romano fino all'Ecloga di Leone III», in F. Zuccotti – M.A. Fenocchio (a cura di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Milano, Ledizioni, 2018, p. 115. Si veda anche E. VERA-CRUZ PINTO, «As fontes para o estudo do direito da familia em Roma: algumas breves consideraçoes», in P. Resina Sola (a cura di), *Fvndamenta Ivris, Terminología, principios e interpretatio*, p. 683 (= *Fundamentos romanístico del derecho contemporáneo. III. Derecho de Familia*, Madrid, BOE, 2021, p. 143) il quale evidenzia che *«a patria potestas romana deixa de se rum privilégio politico ligado ao sangue e vai sendo progressivaente circunscrito a um mero dever (officium) de educação dos filhos, substituindo-se a violência e a atrocidade primitivas pelo valor da piedade e da pedagogia (D. 48.9.5)»*.

24. M. AVENARIUS, «Il Foro di Augusto», cit., p. 30. Diverso, come correttamente sottolineato da G: RIZZELLI, *«La potestas paterna»*, cit., p. 100, il rapporto tra *pietas* e *severitas*. Indugiando su alcune testimonianze di Seneca figlio, lo studioso afferma al riguardo che «*la pietas non rifiuta... la severitas; non la rifiuta più di quanto non la respinga la clementia... E', invece, contraria alla virtù, la crudelitas, ossia l'atrocitas animi in exigendi poenis (Clem. 2.4.1), dove la ragione è sostituita dall'intemperantia animi: crudeli sono coloro i quali puniendi causa habent, modum non habent»*. Sul riferimento all'atrocitas nelle fonti letterarie e giuridiche si veda M.L. BICCARI, «*Atrocitas*: alle radici della teoria penalistica circa le aggravanti del reato», in *Studi Urbinati A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Maggioli Editore, 62 (1-2), 2013, p. 7 ss.

25. W. SELB, «Vom *ius vitae necisque* zum beschränkten Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe», in *IJ*, University College, 1, 1966, p. 142 e nt. 28, richiama il testo in questione, insieme ad altri, addirittura per evidenziare come

ampiamente messo in luce come la decisione di Adriano qui in esame si inserisca in un più generale quadro di misure, tra i quali anche la statuizione traianea summenzionata, volte a ridimensionare le linee che avevano guidato la materia della *patria potestas* nei secoli precedenti[26]. Ancora minor rilievo avrebbe la motivazione del contrasto con il *vitae necisque arbitrium*[27] ove si seguisse l'orientamento dottrinale tendente a relativizzare ulteriormente la concezione diffusa del *pater familias* come «*emotivamente distaccato, severo, intransigente*»[28]. Questo, d'altro canto, non significa che la decisione adrianea abbia definitivamente abolito tale potere del *pater familias*, ma certamente non si può negare come essa abbia ulteriormente definito o quantomeno ribadito i limiti in ordine alle modalità di esercizio di tale potere.

III. Quale che sia l'orientamento che si preferisce seguire, le osservazioni poste consentono di mettere a loro volta in discussione alcune interpretazioni della dottrina tese a sminuire eccessivamente il valore di quanto sancito attraverso la soluzione di Adriano. Invero, genera dubbi la tesi secondo cui il *princeps* avrebbe avuto semplicemente la finalità di punire il padre per aver questi ucciso il figlio irritualmente e vilmente. Analogamente incerta è la tesi che, escludendo che ancora ai tempi di Adriano fosse stato abolito lo *ius vitae ac necis*, reputa che in questo caso ad essere stato punito fosse stato solo l'abuso del diritto stesso[29]. Ancora, suscita dubbi la tesi per cui la comminazione della dura condanna da parte di Adriano trovi giustificazione solo sulla base alla mancata convocazione del *consilium domesticum*[30]. Per un verso invero l'operatività di questo tribunale risulta incerta[31]; per altro verso, se certamente la punizione inferta dal padre al figlio era stata attuata attraverso forme estreme, alla luce di quanto veduto nelle pagine precedenti sembra possa affermarsi che, nel decidere di assumere la cognizione della controversia e nel comminare la relativa decisione, il *princeps* avesse guardato oltre

questo diritto del padre avesse ancora un valore dominante.

26. Per un'analisi ampia delle statuizioni imperiali in tema di patria potestas a partire da Augusto si rimanda alla trattazione di A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 205 ss. Sulla «*particolare sensibilità verso la condizione dei filii familias*» da parte di Adriano si veda, tra gli autori più recenti, P.L. CARUCCI, «Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato. Principî e politiche», in TSDP, 11, 2018, p. 14 s. nt. 14.

27. Sen. *Contr.* 2.3.11.

28. Le parole sono tratte dal recente contributo di G. RIZZELLI, «La *potestas paterna*», cit., p. 91 e *passim*, ove riferimenti bibliografici, in particolare al lavoro di R. SALLER, «Patriarchy Property», citato. La possibilità di procedere a forme di punizioni, anche severe, nei confronti del figlio documentata anche in fonti successive non sminuisce il valore della statuizione adrianea e del complesso di testimonianze summenzionate, tutte nella direzione della consistente limitazione di siffatti poteri.

29. Cfr. per tutti, M. Roberti, «*Patria potestas e paterna pietas*», cit., p. 261; M.A. DE DOMINICIS, «Spunti in tema di *patria potestas* e cognazione», in *Studi in onore di Antonio Segni*, I, Milano, Giuffrè, 1967, p. 575 e nt. 8; F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 74.

30. Si confronti, in questo senso, la letteratura citata da C. LORENZI, «Pap. Coll. 4, 8, 1», cit., p. 163 nt. 19, cui *adde* E. CANTARELLA, «Fathers and Sons in Rome», in *The Classical World*, The Johnas Hopkins University Press, 96, 2003, p. 297 s.

31. Si veda al riguardo, per tutti E. VOLTERRA, «Il preteso tribunale domestico in diritto romano», in RISG, Jovene, 2, 1948, p. 103 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1991, p. 127 ss.), seguito, tra gli altri, da C. FAYER, *La familia romana*, I, cit., p. 131 ss.

e più in profondità rispetto a siffatto eccesso, ritenendo preminente, nella valutazione della responsabilità paterna, la violazione del vincolo affettivo che deve essere guida costante del rapporto genitore-figli.

Né può essere accolto il tentativo di circoscrivere la portata del provvedimento adrianeo facendo leva sulla forma verbale *fertur*, con la quale è introdotta da Marciano la notizia del *decretum*[32]. Altre volte, si riscontrano riferimenti a notizie e fonti incerte, fatto questo che assume particolare rilievo se si pensa che Marciano compose le sue *Institutiones* dopo la morte di Caracalla[33]. E' probabile, dunque, che il giurista abbia tratto la notizia del decreto da un'altra fonte[34]. D'altro canto, come evidenziato da Rabello, «*Marciano non si propone di compiere opera di storico*», per cui appare difficile supporre che «*egli si sia limitato a riferire un'incerta notizia storica, senza che questa notizia non avesse contenuto un interesse giuridico per i suoi allievi*»[35].

Quello che resta incerto, dalla lettura del frammento, è se tale motivazione possa essere riconducibile alle parole pronunciate da Adriano ed in particolare rievochi la motivazione del *decretum*[36], oppure se vada intesa come un commento di Marciano alla statuizione imperiale[37]. A favore della prima ipotesi potrebbe essere rilevante il fatto che questa affermazione si pone, come già sottolineato in dottrina, in conformità «*dell'intero e lucido programma di governo*» adrianeo[38] sul concetto di *patria potestas*. Anche ove,

32. B. BIONDI, Il *diritto romano cristiano,* cit., p. 4. La questione del valore di *fertur* è accennata da ultimo da G. RIZZELLI, «La *potestas paterna*», cit., p. 100, per il quale il verbo in discorso proietta «un'ombra di dubbio» sulla storicità della decisione adrianea.

33. A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 240 e nt. 43, ove richiami ad altri luoghi nei quali compare questa terminologia incerta, oltreché ad autori precedenti che si sono soffermati su questo aspetto.

34. In questo senso P. Voci, «Storia della p*atria potestas*», cit., p. 68, il quale adduce a suffragio di questa ipotesi l'uso degli indicativi *interfecit* e *debet*.

35. A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 240, ripreso, più recentemente, da A. TORRENT, «*Patria potestas in pietate*», cit., p. 167 s.

36. In questo senso, *inter alios*, F.P. CASAVOLA, «Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio», in *Labeo*, Jovene, 14, 1968, p. 256 nt. 11 (= *Giuristi adrianei*, Napoli, Jovene editore, 1980, p. 206 nt. 11 = *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, I, Napoli, Jovene Editore, 2000, p. 50 nt. 11); A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 241 e nt. 51; C. RUSSO RUGGERI, «*Patria potestas e paterna pietas*: un rapporto da riverificare», in *Hestíasis. Studi di tarda antichità offerti a Salvatore Calderone*, VI, Messina, Sicania, 1989, p. 324 s.; C. CORBO, «Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana», in SDHI, Vaticano, 77, 2011, p. 92 s., cui *adde*, più recentemente, F. GORIA, «La costruzione giuridica», cit., p. 116 nt. 15, che reputa questa ipotesi «*preferibile*». Tra gli autori più recenti che si sono espressi nel senso della più probabile riferibilità all'imperatore delle parole finali del frammento va menzionato G. SCHIEMANN, «*Pietas* und *patria potestas*» cit., in part. p. 320, il quale tuttavia, a suffragio di questa ipotesi, indica argomentazioni diverse da quelle proposte nel testo, in particolare ponendo l'accento sul carattere retorico e ideologico della motivazione, non riconducibile alla levatura giuridica di Marciano.

37. Propongono questa interpretazione, tra gli altri, B. ALBANESE, «Note sull'evoluzione storica», cit., p. 362 s. e nt. 2 (= *Scritti giuridici,* cit., p. 22 s. e nt. 2); M. BIANCHINI – G. CRIFÒ – F. D'IPPOLITO (a cura di), *Materiali per un corpus iudiciorum*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 119. Rimane aperta ad entrambe le possibilità S. PIETRINI, *L'insegnamento del diritto penale*, cit., p. 123.

38. COSÌ F. CASAVOLA, «Potere imperiale», cit., p. 257 (= *Giuristi adrianei*, cit., p. 206 = *Sententia legum*, cit., p. 51), seguito più recentemente da A. Torrent, «*Patria potestas in pietate*», cit., p. 168.

comunque, non fosse da ricondursi alle parole pronunciate da Adriano nella decisione, esso sarebbe nondimeno da considerarsi come il fondamento della valutazione fatta dall'imperatore ai fini della pronuncia innovativa emessa.

Quanto ora evidenziato consente, in sintesi, di affermare che attraverso la dura pena comminata nei confronti del padre[39] Adriano volle dare un ulteriore impulso verso il superamento di quegli aspetti della *patria potestas* particolarmente severi e crudeli nei confronti dei figli. Certo, tale intervento non rappresentò una soluzione rivoluzionaria ed espressa in termini di assoluta novità, inserendosi, come veduto, in una tendenza già intrapresa nei secoli precedenti e proseguita da Adriano; ciò tuttavia non mina il peso che ebbe tale decisione e soprattutto il valore della motivazione alla base di essa.

IV. E' noto invero quanto tale principio costituisca oggi generalmente un fondamento imprescindibile del rapporto genitori-figli e abbia guidato in moltissimi paesi, pur in un percorso storico complesso, la normazione giuridica più recente, costituzionale, civile e penale.

Per citare brevemente l'esempio italiano, si pensi alle riforme attuate con il D. Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, con cui la potestà genitoriale, fino alla riforma del 1975 patria potestà, è stata sostituita dalla cosiddetta responsabilità genitoriale[40]. Si tratta di uno dei passaggi più recenti di un iter articolato volto a mettere in primo piano i doveri dei genitori verso i figli in luogo del potere dei primi nei confronti dei secondi.

Sempre rimanendo alla realtà italiana, sotto il profilo penale, tralasciando la disciplina speciale, contenuta nell'art. 578 cod. pen.[41], concernente l'uccisione ad opera della madre di un neonato nell'immediatezza del parto nel caso di abbandono materiale e morale dell'autore del delitto, nell'ipotesi in cui i genitori uccidano i propri figli trovano

39. Sul profili più strettamente penali della decisione adrianea si rimanda a A. TORRENT, *«Patria potestas in pietate»*, cit., in part. p. 172 ss.

40. La riforma attuata con il Decreto Legislativo 154/2013 ha portato, come noto, alla riscrittura degli artt. 315 ss. cod. civ., concernenti i doveri dei genitori verso i figli e quelli dei figli verso i genitori. Nell'originaria stesura del 1942 era contenuto ancora il riferimento alla patria potestà. Alla base di tale formulazione vi era il riconoscimento, da parte del legislatore, del *«carattere pubblicistico»* di tale potestà e la visione in essa, come si legge nel punto 166 della Relazione al re del 16 marzo 1942, dell'affermazione del principio giuridico della sottoposizione dei figli al potere familiare dei genitori. La legge 151/1975 aveva già apportato importanti modifiche, eliminando la dicitura patria potestà e sostituendola con potestà genitoriale, una modifica non solo di carattere meramente nominale, ma tesa a concepire tale potestà come esercizio di una funzione diretta a realizzare gli interessi dei figli da parte di entrambi i genitori. Con il successivo Decreto Legislativo n. 154/2013 si è stabilita la sostituzione di responsabilità genitoriale all'espressione potestà genitoriale e ulteriormente si è provveduto ad eliminare quest'ultima dicitura nel Codice Civile, nel Codice di Procedura Civile, nel Codice Penale e in quello di Procedura Penale, così come nella legislazione speciale. Per uno sguardo alla riforma nel suo complesso si veda, a titolo meramente esemplificativo, F.R. Fantetti, *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione. Commento al D.lgs. 154/2013 (in G.U. n. 5 del 8/01/2014)*, Dogana, Maggioli Editore, 2014.

41. Art. 578 cod. pen.: *La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni. A coloro che concorrono nel fatto di cui al primo comma si applica la reclusione non inferiore ad anni ventuno. Tuttavia, se essi hanno agito al solo scopo di favorire la madre, la pena può essere diminuita da un terzo a due terzi.*

applicazione le regole dell'omicidio[42], con l'aggravante della consanguineità. Ancora fino all'inizio degli anni '80 era tuttavia previsto, all'art. 587 cod. pen. dedicato a *Omicidio e lesione personale a causa d'onore*, che la pena fosse attenuata per chi cagionasse la morte o provocasse lesioni in danno del proprio coniuge, figlia, sorella, nell'atto in cui ne scopriva la illegittima relazione carnale, al fine di difendere l'onore proprio o quello della famiglia[43]. Solo con la legge 5 agosto 1981, n. 442 è stata realizzata l'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore, unitamente alla cancellazione dell'art. 544 sul matrimonio riparatore e dell'art. 592 sull'abbandono di neonato per causa di onore.

La possibile uccisione di Saman con cui ho dato inizio al contributo mostra tuttavia come il problema dell'*atrocitas* genitoriale sia ancora drammaticamente attuale. Il gesto compiuto contro di lei costituisce un tristissimo e preoccupante esempio delle deviazioni a cui possono portare alcune abitudini tribali, a cui può condurre l'arretratezza culturale. Esso mette tragicamente in luce come alcuni atteggiamenti ancestrali possano ancora ripresentarsi con estrema cruenza.

Bisogna precisare, come correttamente evidenziato da Nadia Bouzekri, prima vicepresidente donna della Ucoii, Unione delle comunità islamiche italiane, che tale arretratezza nel caso di Saman, così come in altri episodi analoghi, «*non c'entra niente con l'Islam: c'è un substrato fatto di silenzi, omissioni, imposizioni patriarcali che domina su tutto*»[44]. E naturalmente, per tale ragione, l'episodio è stato condannato da tutta la comunità islamica, dalle comunità del mondo arabo in Italia (Co-mai), dalla confederazione internazionale laica interreligiosa (Cili-Italia) e dall'Osservatorio anti violenza del movimento Uniti per unire. Si tratta di deviazioni che possono riguardare tutti i popoli e manifestarsi in tutte le culture. Gli esempi provenienti da diverse parti del mondo e da differenti realtà culturali ne sono una drammatica testimonianza[45].

V. E' palmare, in conclusione, quanta centralità e attualità rivestano le parole riferibili direttamente o indirettamente ad Adriano contenute nel frammento marcianeo. Il principio ivi espresso, di rilievo centrale per l'evoluzione della concezione del rapporto genitori-figli, deve continuare ad essere guida e a costituire un cardine della regolamen-

42. anni.

43. Art. 587, comma 1, cod. pen.: *Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onor suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni.*

44. La frase è tratta dall'articolo di D. MOTTA, «La vicepresidente Ucoii Caso Saman inconcepibile, basta con silenzi e omissioni», del 6 giugno 2021, pubblicato in https://www.avvenire.it/attualita/pagine/ caso-saman-inconcepibile-basta-con-silenzi-e-omissioni (ultima consultazione effettuata il giorno 2 dicembre 2021).

45. A titolo meramente esemplificativo, può essere richiamata l'uccisione in India, negli stessi giorni della scomparsa di Saman, da parte del padre, al fine di "vendicare l'onore" della ragazza, così le parole dell'uomo, della figlia diciassettenne perché vista in compagnia di un ragazzo non gradito. Si può rammentare l'episodio, accaduto in Iran, dell'uccisione della tredicenne Romina Ashrafi da parte del padre, per avere costei amato un ragazzo non scelto dalla famiglia. O ancora l'episodio di Reyaneh Ameri, 22 anni, poche settimane dopo dall'assassinio di Romina, uccisa dal padre per essere tornata a casa la sera troppo tardi. E certamente, non si può non fare riferimento ad esempio talune realtà locali italiane, con retroterra non straniero, soprattutto rurali, nelle quali ancora vigono sistemi di patriarcato ancestrale, e in cui vengono attuate forme di limitazione della libertà personale soprattutto nei confronti di figlie femmine, le vittime pressoché assolute delle recenti forme di femminicidio, assai estreme.

tazione di siffatta relazione. L'*atrocitas*, la condotta selvaggia, feroce, brutale non può trovare giustificazione alcuna in questa relazione, in nessun Paese, in nessuna cultura, in nessuna circostanza. La *pietas* deve permanere solidamente come un valore inderogabile, essenziale in questo rapporto, un principio da proteggere e rinnovare giuridicamente e moralmente.

Bibliografia

Albanese, B. (1948). Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis. En: *Scritti per la beatificazione di Contardo Ferrini*. 3:343-366.

Avenarius, M. (2021). Il Foro di Augusto come espressione della restituzione della cultura giudicia privatistica e mezzo per il ristabilimento della dottrina del diritto naturale. En: *Tesserae Iuris*. 2(1):9-39.

Bianchini, M.; Crifò, G.; D'Ippolito, F. (2022). *Materiali per un corpus iudiciorum*. Torino : Giapplichelli.

Biccari, M.L. (2013). Atrocitas: alle radici della teoria penalistica circa le aggravanti del reato. En: *Studi Urbinati A* : Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, 62(1-2):7-62.

Biondi, B. (1952). *Il diritto romano cristiano : II : la giustizia-le persone*. Milano : Giuffrè.

Bonfante, P. (1925). *Corso di diritto romano : I : Diritto di famiglia*. Roma : Attilio Sampolesi.

Brutti, M. (2020). *Iulius paulus : decretorum libri tres : imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*. Roma : L'Erma di Bretschneider.

Cantarella, E. (2003). Fathers and sons in Rome. En: *The Classical World*. (96):281-298.

Carucci P.L. (2018). Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato : principî e politiche. En: *TSDP*. 11:1-44

Casavola, F.P. (1968). Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio. En: *Labeo. 14:251-270*.

Champeaux, J. (1989). *Pietas* : piété personnelle et piété collective à Rome. En: *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*. 48:263-279.

Christol, M. (2016). *La pietas comme motivation : la rhétorique du pouvoir*. En: *Le strutture nascoste della legislazione tardoantica : atti del convegno Redhis*. pp.177-204.

Clemente Fernández, A. I. (2012). Dilucidando conceptos : pietas y caritas. En: *RidRom*. 9:224-248.

Corbo, C. (2011). Genitori e figli : l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana. En: *SDHI*. 77:55-104.

Dalla, D. (1988). Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica. En: *Atti VII Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*. pp.89-109.

De Francisci P. (1915). La legittimazione attiva nell'azione funeraria : appendice : intorno al concetto di pietas. En: *Il Filangieri*. 40:14-36.

De Dominicis, M. A. (1967). Spunti in tema di patria potestas e cognazione. En: *Studi in onore di Antonio Segni*. 1:569-611

Dursi, D. (2019). *Aelius Marcianus : institutionum libri I-V*. Roma : L'Erma di Bretschneider.

Fantetti, F.R. (2014). *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione : commento al D.lgs. 154/2013 (in G.U. n. 5 del 8/01/2014)*. Dogana : Maggioli Editore.

Fayer, C. (1994). *La familia romana I : aspetti giuridici e antiquari*. Roma : L'Erma di Bretschneider.

Fressura, M.; Mantovani, D. (2018). P. Vindob. L. 59 + 62 : frammenti delle institutiones di Elio Marciano. En: *Athenaeum*. 106(2):619-690.

Gagliardi, L. (2018). La pietas al tempo di Augusto : tra sentimento e diritto. En: *Augusto dopo il bimillenario : un bilancio*. pp.153-169.

Goria, F. (2018). La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figli nel diritto romano fino all'Ecloga di Leone III. En: *A Pierluigi Zannini : scritti di diritto romano e giusantichistici. pp.113-145*.

Heumann, H.G.; Seckel, E. (1971). *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9a ed. Graz : Akademische Druck- und Verlagsanstalt.

Krüger H. (1898). Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes. En: ZSS. 19:6-57.

Kunkel, W. (1966). Das Konsilium im Hausgericht. En: ZSS. 83:219-251.

Lanfranchi, F. (1938). *Il diritto dei retori romani : contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*. Milano : Giuffrè.

Lorenzi, C. (1991). Pap. Coll. 4, 8, 1 : la figlia adultera e il ius occidendi iure patris. En: *SDHI*. 57:158-180.

Longschamps de Bérier, F. (2013). *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*. Torino : Giappichelli.

McGinn, T. (2018). La familia e i poteri del padre. En: *XII Tabulae : Testo e commento*. 1:188-229

Montanos Ferrín, E. (2009). Favor reverentiae parentis. En: *AHDE*. (78-79):15-50.

Mordecai Rabello, A. (1979). *Effetti personali della patria potestas I : dalle origini al periodo degli Antonini*. Milano : Giuffrè.

Palma, A. (1997). *Humanior interpretatio : humanitas nell'interpretazione e nella formazione da Adriano ai Severi : corso di lezioni*. Torino : Giappichelli.

Pietrini, S. (2012). *L'insegnamento del diritto penale nei libri Institutionum*. Napoli.

Rizzelli, G. (2018). Pietate necessitudinis ductae : Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus. En: *QLSD*. 8:147-173.

Rizzelli, G. (2019). La potestas paterna fra leges, mores e natura. En: *Anatomie della paternità : padri e famiglia nella cultura romana*. Lecce : Edizioni Grifo. pp.89-152

Rizzi, M. (2012). *Imperator cognoscens decrevit : profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*. Milano : Giuffrè.

Roberti, M. (1935). Patria potestas e paterna pietas : contributo allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano. En: *Studi in memoria di Aldo Albertoni I : diritto romano e bizantino*. pp.257-270.

Rouger-Thirion, D. (2012). Ius pietatis ou le destin juridique de la pietas. En: *Carmina Iuris : Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*. pp.803-816.

Russo Ruggeri, C. (1989). Patria potestas e paterna pietas : un rapporto da riverificare. En: *Hestíasis : Studi di tarda antichità offerti a Salvatore Calderone*. 6:305-331.

Russo Ruggeri, C. (1995). *La datio in adoptionem II : Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustinianea*. Milano : Giuffré.

Saller, R. (1994). *Patriarchy, property and death in the Roman family*. Cambridge : Cambridge University Press.

Schiemann, G. (2018). Pietas und patria potestas: Bemerkungen zu Marcian D. 48.9.5. En: *Interpretationes iuris antiqui : Dankesgabe für Shigeo Nishimura*. pp.311-322.

Selb, W. (1966). Vom ius vitae necisque zum beschränkten Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe. En: *IJ*. 1:136-150.

Thomas, Y. (1984). Vitae necisque potestas : le père, la cité, la mort. En : *Du châtiment dans la cité: supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*. pp.499-548.

Torrent Ruiz, A. (2007). *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*. En: *Index*, 35:159-175.

Tuori, K. (2016). *The emperor of law: the emergence of Roman imperial adjudication*. Oxford : Oxford University Press.

Ulrich, Th. (1930). *Pietas (Pius) als politischer Begriff im römischen Staate bis zum Tode des Kaisers Commodus*. Breslau : M. & H. Marcus.

Vera-Cruz Pinto, E. (2012). As fontes para o estudo do direito da familia em Roma : algumas breves consideraçoes. En: P. *Fvndamenta Ivris, Terminología, principios e interpretatio*. pp.681-686.

Voci, P. (1980). Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano. En: *Iura*, 31:37-100.

Volterra, E. (1948). Il preteso tribunale domestico in diritto romano. En: *RISG*, 2:103-153.

Wolf, J.G. (2013). Außerjuristische Wertungen in der Argumentation Papinians. En: *TR*. 81:633-643

Tópica, máximas y principios jurídicos. La cláusula rebus sic stantibus y el COVID-19[1]

Luis Mariano Robles Velasco

1. Universidad de Granada.

Tópica

Cuando hablamos de *Tópica Jurídica,* siguiendo a García Amado[2], se pueden entender tres tipos diferentes bajo los que acoger la idea de Derecho, según entiende la doctrina más relevante, como es el caso de Viehweg[3].

El primer tipo, la *Tópica Jurídica* haría referencia al Derecho entendido como fenómeno histórico en un momento determinado, y ello a pesar de que el propio derecho está en permanente evolución, como se puede constatar fácilmente debido a la permanente mutación de la ley y sobre todo de la jurisprudencia interpretativa.

Según esto se podría interpretar el momento histórico como una especie de foto fija de una etapa histórica determinada, sin perder de vista que en la vida no estamos ante una foto, sino ante una película que se compone de sucesivos fotogramas que van superponiéndose. Desde este punto de vista, la dogmática - la *Tópica Jurídica* - solo interpreta un momento de la secuencia.

El segundo sentido de la *Tópica Jurídica, llamémosle de consenso doctrinal,* pondera los distintos modos de interpretación de las normas jurídicas teniendo en cuenta el criterio de la mayoría de la doctrina para ver su sentido y validez.

Y el último, el tercero de *argumentación jurídica procesal,* trata de adecuar la eficacia y aplicación de las normas jurídicas desde un punto de vista de la aplicabilidad general procesal, mediante una interpretación comprensiva, argumentativa y de claridad lingüística.

Estas visiones e interpretaciones se pueden encontrar en la obra de Viehweg[4], y de otros autores, como Schmidt-Salzer[5], según García Amado, por ello parece oportuno que nos detengamos en su consideración.

La tópica jurídica en su visión dinámica e histórica

Desde este punto de vista, ya Bäumlin[6], entendía el derecho como producto histórico que solo se podía comprender si lo analizamos dentro del propio contexto que lo vio nacer. Por eso, el derecho se considera un conjunto de respuestas contingentes, que en realidad no obedecen a un plan sistemático, sino a realizaciones parciales en permanente desarrollo. No es una realización general y abstracta, sino actuaciones concretas fruto de un proceso de concreción. De ahí su nota esencial de "estar orientado a una constante realización" (Rechtsverwirklichung). Dicho de otro modo, el derecho está en constante formación, y eso ocurre a todos los niveles de la actividad jurídica, o como decía López Calera, "el Derecho se considera en realidad parte de la vida social y no mera expresión

2. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Universidad de Oviedo, Civitas Serv. De publicaciones, Madrid 1988, 388 pp. Vid. *Tópica jurídica y conceptos de Derecho*, p. 264.

3. VIEHWEG Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Ed. Taurus. Madrid 1964, 144 pp.

4. VIEHWEG T., *Tópica y jurisprudencia, op. Cit*, pp. 144.

5. SCHMIDT-SALZER, J., *Zur Technik der topischen Rechtsbildung, cit. Por* GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica, op. Cit*, p. 265.

6. BÄUMLIN, R., *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich, EVZ, 1961, en especial las páginas 18, 27, 33.

lógica o ética de un principio universal"[7]. Es la misma idea de Esser.

Esser[8] contemplaba al derecho como algo vivo, móvil, en permanente evolución, y no como un producto elaborado y acabado, de ahí que la propia jurisprudencia que es la está más en contacto con la realidad social es la que actualiza y vivifica el derecho.

De esta manera, el auténtico derecho vive y se concreta en la intervención e interpretación del juez y no necesariamente en el ordenamiento jurídico normativo[9]. Esto le lleva a concluir que, frente a la exaltación de la codificación y su defensa del predominio estricto de la ley sobre la interpretación judicial creativa de derecho, defiende que ante la idea de un Derecho codificado y en permanente crisis –porque a veces no contempla todos los casos de la práctica diaria-, se hace necesario, según Esser, la necesidad de revisar la doctrina estática de las fuentes y de su sustitución por una más fluida *"doctrina pluralista de las fuentes del Derecho"*[10].

Es posible que la visión de Esser, donde el fundamento de las normas legales sea únicamente un juicio de valor y que tales normas son dotadas de sentido por la interpretación de los tribunales que sean estos los que deben de poner de acuerdo su finalidad con la realidad social que es la meta final, lo que sin duda estaría en consonancia con el sentido del propio Código Civil español, que en tanto se refiere a la misión de la jurisprudencia *("la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios generales del Derecho...*[11]*), como al tratar de la aplicación de las normas jurídicas ("...que se interpretaran según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*[12]*)*. Por más, que algunas voces autorizadas adviertan del peligro que eso sea la entrada al libre albedrio judicial y a la vulneración del principio de seguridad jurídica[13].

7. De ahí que el Derecho se considera en realidad parte de la vida social y no mera expresión lógica o ética de un principio universal». LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pág. 183.

8. ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, p. 256. Para ESSER la pugna entre el sistema jurídico y la realidad social da lugar a una constante necesidad de adaptación entre la dogmática y la respuesta a los problemas reales, (vid., *ibíd*., págs. 308-309, ESSER, J., *Vorverstandnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, págs. 17-19, y ESSER, J., *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfin-dungskonzepts unseres Jahrhunderts, p. 7*.

9. ESSER, J., *Vorverstündnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, op. Cit*., p. 17.

10. La crisis de las fuentes del derecho (sobre todo después de las guerras mundiales) no previstas por los legisladores de la codificación hace que sean *los jueces los encargados de revisar la doctrina estática de las fuentes y de su sustitución por una doctrina pluralista de las fuentes del Derecho.* El Derecho codificado sería una mera ilusión si no existiera una jurisprudencia que argumenta *«au del á du code mais par le code»*. ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, p. 291 y ss

11. Artículo 1. 6. *"La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"*.

12. Artículo 3. 1. *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*.

13. ESSER, J., «Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht», en F*estschrift für Fritz volt Hippel zum 70. Geburtstag,* Tübingen, Mohr, 1967 (págs. 95-130), págs. 115-116.

La tópica jurídica como interpretación del derecho basada en la idea de consenso doctrinal

Es la tesis de Lüderssen, que según García Amado[14], busca en la idea del consenso doctrinal una visión de la *Tópica jurídica* en el significado de una interpretación jurídica, como teoría de la validez consensual del Derecho. Para Lüderssen, el derecho es la *teoría consensual de la verdad*. Desde este punto de vista, la tópica jurídica es la que le da validez al Derecho a partir de los acuerdos sobre aquellos *topoi* –o lugares comunes- jurídicamente relevantes que al ser aceptados hacen vinculantes dichas proposiciones. Esto plantearía un problema a continuación, pues habría que determinar bajo qué condiciones[15] son posibles el entendimiento y el acuerdo para la validez de una proposición jurídica determinada sea asentada y consolidada tópicamente, lo que hace necesario la búsqueda de un modelo para articular esta validez consensual del Derecho.

Esto hace según Lüderssen[16] es que la tópica deja grandes lagunas en esta caracterización y deja, por tanto, sin una adecuada ponderación su teoría de la validez jurídica.

La tópica jurídica como sentido de interpretación y argumentación jurídica procesal

En la obra de Ballweg[17] se aprecia una visión claramente procesal. Piensa que los códigos no son sino un catálogo de textos que conforman el marco legal en el cual se desenvuelve el razonamiento jurisprudencial. Dentro de ese mismo se incluirían los antecedentes jurídicos, la *opinio iuris* de los jurisprudentes o juristas, incluso la costumbre o tradición jurídica. En esta misma idea, aunque más radical, se manifiesta Rodigen[18] que ataca a la línea de flotación de la doctrina jurídica tradicional que atiende más a la construcción de conceptos racionales que a la acción pragmática y la práctica procesal.

Lo que se pretende es resolver los problemas cercanos del individuo, no mediante la sujeción encorsetada de normas fijas[19], sino mediante *una idea fluida del Derecho*, una

14. LÜDERSSEN, K., Juristische *Topik und konsensorientierte Rechtslel-lung*, págs. 552-564 cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica, Op. Cit.*, p. 268.

15. Entre los aspectos que debe tener en cuenta una teoría consensual de la validez se pueden encontrar algunos como el nivel de la «interacción entre personas», el papel de la comunicación verbal y no verbal, grado de participación de los ciudadanos, condiciones de partida o situación de los diversos partícipes en el proceso, entre otras muchas. Esto hace, según LÜDERSSEN, en lo que al resultado del acuerdo alcanzado se refiere, hay que distinguir entre las metas, la intensidad del acuerdo y las valoraciones presentes en el discurso. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica, Op. Cit.*, p. 268.

16. LÜDERSSEN, K., Juristische *Topik und konsensorientierte Rechtslel-lung*, cit., págs. 552-564.

17. BALLWEG, O., *Rechtswissenschaft und furisprudenz*, cit., págs. 20-22. Cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica, Op. Cit.*, p. 268.

18. Los juristas parecen más preocupados de elaborar un sistema abstracto de conceptos sin contradicciones que buscar la coherencia pragmática adecuada a las circunstancias del caso. RODINGEN, H., *Von der Rationalitüt der Topik,* cit., pág. 185. Cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica, Op. Cit.*, p. 270.

19. *La ley no debe imponerse imperativamente a las partes, sino ponerse «a su disposición, siéndoles posible hacer valer otros puntos de vista distintos de los legales o elegir otro procedimiento diferente del judicial... La ley sería «un catálogo*

tópica que tienda a la resolución mediante una serie de sugerencias o indicaciones que ayuden a resolver los conflictos.

La tópica jurídica en Aristóteles y en Cicerón

Para Aristóteles[20], los tópicos (topoi)[21] son simplemente lugares comunes, proposiciones obvias, convicciones comunes o generales de puro sentido común que se utilizan en la argumentación. Son simplemente recursos para armarse de argumentos en un razonamiento para tratar de resultar convincente[22].

Ejemplos tenemos numerosos, como *"Los amigos de nuestros amigos son nuestros amigos", o "los enemigos de nuestros enemigos son nuestros amigos; "los amigos de nuestros enemigos son también nuestros enemigos..."*.

Como vemos, la serie de razonamientos tópicos puede ser de lo más variado, pero no siempre adecuado para resolver complejas cuestiones jurídicas.

Pueden encontrarse en la más pura tradición jurídica algunos ejemplos de reglas o lugares comunes *(topoi)* de interpretación a las que se puede acudir a la hora de interpretar el derecho, ejemplos tenemos como *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus, iudex iudicet secumdum allegata et probata...* como criterios a los que acudir para aclarar un razonamiento dialéctico.

Distingue Aristóteles[23] entre el razonamiento *dialéctico erístico,* que es un razonamiento que se desarrolla dentro de lo probable, y el razonamiento *pseudoerístico,* que aparenta ser verdadero pero que es falso o falaz[24]. De ahí que el razonamiento *dialéctico* parte de ciertas premisas que son aceptadas por la mayoría o al menos por personas de reconocida autoridad. Mientras que, el razonamiento *pseudoerístico* parte de premisas que son aparentemente correctas, pero que no lo son en realidad.

También Cicerón se ocupó de la *tópica* desde un punto de vista instrumental, muy adecuado a su pragmatismo jurídico y búsqueda de la efectividad e inmediatez práctica[25]. Por ello, deja un tanto al margen la dimensión especulativa característica de la tópica Aristotélica.

---

abierto de tópicos». RODINGEN, H., *«Das Rechtsverfahren: Lern- oder Unterwerfungs-prozess?»*, en BIERBRAUER y otros, *Zugang zum Recht*, Bielefeld, Giese-king, 1978 (págs. 23-83), pág. 75.

20. ARISTÓTELES, *Retórica* (c. 23 libr. II). Vid. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía,* Ed. Marcial Pons, Barcelona 2002, 275 p.

21. Aristóteles considera que los tópicos *(topoi)* que son lugares comunes a partir de los cuales se desarrollan los razonamientos dialécticos dentro de la estructura deductiva del entimema que se caracteriza porque falta alguna de las premisas y acudimos a esos tópicos para cubrir esa laguna. De este modo, se puede llegar a conclusiones convincentes, y por eso, la tópica es para Aristóteles un instrumento de la dialéctica o del arte de la disputa. GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 64.

22. Sobre este punto, *vid*. MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Curso de Teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 299.

23. ARISTÓTELES *(Tópicos. I 100a-100b).*

24. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía, op. Cit.,* Aristóteles (Tópicos. I 100a-100b).

25. GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica, op. Cit.*, pp. 65-74.

Cicerón busca, ante todo, en la utilización de los tópicos, la persuasión retórica. Los tópicos en Cicerón son *loci,* esto es lugares comunes base de la argumentación a partir de los cuales defendía, resolvía o desarrollaba sus argumentos. Este recurso a los tópicos va a ser la base del *casus* y del razonamiento del *Ius Civile* y trasladado posteriormente al Digesto. Y de ahí, a los *glosadores y comentaristas medievales* los cuales adoptaron el método dialéctico y el recurso a los tópicos como uno de sus signos de identidad[26].

Renacimiento, Racionalidad e lusnaturalismo y la tópica jurídica

Con el Renacimiento y el auge de las ciencias naturales la *tópica* es desplazada ante el espíritu de la búsqueda de un derecho más racional y adecuado a la realidad social, poco conciliable con opiniones jurídicas interpretativas de unos tiempos ya muy diferentes.

El racionalismo de los siglos XVII y XVIII, basado en el predominio de la *razón deductiva* y la evidencia demostrable en los *axiomas jurídicos* o principios de evidencia racional va a desembocar en el *iluminismo* (el llamado *siglo de las luces*) y el *Iusnaturalismo racionalista,* fundamento de la doctrina jurídica y de los ordenamientos jurídicos donde lo predominante es el *derecho positivo,* fundamento –como todos sabemos- de la etapa de la *codificación* del siglo XIX[27]. Poco o casi nada le quedaba por hacer a la metodología de la *tópica,* donde las opiniones jurídicas se sustituían por el racionamiento inflexible de la norma.

La interpretación tópica de la jurisprudencia

Estamos asistiendo a una época en donde la complejidad de la práctica jurídica supera en mucho a los viejos procedimientos de la utilización de la tópica jurídica, y no porque el Derecho haya dejado de ser un sistema jurídico -lo es ahora y con mayor complejidad que en épocas anteriores-, sino porque la sistemática jurídica siempre se queda por detrás de los nuevos *topoi, o lugares comunes* que constantemente van surgiendo al calor de las nuevas situaciones sociales o del remozamiento –y cuando no demolición- de los antiguos paradigmas jurídicos.

26. En la Edad Media, la tópica junto con la retórica y la gramática formaban parte de los planes de estudio (*Trivium*). La tópica formaba parte de los primeros estudios de los juristas, legistas y canonistas medievales y constituía el eje central de la metodología del *mos italicus* en el que se busca la solución (*solutio*) a las cuestiones planteadas, mediante la discusión pública o controversia de los problemas. El método escolástico de las *quaestiones disputatae* practicados por los teólogos, filósofos y juristas se basaban -siguiendo el método silogístico aristotélico- en la tópica y en las formas del razonamiento problemático en el modo de plantear y resolver los problemas o cuestiones. SORIANO, R., C*ompendio de Teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 288-290.

27. Los ordenamientos jurídicos son una construcción sistemática, a modo matemático o geométrico, cuyas normas eran una derivación de los principios racionales de Derecho natural, universales e inmutables. Es clarificador que el mayor jurista racionalista del siglo XVIII, C. WOLFF, fuera profesor en Halle de Derecho natural y Matemáticas. SORIANO, R., *Compendio de Teoría general del derecho...Op. Cit.*, pp. 289-290.

Pero, seamos sinceros, ni la utilización de esos lugares comunes o elementos tópicos van a desaparecer de nuestro horizonte en la evolución del Derecho, ni los juristas pueden renunciar a su vocación de seguir elaborando una nueva perspectiva de la realidad o seguir elaborando ciencia del Derecho y de construir nuevos materiales normativos y una nueva sistemática jurídica en consonancia con la realidad social.

Tras la situación de crisis en la metodología jurídica, sobre todo a partir de la II Guerra Mundial y superados los años 50 del pasado siglo, surgieron una serie de corrientes científicas *optimistas* en el plano político, jurídico y social, como fueron el *eurocomunismo, la construcción europea y el Mercado Común, la reunificación alemana,* la expansión e integración de numerosos países en *Unión europea o Mercosur,* que expanden el ámbito jurídico con nuevos propuestas y nuevas soluciones, que tienen su reflejo en la teoría de la argumentación y búsqueda de nuevos paradigmas en la metodología jurídica.

¿Significa ello que ha cambiado el paradigma de la utilización de la metodología jurídica?

La verdad es que la metodología jurídica tiene su propia racionalidad, como ya pusieran de relieve Perelman y Viehweg[28], que buscan una vía media entre racionalismo metodológico y el optimismo jurídico cientificista. Lo que importa no es tanto la racionalidad del argumento, sino el modo de descubrir la pluralidad de argumentos utilizables para obtener la legitimación social de los mismos. La *tópica* busca la solución a los problemas concretos, donde lo que importa es la opción acertada y la toma de decisión más allá de la idea basada en la necesidad lógica, sino en la *realidad social*.

Viehweg considera que el razonamiento jurídico es un buen ejemplo de razonamiento tópico porque gira en tomo a la necesidad de buscar la solución justa al caso concreto.

Según Viehweg, el trabajo del jurista se encuentra permanentemente ante una *aporía*[29] fundamental y ésta consiste en tener que saber qué es lo justo aquí y ahora, teniendo en cuenta que no hay un camino seguro y cierto acerca de qué es lo justo. Para lograr este objetivo hace falta la *tópica* que consiste en la técnica del razonamiento de problemas. Es la disciplina que proporciona los argumentos de que echa mano el jurista para justificar la decisión tomada en cada caso.

El razonamiento tópico fomenta la creatividad en el arte de la argumentación partiendo de los *"topoi"* o lugares comunes a que se acude en el discurso jurídico. Estos tópicos son de diverso tipo: principios del derecho, brocardos, lugares comunes, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia *(la buena fe, el interés común, la protección de la confianza, la seguridad jurídica...)*. El problema reside en

28. En este contexto, uno de los autores más influyentes y que redescubrió la tópica jurídica fue THEODOR VIEHWEG con su obra *Tópica y jurisprudencia* (1953). Este autor pugnaba contra el sistema dogmático-deductivo de la lógica formal por entender que ese no es el método adecuado para interpretar y aplicar el derecho. El hecho de que no exista una única solución sino varias alternativas posibles entre las que hay que elegir justifica esta crítica. Propone que la tópica es una técnica de razonamiento y del discurso argumentativo apropiada para la aplicación del derecho. Considera que los *topoi* son puntos de vista que orientan hacia una solución. No son soluciones, sino los instrumentos para llegar a ellas y las pautas que se ofrecen al intérprete para la búsqueda de la solución. En este reside el carácter heurístico que se predica de la tópica jurídica.

29. Diccionario RAE; (Del gr. ἀπορία, dificultad de pasar, Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional).

que no es fácil concretar esos tópicos debido a su elevada dosis de indeterminación. El propio Tribunal Supremo utiliza varias denominaciones para referirse a los principios. Así, unas veces los denomina *"reglas", otras "máximas", "ideas jurídicas", "cláusulas". "adagios", "brocardos", "principio contenido en el brocardo...", "aforismos", "principios de derecho" o "apotegma jurídico"*[30].

Vamos a intentar distinguir entre Principios Jurídicos, Máximas Jurídicas y otros tópicos, brocardos o aforismos jurídicos de diversa índole[31].

Principios y máximas jurídicas

Los *Principios Jurídicos* son todos aquellos que aparecen expresamente recogidos en la ley. Por ello, se aplican de forma indirecta, por su carácter informador del ordenamiento jurídico, como criterios interpretativos o cumpliendo una función complementaria en general.

En cambio, las *Máximas Jurídicas,* son aquellas en los que no hay una mención expresa a ninguna norma positiva y aunque parecen, *a priori,* que son similares a los *Principios Generales del Derecho,* en realidad son tópicos en los que solo la utilización jurisprudencial reiterada los ha incluido como tales.

Los principios generales del Derecho. El principio prior in tempore potior in iure y otros principios

En este apartado mencionaremos, por tanto, a aquellos principios que han sido recogidos en distintas sentencias y que llevan a cabo una aplicación indirecta de los Principios generales del derecho, en cuanto que existe una norma positiva (o consuetudinaria) aplicable al caso. En este apartado se pueden incluir entre otros, principios como los siguientes:

"Prior in tempore potior in iure"

El *Principio de Prioridad* parte de la necesidad de ordenar la concurrencia de los acreedores hipotecarios estableciendo una prelación entre los créditos, lo que se resuelve por orden de fechas o antigüedad formulado en la regla *prior tempore potior iure [primero en el tiempo, mejor derecho].* Recogido por el jurista romano Gayo, en D.20.4.11.pr, según el cual, *potior es in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam* (es preferido en la hipoteca quien primero prestó el dinero y recibió la hipoteca).

El hecho que la constitución de una hipoteca sobre una cosa no implique la entrega en posesión de dicha cosa al acreedor, hace posible la constitución de dos o más hipo-

30. "Los principios generales del derecho en la argumentación jurídica", en AGUILO-REGLA, J., *Lógica, Argumentación e interpretación*, Proceeedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, pp. 107 a 119.

31. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía*, cap. Distinción entre tópicos y principios, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2002, 275 pp.

tecas sobre ella, lo que constituye una ventaja para el deudor y al propio tiempo, con carácter general una disminución de las expectativas de los sucesivos acreedores hipotecarios para lograr la satisfacción de su crédito[32].

Este principio fue posteriormente incorporado en una constitución del siglo III y recopilado en el Código de Justiniano[33], de tal manera que el dicho *prior in tempore potior in iure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho) adquirió, desde entonces, la consideración de máxima clásica[34].

El principio de prioridad temporal formulado en la regla *prior tempore potior iure,* va a sufrir numerosas excepciones que a grandes rasgos podemos fundar bien en el pacto, bien en el privilegio:

a) Por ofrecer el pago[35], por parte de uno de los acreedores hipotecarios, cuando hay concurrencia de varias hipotecas sobre una misma cosa, con la consiguiente subrogación en el lugar del acreedor satisfecho, lo que se denomina *Ius Offerendi*[36].

Esto permite la *permuta, posposición o reserva de rango,* a diferencia del derecho germánico con la hipoteca de propietario[37].

b) Por la existencia de *hipotecas privilegiadas*. La calificación de hipotecas privilegiadas se debe al hecho de que, con independencia de la fecha de su constitución, se trata de hipotecas que garantizan créditos a otros anteriores en el tiempo.

Este principio fue recogido en el artículo 17 de la ley Hipotecaria[38], convirtiéndose en

32. FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel (1ª ed.), Madrid 2008, pp. 368 y ss. Es el cap. XVIII, p. 372 a 375.

33. C. 8.18.4: *«Si recibiste en prenda el fundo con anterioridad a que quedase afectado a favor de la República, en atención a que eres anterior en el tiempo, también eres preferido en el derecho».*

34. Esto implica que si fuera ejecutado el *ius vendendi*, por el primer acreedor hipotecario, por resultar impagado en su crédito, los restantes acreedores hipotecarios sólo podrían ejercitar su derecho sobre la cantidad, en su caso, sobrante, según el orden de antigüedad de sus hipotecas.

35. ROBLES VELASCO, LUIS M., *"La Segunda Hipoteca En El Derecho Romano"* en la *Revista Critica de Derecho inmobiliario (RCDI) Del Colegio Nacional De Registradores De La Propiedad*, Madrid núm. 668, de Noviembre-Diciembre 2.001, pp. 2.345-2.369.

36. así en C.J. 8.13: *«Si el acreedor (hipotecario) posterior está dispuesto a pagar al acreedor (hipotecario) anterior lo que se le debe, hay que ver si le compete la acción hipotecaria en el caso de que el acreedor anterior se niegue a aceptar la cantidad, y ciertamente esta acción resulta inútil para el acreedor anterior si depende de él que no se le pague la cantidad debida».*

37. Con ello se establecen unas diferencias con el derecho germánico, donde la hipoteca es un derecho donde la pluralidad hipotecaria se basa en un sistema de compartimientos estancos en la que cada una ocupa un lugar asignado, y es posible la llamada *"hipoteca de propietario"*. Sobre la hipoteca de propietario o *Eigentümerhypotehk*, recogida en el art. 1163 del BGB alemán donde se expone que *"si el crédito en cuya garantía está constituida la hipoteca no llega a nacer, la hipoteca corresponde al propietario y si se extingue dicho crédito, también el propietario adquiere la hipoteca"*. Es aquella que queda a disposición del propietario de la cosa hipotecada después de extinguido el crédito o de haber pagado al acreedor. Vid. CHICO Y OTRIZ, J.M., Estudios sobre derecho hipotecario, II, Madrid 1989, p. 1457.

38. Artículo 17 Ley Hipotecaria TR/ D 8 febrero de 1946: *"Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.*

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la

el lema del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. La jurisprudencia se ha ocupado de este principio en numerosas sentencias[39].

El Principio Pacta Sunt Servanda

Los contratos son obligatorios. Las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben de cumplirse en todos sus términos *(pacta sunt servanda),* no solo está contemplado en el Código civil español[40], sino recogido y desarrollado por la jurisprudencia[41]. Una de sus excepciones como veremos podría ser la cláusula *Rebus sic stantibus*[42]. El principio general del Derecho *"pacta sunt servanda"* se deriva del precepto *"suum quique tribuere"* o es inherente al mismo[43].

Principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos

Tiene numerosas aplicaciones, tanto en materia de Accesión[44], de compra y venta[45]; Depósito[46]; Mandato[47]; Matrimonio[48]; Obligaciones[49]; Cuasicontratos, como en el pago de lo indebido, Posesión[50]; Prescripción[51], Trasmisión de créditos[52], así como en la jurisprudencia[53].

Otros principios que se pueden mencionar son:

clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento". Esto .implica el "cierre del registro" ya que el principio de prioridad confiere preferencia al título primeramente inscrito o ingresado en el registro sobre los posteriores, lo que exige que los documentos se despachen por el orden cronológico de su presentación.

39. Entre otras, en STS de 10 de abril de 1991 (Fundamento de derecho séptimo); STS 415/1997, de 19 de mayo (Fundamento de Derecho cuarto); SAP de Valencia 465/1999, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho tercero); SAP de Pontevedra 154/2000, de 11 de mayo (Fundamento de Derecho segundo).

40. Art. 1.091 CC

41. Vid sobre *Principio "pacta sunt servanda"*: STS de 22 de abril de 1983; STS de 27 de enero de 1992; STS 270/1995, de 24 de marzo

42. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"* como excepción al Principio *"Pacta Sunt Servanda?, Revista General de Derecho Romano* 33 (2019).

43. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (1970) Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional. En *Revista de Derecho notarial*, 1970. p. 103. Cit. DE LAS CASAS LEÓN, Mª E., ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"* como excepción al Principio *"Pacta Sunt Servanda?, Revista General de Derecho Romano* 33 (2019).

44. Art. 361, 365, 375, 382, 383 del Código Civil español

45. Art. 1473 del Código Civil español.

46. Art. 1778 del Código Civil español.

47. art. 1.738 del Código Civil español.

48. Art. 78 y 79 del Código Civil español.

49. Art. 1107 del Código Civil español.

50. Art. 433 a 436, 442, 451, 452, 454, 457, art. 464 del Código Civil español.

51. Art. 1940, 1950, 1951, 1955, 1957, y 1959 del Código Civil español.

52. Art. 1529 y 1530 del Código Civil español.

53. Repertorio T. STS 10/1995, de 17 de febrero.

- *Principio "par conditio creditorum"*[54].
- *"Res perit emptori"*[55].
- *"Salve et repete"*[56].
- *"Nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet"*[57].
- *"Superficies solo cedit"*[58].
- *"Alterum non laedere"*[59].
- *"In claris non fit interpretatio"*[60].

El principio "Iura novit curia"

En realidad, este principio fue desconocido en el Derecho Romano, en el cual las partes debían citar al juez el *ius o legem* o las normas en las que basaban su derecho, aunque atemperada por el aforismo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*[61].

Las Máximas Jurídicas

Las Máximas Jurídicas son aquellas en los que no hay una mención expresa a ninguna norma positiva y parecen aparentemente, *a priori,* que son similares a los *Principios Generales del Derecho* o tópicos utilizados por la jurisprudencia que es quien decide su inclusión por la vía de la interpretación. Son, por así decirlo, *Principios Extra Sistemáticos.*

La distinción es sumamente compleja y poco pacifica, ya que lo que para unos son principios otros no lo consideran así[62].

Algunos ejemplos de *Máximas Jurídicas* que pueden citarse:

"Faltando la causa no puede darse el efecto, o que faltando el antecedente no puede

54. Sobre *"Par conditio creditorum"*: STS de 26 de diciembre de 1991; STS de 17 de abril de 1990 (Fundamento de Derecho segundo); SAP de Vizcaya 332/2001, de 28 de marzo (Fundamento jurídico segundo); SAP de Baleares 492/2000, de 19 de julio (Fundamento jurídico tercero) y STS de 26 de diciembre de 1991.

55. STS de 28 de diciembre de 1989.

56. STS de 13 de junio de 1991.

57. STS de 7 de diciembre de 1988.

58. Que se utiliza como criterio interpretativo: STS de 16 de julio de 1984 (Considerando Segundo).

59. Famosísimo texto recogido por ULPIANO en D.1.1.10.1, *Tria Iuris Praecepta Haec Sunt: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*, y del que se hacen eco en Sentencias de la AP de Madrid, de 20 de marzo de 200139; STS de 16 de mayo de 198840; STS de 2 de diciembre de 199141; STS de 21 de mayo de 1992; STS 385/1996, de 20 de mayo; STS 1181/1997, de 29 de diciembre. *La máxima "Alterum non laedere"* como vemos, si tiene reflejo en los textos clásicos, aunque no su reflejo legal lo que no impide, sin embargo, si en sentencias del TS: STS 1095/1994, de 5 de diciembre (Fundamento de Derecho cuarto).

60. Artículo 3.1 del Código Civil español y STS de 8 de marzo de 1989.

61. LÓPEZ DE HARO, C., Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pp. 264 ss.

62. LÓPEZ DE HARO, C., *Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pp. 264 ss

darse el subsiguiente"[63].

"Qui iure suo utitur neminem laedit"[64].

"Res inter allios acta nobis, nec nocet, nec prodest"[65].

"Seguridad en el tráfico jurídico"[66]. Aunque a veces se alega como Principio.

"Ubi lex non distinguit, nec distinguere debemus nos", que actúa como criterio interpretativo.[67]

"Ibi emolumentum ubi onus probandi"[68].

"In illiquidis non fit mora"[69].

"Inclussio unius, exclussio alterius", que funciona como criterio interpretativo[70].

"Iusta allegata et probata"[71].

Tópicos o reglas jurídicas que son elevadas a la consideración de principios. La cláusula rebus sic stantibus y el COVID-19

Son otros *tópicos, brocardos o aforismos jurídicos* de diversa índole que, debido a una amplia utilización de ellos, llegan a ser considerados como principios o máximas jurídicas aun cuando en sus orígenes no lo fueran[72].

La cláusula rebus sic stantibus y sus pretendidos orígenes en Derecho Romano

La cláusula *"rebus sic stantibus"* permite dejar sin efecto un contrato cuando sobre-

63. STS de 4 de marzo de 1980 (Considerando primero); STS de 2 de febrero de 1984 (Considerando tercero); STS de 15 de abril de 1991 (Fundamento de Derecho cuarto); STS de 24 de octubre de 1991. (Fundamento de Derecho primero); STS de 31 de enero de 1992 (Fundamento de Derecho primero); STS 9/1995, de 28 de enero (Fundamentos de Derecho sexto y séptimo).

64. STS de 22 de junio de 1989. STS 727/1993, de 8 de julio.

65. STS de 21 de enero de 1992 (Fundamento de Derecho cuarto); STS 578/1994, de 15 de junio (Fundamento de Derecho sexto); STS 639/1994, de 20 de junio (Fundamento de Derecho tercero); STS 95/1995, de 10 de febrero (Fundamento de Derecho quinto); STS de 11 de abril de 1995 (Fundamento de Derecho tercero).

66. STS de 20 de noviembre de 1990 (Fundamento de Derecho segundo).

67. STS de 2 de abril de 1990 (Fundamento de Derecho cuarto); STS 119/1994, de 31 de diciembre (Fundamento de Derecho cuarto); SAP de Cádiz de 20 de febrero de 1998 (Fundamento de Derecho único).

68. STS de 25 de octubre de 1989 (Fundamento de Derecho tercero).

69. STS 495/1998, de 21 de mayo (Fundamento de Derecho octavo).

70. STS 141/1993, de 16 de febrero (Fundamento de Derecho tercero); STS 280/1994, de 28 de marzo (Fundamento de Derecho segundo); STS 732/ 1994, de 21 de julio (Fundamento de Derecho séptimo).

71. STS 1281/1994, de 31 de diciembre (Fundamento de Derecho quinto).

72. Puede encontrarse una gran variedad y cantidad de ellos en numerosas páginas de la web y búsquedas en GOOGLE. Basta escribir "aforismos jurídicos", "aforismos jurídicos latinos", "expresiones y aforismo jurídicos en latín", buscar en Wikipedia. Podemos encontrar aforismo ordenados alfabéticamente y con la traducción al español. Se puede mirar en la página: *www.abog.net (www.abogados.org.es)*. Entre muchos, se puede hacer referencia a LÓPEZ DE HARO, C., *Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho, Op. Cit. Pp. 264 ss.*

vienen causas extraordinarias que desvirtúen su causa[73]. Esto es especialmente relevante cuando sobrevienen causas tan extraordinarias como las derivadas de la pandemia provocada por el COVID-19[74].

La Cláusula *Rebus sic Stantibus* aparece como una excepción al Principio *"pacta sunt servanda"*. Está claro que el principio *"pacta sunt servanda"* implica por sí mismo la asunción de riesgos. Las partes pueden asumir las consecuencias de determinados riesgos previsibles en el contrato o de determinados acontecimientos en el discurrir ordinario de la vida. Así mismo, pueden excluir en base a la libertad contractual la aplicación de algunos de los efectos del contrato o dejar al margen algunas de las situaciones ordinarias o previsibles a corto plazo, el *periculum*.

Por ello, el ordenamiento jurídico contempla supuestos como la *vis maior,* o causa de fuerza mayor, la imposibilidad sobrevenida en un contrato, dentro del incumplimiento de las obligaciones, etc. Si estas circunstancias ya están contempladas, no supone un atentado directo contra el principio *"pacta sunt servanda"* y el cumplimiento de las obligaciones.

Por otra parte, las partes, partiendo de la buena fe y de la seguridad jurídica del tráfico jurídico, no tienen modo de tener en cuenta algo que es impensable en el momento de llevar a cabo el contrato, y ello, porque el principio *"pacta sunt servanda"* implica una seguridad absoluta para ellos, por lo que en circunstancias normales no procede la alteración del mismo. Por la misma razón, circunstancias imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, pueden hacer que este se vuelva excesivamente oneroso para una de las partes, de modo que las condiciones en las que los interesados acordaron en su momento cambien sustancialmente, lo que conocemos como *"alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales"*. Tal y como señalan Amunátegui, Martínez Velencoso y otros[75].

El Derecho Romano, en realidad, no conoció la cláusula *"rebus sic stantibus"* como tal. Tal vez por el formalismo obligacional que solo a través de la *bona fides y el Ius honorarium* permitieron adaptarlo a las nuevas necesidades de una sociedad cambiante, como destaca Fernández de Buján[76].

73. La cláusula *rebus sic stantibus* permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas, se ha roto el equilibrio económico del contrato y a una de las partes le resulta imposible o muy gravoso su cumplimiento. Son especialmente interesantes las STS de 30 de junio de 2014, rec. 2250/2012, en contra de la doctrina anterior, entiende que se debe abandonar la tendencia anterior fuertemente restrictiva y dotar a la figura de *"una configuración plenamente normalizada"* en línea —se dice— con las STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010 y STS de 18 de enero de 2013, rec. 1318/2011.

74. En una reciente sentencia emitida el pasado 6 de marzo de 2020 (STS 153/2020 Rec. 2400/2017), nuestro Tribunal Supremo, sin conocer la vigencia que adquiriría esta institución proveniente del Derecho Romano tras la incertidumbre mercantil generada por el *Covid-19*, emitió un fallo que servirá de aclaración en cuanto a la praxis de juzgados a la hora de dirimir controversias contractuales.

75. AMUNÁTEGUI, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Ed. Tirant lo Blanch. Madrid (2003). pp.178; CASTIÑEIRA JEREZ, J. *Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*. En *InDret* 4/2014 (2014). pp. 8. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M, *La alteración de las circunstancias contractuales: Un análisis jurisprudencial*. Ed. civitas. Madrid. (2003).

76. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, nos encontramos con la *"bona fides, más objetiva y objetivable que la fides, en cuanto se*

Hay notables intentos doctrinales, como Francisco Andrés de Santos[77] que han pretendido incluir dicho tratamiento en las fuentes, aunque Zimmermann era contrario a ello[78].

Tímidos intentos de dar entrada a esta construcción doctrinal se han tratado de considerar como antecedentes en Cicerón y en Séneca. Así Cicerón en *De Officis*[79], afirma que *"si yo te reclamara después de haber caído en demencia, la devolución de la espada que te dejé en depósito cuando estaba cuerdo, lo justo es no devolverla"*[80]. En realidad, esto es un cambio de capacidad personal, porque... ¿Cómo le vas a dar una espada a un furioso?

Por otro lado, Séneca en Beneficiis[81] manifiesta que *"yo no habré traicionado a mi palabra ni habré faltado a la "fides" siempre que las cosas permanezcan igual que cuando hice mi promesa. Un solo punto cambiado me deja libre de deliberar de nuevo y de no cumplir mi palabra. Para mantener mi palabra, todo tiene que permanecer como en el momento de realizar la promesa".*

Para Köbler[82], mientras Cicerón está haciendo referencia a un cambio objetivo de capacidad (caer en demencia), Séneca se refiere más a un cambio en sentido subjetivo (la *voluntas, el animus* de permanecer como en el momento de formular la promesa estipulatoria).

De las Casas León[83] analiza dos fragmentos del Digesto y considera que, al contrario que Zimmermann, que son un primer paso en la construcción la cláusula *"rebus sic stantibus"*, aunque advierte que en realidad solo es un planteamiento inicial del tema en las fuentes romanas.

No se habla propiamente de la cláusula *"rebus sic stantibus"*, pero sí que contiene unas consecuencias parecidas a la cláusula actual, concretamente, nos referimos a D. 46,

enmarcaría en el cumplimiento de los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y la reciprocidad en la conducta respecto a la persona con la que se establece la relación jurídica y, si bien no habría llegado a ser por si sola fuente del vínculo obligatorio, sí sería un punto de referencia y un elemento relevante en determinadas actuaciones, entre otras aquellas de naturaleza contractual.". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos. *Revista General de Derecho Romano*. IUSTEL. Nº 15 (2010).

77. ANDRÉS DE SANTOS, F.J. (2005). *La cláusula rebus sic stantibus* en el derecho privado. Seminarios Complutenses de Derecho Romano. XVII. Fundación Seminario de Derecho "Ursicino Álvarez". pp. 161

78. ZIMMERMANN sostiene que en el Derecho romano no se encuentra ninguna institución jurídica que abordara la cuestión de forma general, pues en él un contrato acordado era vinculante sin reservas. ZIMMERMANN, R. (2000) Estudios de Derecho privado europeo. Civitas. Madrid. p. 140.

79. CICERÓN *De Officiis*. 3,94-95.

80. El texto de Cicerón en el que se propone el ejemplo de la espada que no debe ser restituida al depositante furioso, fue retomado por Agustín de Hipona, de donde pasó al Decreto de Graciano de 1142 44, y después a las *Decretales de Gregorio IX o Liber Extra* de 1234 (X, 2.24.25). DE LAS CASAS LEÓN, Mª E., ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"*...Op. Cit., p. 14.

81. SÉNECA *Beneficiis*. 4,35.37.

82. KÖBLER, R. (1991) Die *"clausula rebus sic stantibus"* als allgemeiner Rechtsgrunsatz. J.C.B, Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. pp. 25 -24: *"Während nach Cicero vor dem Lösen von einem Versprechen differenzierte Überlegungen anzustellen sind, ob Nutzlosigkeit eingetreten ist oder die Erfüllung mehr Schaden als utzen bringen würde (...) gibt Seneca demVersprechenden das Recht, frei zu überlegen, ob er noch erfüllen olle*

83. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"* como excepción al Principio *"Pacta Sunt Servanda?, Op. Cit., pp. 10 y ss.*

3,38 y D. 45, 1,98 (textos de Africano y Marcelo respectivamente).

El texto de Africano D. 46, 3,38:

AFRICÁNUS libro VII. Quaetionum.—Quum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum atipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat[84].

Donde una estipulación o pacto previo con intención de pagar a Ticio, pero solamente se le podrá pagar si permaneciera en el mismo estado que cuando se hizo dicha estipulación. Puesto que, si se diera el caso que posteriormente hubiera sido adoptado, o caído en destierro, o sufriera interdicción por el agua y el fuego, o caído en esclavitud, no procedería el pago ya que este solo se considera que procede si permanece en el mismo estado o causa (*si in eadem causa maneat).*

Porque veamos, si cambian las circunstancias acordadas de una estipulación por causas ajenas a la voluntad y que no pudieron ser tenidas en cuenta por los contratantes, como es la adopción, destierro, *interdictum aquae et ignis* o pasar a situación de esclavitud de Ticio.

Pensemos, ¿Cómo va a pagar Ticio si cae en esclavitud o es desterrado? Lo lógico es pensar que, si cambian las circunstancias personales, ese contrato debe de ser resuelto porque se ha alterado notablemente el consentimiento y la capacidad inicial. No obstante, indica Martínez de Moretín[85] se debería considerar *tácitamente* incluida la cláusula en la expresión *"si in eadem causa maneat" ("si permanece en la misma situación")* lo que, según este autor, vendría a implicar un primer paso en la construcción de esta figura realizada por la Jurisprudencia del Principado.

Pero tengo mis dudas, yo lo consideraría más como un cambio de las circunstancias personales de los sujetos y no como una verdadera cláusula *"rebus sic stantibus"* tácitamente entendida por circunstancias extraordinarias absolutamente imprevisibles.

¿Realmente era tan raro caer en esclavitud, destierro, etc. en la época de Africano?

Veamos el texto de MARCELO D. 45, 1,98:

MARCELLUS libro XX. Digestorum. - Existimo posee id, quod meum est, sub conditione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quam quam interim fundus non sit meus; aut si hoc verum non est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim perimeretur stipulatio; et si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio;

84. AFRICANO, *Cuestiones, libro VII.* – Cuando alguno hubiere estipulado que se le dé a él o a Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Más si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 3º Digesto. Ed. Lex Nova, Barcelona 1897.

85. MARTÍNEZ DE MORETÍN, Mª L. Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión, *Revue internationale des droits de l' antiquitè. 1948* (2014). pp. 337.

et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere[86].

En realidad, en este fragmento de lo que trata es de una estipulación pactada sobre un fundo con la intención de constituir una servidumbre de paso a favor de dicho fundo, aun cuando éste en realidad no fuera propio, sino para el hipotético caso que dicho fundo fuera adquirido como propio. Lo que plantea es si dichas estipulaciones continuarían o si caso que el propietario del fundo lo enajenare quedaría sin efecto lo estipulado. Y en tal supuesto, parece dar a entender el jurista Marciano que se optaría por considerar la resolución del pacto si ocurre un hecho –como es la enajenación por el propietario del fundo- por el cual tal pacto no puede hacerse efectivo.

En realidad, es un caso más de prestación imposible[87] por incumplimiento de la condición[88], pero no por circunstancias sobrevenidas de carácter extraordinario. Esto es, lo que Celso señalaba como "impossibilium obligatio nulla est" pero nada que ver con una tácita cláusula *"rebus sic stantibus"*[89].

La cláusula rebus sic stantibus, el COVID-19 y las recientes sentencias del tribunal supremo español

El Tribunal Supremo español ha ido elaborando una nueva doctrina sobre todo tras la *crisis económica de 2008*, cuyos efectos devastadores sobre la economía mundial fueron devastadores, pero que ahora tras la *crisis del coronavirus* pueden ser anecdóticos dada la gravedad cuyos efectos padecemos.

Así, frente a un criterio restrictivo en su aplicación de la jurisprudencia anterior, a partir de entonces como ocurrió con la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de

86. MARCELO; *Digesto, libro XX. - Estimo que puedo estipular bajo condición lo que es mío, y que también puedo estipular servidumbre de vía para un fundo, aunque entretanto el fundo no sea mío; o si esto no es verdad y yo hubiere estipulado bajo condición sobre un fundo ajeno, y éste hubiere comenzado a ser mío por causa lucrativa, se extinguiría inmediatamente la estipulación; y si el dueño del fundo hubiere estipulado bajo condición la servidumbre de vía, la estipulación se extingue inmediatamente que el fundo fue enajenado; y principalmente, según el parecer de los que opinan que se invalida también lo que con arreglo a derecho establecieron, cuando llegó a un caso en el que no habría podido subsistir.* GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 3º Digesto. Ed. Lex Nova, Barcelona 1897.

87. En **Argentina** vid. REZZÓNICO, L.M., *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*. Ed. Perroti. Buenos Aires (1954).; MOLINA, J.C. *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*. Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires(1969).; LEÓN, P. *La presuposición en los contratos*. En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba. (1935) pp. 223; MORELLO, A.M. *Indemnización del daño contractual*. Ed.Abeledo Perrot. La Plata (1974), pp. 215 ss.; RISOLIA, M.A. *Soberanía y crisis del contrato*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (1946), pp. 150. Cit. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"* como excepción... *Op. Cit., p.* 26, not. 80.

88. WACKE, A., *Ex post facto convalescere* en Derecho romano y Derecho alemán moderno. En A*nuario de Derecho Civil*. Vol 53. Nº 4 (2000). pp. 1383 y ss.

89. WACKE, A., *Ex post facto convalescere* en Derecho romano, *Op. Cit.*, pp. 1383. Vid. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"* como excepción... *Op. Cit*, p. 11, not. 33.

junio de 2014[90] se hace referencia a una *onerosidad cualitativa excesiva,* no cuantitativa.

La nueva doctrina creada por las últimas sentencias del Tribunal Supremo[91], reconocen que una situación económica extraordinaria como la que se ha producido a causa del *coronavirus* -y lo que se nos viene encima-, con una recesión económica que probablemente se va a producir a causa de la pérdida de millones de puestos de trabajo en el panorama mundial, puede ser considerada como un cambio imprevisible y extraordinario capaz de alterar las bases del contrato. El término y requisito jurisprudencial *"imprevisible"* sí que se ha de aplicar con toda propiedad a la crisis provocada por la alarma mundial debida a la infección del COVID-19.

La sentencia de 6 de marzo de 2020 del tribunal supremo español y la cláusula rebus sic stantibus

La nueva sentencia del 6 de marzo de 2020[92], sobre la cláusula *rebus sic stantibus*[93], donde aclara que su aplicabilidad lo es sobre los contratos de larga duración y no sobre los de corta duración. Y esto es así porque como dice textualmente:

"El cambio de estas características, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de rebus sic stantibus, lo que es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato"...

Y es que, parece claro que, si han de acontecer circunstancias extraordinarias que alteren la capacidad de una de las partes para cumplir la obligación contractual, estas sólo afectarán al contrato cuando sea prolongado en el tiempo, es decir, cuando el contrato sea de larga duración.

---

90. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2014, a consecuencia de la crisis económica sufrida por España durante el año 2008, se refiere a los efectos de la misma sobre los contratos en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* del siguiente modo:

"... La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido...". "... Conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada ('pacta sunt servanda'), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos..."

91. Es una sentencia que contradice la moderna línea jurisprudencial de la propia Sala de lo Civil, acuñada por tres sentencias que son, actualmente referencia, y que supusieron la modernización de la cláusula *"rebus sic stantibus"*: la 2823/2014 de 30 de junio, la 5090/2014 de 15 de octubre y la 1698/2015 de 24 de febrero –de las cuales fue ponente el actual catedrático de derecho civil de la Universitat de Valencia y entonces magistrado del Supremo, Francisco Javier Orduña Moreno.

92. Se puede consultar la plataforma *Global Economist & urist* https://global.economistjurist.es/BDI/jurisprudencia/jurisprudencia/emergentejurisprudencia.php?id=2762558. Y en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-ts-mantiene-su-linea-jurisprudencial-sobre-clausula-rebus-sic-stantibus-y-aclara-sera-aplicable-en-contratos-de-larga-duracion-y-no-aplicable-en-contratos-de-corta-duracion/#

93. STS 153/2020 de 6 de marzo 2020, cuyo magistrado ponente ha sido Ignacio Sancho Gargallo, ahonda en la línea jurisprudencial ya creada desde 2008. STS 153/2020 Rec. 2400/2017.

Esta es una primera resolución de las muchas que probablemente vendrán sobre este tema, ante la difícil situación que la pandemia, aunque sin embargo, el Tribunal Supremo, de manera histórica ha vendido aplicando restrictivamente la cláusula *rebus sic stantibus* , pero es que los tiempos que vivimos son excepcionales y extraordinarios por lo que tendremos que esperar para ver en qué sentido se pronuncia los distintos tribunales de todos los países[94].

94. En este tema, a modo de ejemplo podemos citar el Auto del Juzgado de Primera Instancia No. 81 de Madrid, 447/2020 de 25 Sep. 2020, Proc. 473/2020, el primero en reconocer la paralización del sector servicios en general por la declaración del estado de alarma, el cual ha sido particularmente más adverso para el sector de la hostelería y restauración y, en particular, para las discotecas y salas de baile. En él, se establecen las medidas cautelares solicitadas por los arrendatarios de un local destinado a sala de fiestas, suspendiendo el pago de la renta mientras no se permita la reapertura del local (no así el pago de las cantidades complementarias del contrato) y fijando la renta, una vez que se permita la reapertura, en el 50 % de la renta pactada.

Por otro lado, la Generalitat de Cataluña aprueba el Decreto ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica, con el que la Generalitat pretende rebajar hasta un 50 % el alquiler de los establecimientos y locales comerciales que tienen prohibido desarrollar su actividad por las restricciones aprobadas para contener la pandemia del coronavirus.

El aforismo "venire contra factum proprium nulli conceditur" y el artículo 597 del código civil español[1]

Ramón P. Rodríguez Montero[2]

1. El presente trabajo se estructura a partir de la comunicación expuesta en el XXII Congreso Internacional y XXV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (Buenos Aires, República Argentina), los días 8 a 10 de septiembre de 2021, contemplando en el mismo con mayor detenimiento, ampliación y detalle, tanto los aspectos sucintamente tratados por razón de tiempo en aquella, así como algunos otros, señalados pero no expuestos, también relacionados con los mismos, añadiendo las correspondientes notas explicativas a pie de página y el aparato bibliográfico utilizado para su confección.

2. Universidade da Coruña.

El art. 597 del Código Civil español: planteamiento de la presunta problemática contenida en el mismo y posible interés de su estudio

En el art. 597 del Código civil (en adelante C.c.), que se encuentra encuadrado en el Capítulo III («De las servidumbres voluntarias»), Título VII («De las servidumbres»), Libro II («De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»), se establece, textualmente, lo siguiente:

«Para imponer una servidumbre sobre fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

Dicho artículo, relativo a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, como se puede comprobar, se estructura en torno a dos premisas básicas:

Por una parte, en torno al carácter indivisible del derecho de servidumbre, considerado como no susceptible de fraccionamiento, dado que el mismo no se puede establecer por partes, debiendo para su válida constitución ser todos los copropietarios los que presten su consentimiento («Para imponer una servidumbre sobre fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios»).

Por otra, respecto al carácter colectivo que presenta la facultad de disposición de los copropietarios, en relación a la que, aun solicitándose el «consentimiento de todos los copropietarios» para imponer válidamente la servidumbre sobre el fundo indiviso, se prescribe en el artículo que «la concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros», así como que «la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido», lo que presuntamente da a entender que la no concurrencia del consentimiento de todos los copropietarios no afecta a la validez del acto.

A partir de estos presupuestos, el art. 597 C.c., a primera vista, parece plantear una contradicción en atención a la lectura de sus respectivos párrafos primero y tercero, que se concretaría en la siguiente cuestión: ¿cuál es el derecho que se ha concedido solamente por uno o algunos de los copropietarios, cuyo ejercicio no puede ser impedido por el concedente o concedentes, si el derecho (de servidumbre) no nace hasta que no la otorgue (no consienta) el último de todos los partícipes o comuneros?

Al margen de su evidente interés para conocer las características de la regulación normativa en el sistema jurídico español de la imposición de servidumbres voluntarias sobre fundo indiviso por los copropietarios del mismo, se ha señalado, que el art. 597 C.c. también posibilita el examen de materias relativas a la teoría general del negocio jurídico, como, por ejemplo, el concepto de declaración de voluntad, su proceso de formación, y, especialmente, la configuración de las declaraciones de voluntad conjuntas y

de los actos negociales complejos[3].

Asimismo se ha sostenido por un sector de la doctrina civil que el citado artículo se presenta como una norma de principios generales, porque de su regulación particular se pueden deducir principios reguladores de actos y negocios jurídicos, dispositivos que tienen por objeto la cosa en condominio, destacándose que en el Título III del Libro II del C.c., «De la comunidad de bienes», no existe un precepto que regule específicamente esta cuestión, por considerar al respecto que, mientras que los arts. 397 y 399 del C.c. se ocupan de los actos de disposición material y de los actos de disposición de la propia cuota, el 597 se refiere a los actos de disposición jurídica, es decir, a los actos de enajenación y gravamen que recaen sobre la cosa común[4].

Además de lo indicado también se ha resaltado el interés que presenta en el art. 597 la posible configuración que se otorga al «derecho concedido», y, por tanto, a su eficacia.

En este artículo parece poder apreciarse una doble configuración del "derecho concedido": por una parte, como derecho real, presentando por ello eficacia real, cuando sea otorgado por todos los copropietarios; y, por otra, como derecho personal, de crédito u obligación, con eficacia obligacional, cuando solo lo otorgue alguno o algunos de los copropietarios, separadamente de los demás y antes de que lo hagan todos los no otorgantes. En este último supuesto nos encontraríamos ante un acto negocial válido, al que se le atribuyen *ex lege* unos ciertos efectos, en este caso, una eficacia personal u obligacional, porque dicho acto «obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular», según se establece en la norma, «a no impedir el ejercicio del derecho concedido» por parte el concedente o concedentes al concesionario. Esa «concesión hecha solamente por algunos», se señala en el art. 597, «quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros», es decir, que no tendrá eficacia real hasta que la formalice el último de los copropietarios.

Precisamente, el fundamento del deber de «no impedir el ejercicio del derecho concedido» por parte de uno de los copropietarios separadamente de los otros, se encontraría en la regla formulada por primera vez, según indican diversos estudiosos, en la doctrina de los autores del *ius commune*, y más en concreto en la planteada por los glosadores Azón y recogida Acursio, que se expresa como «*venire contra factum proprium nulli conceditur*», que dichos autores extrajeron a partir de diversos textos romanos, entre ellos

3. Vid. ESPIAU ESPIAU, «Prólogo» a la obra de ZAHINO RUIZ, *La constitución de servidumbres voluntarias sobre fundo indiviso en el Código civil español*, Madrid, Edersa, 2002, p. 19. Muchos de los planteamientos realizados en esta obra, así como sus resultados, por compartirlos en cierta medida, serán los que seguiremos en el presente artículo, motivo por el cual, las referencias a la misma serán constantes y reiteradas.

4. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 21 s. y, en especial, en cuanto a la interpretación doctrinal de los citados artículos, con bibliografía, vid. p. 268 ss.

Art. 397 C.c.: «Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

Art. 399 C.C.: «Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

y fundamentalmente por lo que al tema que nos ocupa se refiere, D. 8.3.11 y D. 8.4.18[5].

Algunas precisiones con carácter general sobre la doctrina de los propios actos

En relación a la denominada «doctrina de los propios actos», al aforismo según el cual "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", señala el ilustre civilista español Díez-Picazo –opinión que compartimos- que «pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes, hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la confusión y a la inseguridad. La confusión viene, por lo pronto, de una falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y general, la regla de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, es susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. No se conocen sus límites, sus presupuestos, su fundamento, su finalidad»[6].

Según Díez-Picazo, la expresión «nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos», en cuanto a su caracterización, tiene el carácter evidente de una «*regula iuris*» que, «*de facto*», presenta valor normativo[7]. Si bien la inadmisibilidad de «*venire contra factum proprium*» no es sostenible como un autónomo principio general del Derecho, sí que lo es como derivación necesaria y concreción inmediata del principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe), en el que se incrustaría[8]. «La exigencia de coherencia del comportamiento es una derivación inmediata del principio general de buena fe», y «la contradicción de la propia conducta se sitúa en el mismo orden de ideas. La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe... el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta ante-

5. Cfr. por todos, en relación a los indicados textos y la formulación, elaboración y concreción doctrinal y jurisprudencial posterior de la señalada regla, con amplias referencias textuales y bibliográficas, el ya clásico estudio de DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2014, p. 94 ss., 110 ss., y 267 (De dicha obra existen dos ediciones anteriores: la primera, publicada por la Edit. Bosch, en Barcelona, en 1963; y otra posterior, también publicada por Civitas-Thomson Reuters, primera en esta editorial, en Navarra, noviembre de 2013). Vid. también, más específica y concretamente en cuanto a la concreta cuestión relativa a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, asimismo con referencias textuales y doctrinales, ZAHINO RUIZ, op. cit., p.25 ss., y 220 ss.

6. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p.74. De lo indicado, dan plenamente cuenta las dos concepciones distintas formuladas en la doctrina jurisprudencial española y en las abundantes sentencias que el Tribunal Supremo español ha dedicado a la materia a lo largo de los años, que el citado autor refiere en su estudio. A las características de las indicadas concepciones o corrientes de pensamiento alude en la p. 78 y ss. de su estudio.

7. Según DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 191, justifica tal circunstancia el hecho de que «para demostrarlo basta tener en cuenta que es de hecho aplicada, como tal norma jurídica, por los tribunales de justicia y que es criterio decisivo para resolver innumerables litigios que ante ellos se plantean».

8. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 195 y s. En relación al principio general de la buena fe, vid. op. cit., p.196 y ss.

rior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por dónde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de Derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas», siendo dicho principio, por tanto, el fundamento más seguro para dicha regla[9].

Por lo que se refiere a los presupuestos de aplicación de la regla estudiada, Díez-Picazo, señala que «la regla que normalmente se expresa diciendo que "nadie puede venir contra sus propios actos", ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada», añadiendo que «desde un punto de vista del derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de la buena fe y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente»[10].

Dichos presupuestos que el autor considera como necesarios para la aplicación de la regla son los siguientes:

1º. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz. De ahí que si está viciada (p. ej.: por error), pueda el autor atacarla válidamente.

2º. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3º. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4º. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos[11].

Del análisis efectuado en su trabajo, Díez-Picazo, extrae como conclusión que:

«el acto de formular una pretensión, contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto, es un acto inadmisible, cuando el sujeto pasivo de la pretensión ha modificado su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por el titular del derecho.

La buena fe implica un deber de coherencia con el comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever. La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y

9. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 203 y s.

10. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 257. Dichos presupuestos de aplicación se corresponden con los formulados por una de las tres concepciones o corrientes de pensamiento sostenidas por la doctrina jurisprudencial española que en este caso «coloca el fundamento de la regla que decreta la inadmisibilidad de *venire* contra *factum proprium* como una derivación necesaria e inmediata del principio general, universalmente reconocido, que impone el deber de comportarse de buena fe o de proceder lealmente en las relaciones jurídicas, entendiendo que la buena fe exige de la persona un comportamiento coherente con la confianza que anteriormente sus actos puedan haber suscitado en otros (vid. p.89 y s.).

11. DÍEZ-PICAZO, op. cit., loc. cit. El autor realiza un estudio muy completo y detallado de los mencionados requisitos en la p. 258 y ss. de su obra.

las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior.

Todo ello conduce a pensar que la pretensión contradictoria constituye un acto que el ordenamiento no puede proteger, un acto que el ordenamiento jurídico debe reprobar.»[12]

Las consecuencias o efectos que produce la formulación de una pretensión contradictoria se concretan en base a la doctrina de los propios actos exclusivamente en la inadmisibilidad de dicha pretensión contradictoria, es decir, sólo en la inejercitabilidad de la facultad o facultades que un derecho subjetivo pueda contener[13].

En definitiva, «cuando se dice que nadie puede ir contra sus propios actos se significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad o la utilización de un medio de defensa, que contradice el sentido que conforme a la buena fe, y de un modo objetivo y razonable ha de darse a la anterior conducta de la persona, constituye una extralimitación y resulta inadmisible; dicho de otro modo, que quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será en un determinado sentido, no puede después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquél sentido objetivo de su conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado en atención a ello su propia situación jurídica. Así contemplada la doctrina de los actos propios no produce una vinculación semejante a la de la declaración de voluntad, sino que es, en rigor, una limitación del ejercicio de los derechos subjetivos»[14].

Por lo que se refiere a la delimitación de la regla, cabe destacar diversos aspectos, puestos de manifiesto por Díez-Picazo, que tienen que ver con el objeto de nuestro estudio como indicaremos más adelante.

En primer lugar, destaca éste autor que «en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia se ha dicho que son precisamente las declaraciones de voluntad lo que constituyen "actos propios", y que la imposibilidad de ir contra los propios actos consiste en la imposibilidad de contravenir una declaración de voluntad válidamente concretada o realizada», que existe «una amplia tendencia doctrinal y jurisprudencial para la cual, ir contra los propios actos, equivale a infringir o desconocer el contenido preceptivo de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado», es decir, que «"*venire contra factum*" es infringir el contenido preceptivo de un negocio jurídico»[15].

Díez-Picazo considera en relación a dicha tendencia doctrinal y jurisprudencial que «para llegar a esta conclusión práctica –que no puede desconocerse lo que válidamente se ha declarado en un negocio jurídico- no era necesaria una especial regla de derecho, ni una especial doctrina jurisprudencial», puesto que, como ha señalado muy agudamente García de Enterría, «aunque la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina de los efectos del consentimiento o de la declaración de

12. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 298.

13. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 299 y ss. Cfr., además, la opinión en sentido crítico manifestada por Miquel en su «Comentario del Código civil al art. 7 del C.c.», del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, en relación a la equiparación por parte de la jurisprudencia del concepto de los actos propios con los negocios jurídicos, transcrita por Díez-Picazo en su obra, p. 160 y ss.

14. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 80.

15. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 217.

voluntad es esta última doctrina y no la primera la que explica la vinculación del sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda (añade García de Enterría), retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino obviamente una consecuencia, la primera, del contrato (art. 1.901 C.C). De la misma manera el que yo no pueda ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los propios actos, sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad»[16]. Según Díez-Picazo, «es cierto que, en un sentido muy general, puede decirse que quien acciona en contradicción con lo que tiene manifestado en un negocio jurídico va contra sus propios actos, pero la doctrina de los propios actos sólo puede ser un instrumento útil de la técnica jurídica, si la aislamos de la tesis de la eficacia vinculante de los negocios jurídicos. Cuando las partes quedan ligadas o vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar para aplicar la doctrina de los actos propios, sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico»[17].

También, por lo que al estudio que nos ocupa interesa, como diremos más adelante, Díez-Picazo señala en cuanto a la delimitación de la doctrina de los actos propios, que «las hipótesis típicas de "*venire contra factum*" son precisamente casos en que, la facultad de hacer valer en juicio la ineficacia de un negocio jurídico, ha quedado coartada por haber prestado el sujeto aquiescencia al negocio con sus actos». Así, por ejemplo, y es el caso que afecta directamente al tema tratado, «el comunero que unilateralmente concedió un derecho de paso sobre el fundo común, no puede oponerse al ejercicio de la servidumbre, ni pretender la ineficacia de su declaración de voluntad, no obstante ser ésta irregular, por requerir para su perfección el consentimiento de todos los condueños». «En nuestra doctrina histórica la aplicación del aforismo se suele presentar casi siempre cuando alguien trata de alegar la ineficacia de su propio negocio...Esta conexión histórica estrechísima entre actos propios e impugnación de un negocio jurídico, se ha reflejado en nuestra jurisprudencia. Leyendo detenidamente la colección de sentencias...se va sacando la impresión de que el sentido principal de la regla, de que a nadie le es lícito ir válidamente contra sus propios actos, consiste fundamentalmente en la imposibilidad de impugnar un negocio jurídico, al que, pese a su ineficacia, se ha prestado asentimiento o se ha dado ejecución...No puede ser estimada una acción de impugnación, cuando el impugnante ha ejecutado voluntariamente el negocio o le ha prestado aquiescencia con sus actos después de celebrado»[18].

Dentro de los que Díez-Picazo indica como "presupuestos de aplicación" de la regla estudiada, resulta asimismo necesario precisar, a los efectos de nuestro trabajo, qué entiende el citado autor por "conducta jurídicamente relevante y eficaz".

Según Díez-Picazo, «se habla de "conducta" cuando se tiene en cuenta la "actitud

16. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 218. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. por Díez Picazo en las notas 6 y 7, p. 218 de su obra., resaltando en la última de dichas notas que el administrativista citado «concluye terminantemente en su artículo que "la doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado un consentimiento negocial"».

17. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p.228.

18. Díez-Picazo, op. cit., p. 236 y ss.

adoptada o el proceder general de una persona en una relación jurídica"»[19]. «Puede, en general, hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o comportarse, es decir, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales (p. ej., aquiescencia, oposición, silencio, etc.). En nuestro caso, lo que se valora es la conducta que una persona ha observado. Esta conducta puede inducirse de un acto o de varios, pero sólo debe tomarse en consideración en cuanto revela una actitud, una postura, un modo general de proceder». «Cuando estos actos son expresión de un consentimiento, constituyen una convención o de una manera más o menos directa componen una declaración de voluntad, expresa o tácita, no debe aplicarse la doctrina de los actos propios, sino la doctrina de la eficacia general de las declaraciones de voluntad». «La eficacia vinculante u obligatoria de las declaraciones de voluntad o de los negocios jurídicos se mueve en una órbita completamente distinta de aquella en que se desenvuelve la doctrina de los actos propios. Para que esta doctrina sea aplicable es necesario, precisamente, que los actos ejecutados no constituyan declaración de voluntad o negocio jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso, la sujeción a lo declarado, la vinculación al negocio, es un efecto normal de esta figura, sin necesidad de traer a colación el valor de los actos propios». «Los actos de creación, modificación o extinción de derechos subjetivos o de relaciones jurídicas son normalmente declaraciones de voluntad por donde resulta, nuevamente, que la imposibilidad de desconocerlos o de contravenirlos no viene impuesta por el juego de la regla que nosotros estudiamos, sino por la eficacia general de las declaraciones de voluntad»[20].

Asimismo, Díez-Picazo, en relación a la "conducta vinculante", por lo que a nuestro estudio interesa, destaca la exigencia –manifestada de forma constante y reiterada por nuestra jurisprudencia- de que dicha conducta esté formada por actos que sean jurídicamente eficaces: «los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y si, por cualquier circunstancia no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. Se puede venir contra los propios actos cuando son inválidos. Así, se dice que, cuando el contrato es nulo y ha sido celebrado contra una expresa disposición legal, se puede venir contra los actos propios; y que "se puede venir contra los propios actos realizados contraviniendo la ley"

19. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 258. El autor, distingue (p. 258, nota 2) la "conducta" del "acto", que entiende como conceptos distintos, considerando que «un "acto" es una realización humana aislada en sí misma. Una "conducta" es un acto o una serie de actos en cuanto reflejan una actitud de la persona o también la actitud reflejada por los actos y la valoración o sentido de esa actitud que de los actos deriva»

20. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 258 y ss., con referencias a los planteamientos de Puig Brutau (en la nota 9 de la p. 259) y García de Enterría (en la nota 11 de la p.260). Interesa destacar que, en relación a los negocios jurídicos, Díez-Picazo, matiza que «excepcionalmente un negocio jurídico puede constituir un "factum proprium" no en cuanto a sus efectos jurídicos directos, sino como toma de actitud respecto a una relación o situación jurídica diversa de aquella que constituye, modifica o extingue. Si Ticio, que posee un título que le permite aspirar al dominio del fundo Corneliano, poseído por Cayo a título de dueño, conviene con Cayo en tomar en arrendamiento la tierra y efectivamente la lleva durante algún tiempo, esa conducta negocial de Ticio puede convertir en un "venire contra factum proprium" una posterior acción reivindicatoria. La inadmisibilidad de la acción no es un efecto negocial, pero es un efecto de la conducta de Ticio manifestada a través del negocio» (op. cit., p. 260, nota 12).

y siempre que el acto sea absolutamente nulo»[21].

En cuanto a los negocios jurídicos, Díez-Picazo indica que «la impugnación de un negocio jurídico es, en sí misma considerada, un "*venire contra factum proprium*". El impugnante trata de destruir aquello que él mismo con anterioridad ha creado. Hay casi siempre una cierta contradicción en impugnar el propio negocio». No obstante, matiza que «el ordenamiento jurídico estima que la persona no queda ligada o puede desligarse del negocio irregular. La impugnación del negocio ineficaz no queda impedida por la inadmisibilidad de "*venire contra factum proprium*". Se viene lícitamente contra un "*factum proprium*" cuando se pretende la declaración de ineficacia de un negocio jurídico irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad. Se viene lícitamente contra los propios actos cuando se ejercita una acción de nulidad o una acción rescisoria»[22].

Precisamente respecto a los negocios jurídicos irregulares, Díez-Picazo se refiere expresamente, en relación al posible efecto vinculante de los actos propios y a la imposibilidad de venir contra ellos, a la interpretación del contenido del artículo 597 C.c., objeto particular de nuestro estudio, que ahora avanzamos y al que volveremos a hacer referencia más adelante, en el sentido que a continuación se indica de forma textual e íntegra por considerarlo ilustrativo de sus planteamientos:

«Un supuesto dudoso existe en el artículo 597 CC., según el cual para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso, se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los participantes o comuneros, pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Una norma sustancialmente idéntica a ésta en su formulación romana constituye históricamente uno de los puntos de arranque de la doctrina de los propios actos. El comunero que unilateralmente concede la servidumbre, no realiza un negocio eficaz, pero queda obligado a no impedir el ejercicio del derecho concedido. Si ejercitara la acción negatoria o de cualquier otro modo impidiera el uso de la servidumbre, vendría indebidamente contra sus propios actos.

21. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p.264.

22. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p.263 s. En la nota 24 p.264 el autor realiza la siguiente precisión al respecto: «el negocio ineficaz y el negocio impugnable pueden lícitamente ser atacados por su autor. La acción de impugnación no es un inadmisible "venire contra factum proprium", no es una pretensión contradictoria. Tampoco es contradictorio oponerse a los efectos o resultados del negocio ineficaz. Ahora bien, según dijimos más arriba (se refiere a la nota 12 de la p. 260), un negocio jurídico puede ser un "factum proprium" en cuanto a una situación jurídica diversa de la negocial, respecto de la cual supone una toma de actitud. En el ejemplo que antes señalábamos, el hecho de tomar en arrendamiento una finca puede hacer contradictorio el ejercicio de una acción reivindicatoria contra el arrendador. Pues bien, si este negocio, que es indirectamente "factum proprium", resulta ineficaz, ¿se produce o no se produce la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria? La ineficacia me parece aquí un elemento digno de ser tenido en cuenta, pero no decisivo. Lo decisivo sigue siendo en nuestra teoría, la susceptibilidad de la conducta para suscitar una objetiva confianza. Por ello, creemos que una clara y conocida ineficacia no crea una confianza razonable, pero que, en cambio, una ineficacia de otro tipo puede, sin duda, dar lugar a esa objetiva confianza que se protege. El negocio, pese a su ineficacia como tal negocio, puede ser entonces "factum proprium"».

En la hipótesis del artículo 597 nos encontramos ante la siguiente extraña situación. El negocio de constitución de la servidumbre es irregular, porque necesita el consentimiento de todos los copropietarios del fundo sirviente y sólo alguno o algunos de ellos lo han manifestado. Como consecuencia, el negocio efectivamente celebrado con el tercero posee una anormal eficacia. La servidumbre no se ha constituido y los copropietarios que no han consentido pueden impugnar el negocio o impedir el ejercicio de la servidumbre mediante acción negatoria. Sin embargo, la ineficacia del negocio no es definitiva. Nos hallamos ante un negocio que es, de momento, incompleto, inacabado. Si los demás comuneros prestan su conformidad, el negocio deviene perfecto, completo y plenamente eficaz. Entre tanto, su eficacia es limitada a consecuencia de su misma imperfección. Precisamente por ello, los que consistieron están vinculados por el negocio y sólo aquellos que, debiendo ser parte, no lo fueron, pueden impugnarlo. Por eso, tampoco aquí podremos hablar de un efecto vinculante de los actos propios, ni de una imposibilidad de venir contra ellos, sino de una consecuencia de la eficacia –parcial o limitada, si se quiere, pero eficacia al fin- de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad»[23].

Régimen romano relativo a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio por actos realizados por los condó minos de forma separada y sucesiva

Al haber sido el Derecho Romano el que, a través de una serie de textos fragmentarios[24] y de diversos casos concretos, suministró los materiales necesarios para la posterior

23. DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 267

24. Además de D. 8.3.11 y D. 8.4.18, también cita DÍEZ-PICAZO, op. cit., p.90 y ss., D. 1.7.25.pr., como el «antecedente histórico más importante» que da origen a la glosa «factum suum», en la que, en su opinión, se encontraría «la formulación más antigua que conocemos de la regla que prohíbe venir contra los propios actos», a la que presta su atención en las páginas indicadas de su estudio. De dicho fragmento se ha ocupado también, recientemente, PERIÑÁN GÓMEZ en un interesante trabajo titulado «La doctrina de los actos propios y el Derecho Romano: una propuesta de lectura de D. 1.7.25.pr. (*Ulp. 5 opin.*)», recogido en el libro colectivo *Inter amicos. Jornadas romanísticas internacionales Inter Amicos: cultura jurídica romana y comunicación al presente, análisis históricos y jurídicos (Miranda de Ebro 21-23 de junio de 2019)*, AA.VV (Edit. Francisco Cuena Boy), Ed. a cargo del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro, 2021, p. 99 y ss. Según éste autor, desde la interpretación que realiza del pasaje –que califica como «visión de conjunto que tiende a ver el fragmento de la forma más completa posible -empleando argumentos de diverso origen y dejando atrás la simple literalidad-» (vid. p. 104), la doctrina de los propios actos «en su versión moderna y desde su elaboración por la glosa, opone comportamientos y derechos, de manera que éstos no llegan a ejercerse por resultar inconsecuentes con los primeros. Sin embargo, el texto en cuestión (se está refiriendo a D. 1.7.25.pr.) opone dos derechos, eso sí, de signo contrario, el de emancipar a los hijos y el de reclamarlos como propios, de manera que ejercer el primero, que supone la renuncia a la patria potestad, impide ejercer el segundo, que implica actuar como el *paterfamilias* que ya no se es» (p. 106), añadiendo que, a su entender, «el texto de Ulpiano tiene una finalidad muy distinta a la de elevar a la categoría de máxima de interpretación el sintagma *adversus factum suum pater movere controversiam prohibetur*», puesto que, en su opinión, «muy al contrario, el propósito del texto es reforzar el carácter permanente de la emancipación de la hija, no su revocabilidad» (p. 106), para terminar concluyendo que «el pasaje recogido en D. 1.7.25 (*Ulp. 5 opin.*)...no puede considerarse antecedente de la teoría de los actos contrarios, lo que no quiere decir que

formulación de la regla que establece que «nadie puede venir contra sus propios actos», inicialmente planteada por los glosadores y cuya supervivencia en el Derecho moderno es evidente[25], como, por ejemplo, se puede comprobar a través de lo establecido en el art. 597 del C.c. español, resulta oportuno, con la finalidad de intentar comprender su presunta esencia en el caso que nos ocupa, analizar previamente las características que presenta el régimen seguido por los romanos respecto a la constitución de servidumbres sobre fundo indiviso por actos realizados por los condóminos de forma separada y sucesiva en sus diferentes momentos históricos.

Las soluciones dadas por los romanos a la posibilidad de realizar la imposición de servidumbres por actos realizados de forma separada y sucesiva por los condóminos sobre fundo en condominio, la posible eficacia y los efectos de dichos actos individuales, así como las condiciones que se deberían de cumplir para lograr la válida constitución de aquellas, dependieron de la concepción y caracteres que en cada momento histórico se atribuyó a las situaciones de comunidad de bienes en conexión con el principio de indivisibilidad de aquellas[26].

Régimen antiguo: consortium ercto non cito

El primitivo *consortium ercto non cito* se presenta como una relación de tipo asociativo y de naturaleza doméstica, formada de manera automática entre los *fratres sui* a la muerte del *pater familias*, implicando la cotitularidad de una *potestas* indiferenciada[27]. La institución aparece de forma natural en el antiguo Derecho Romano, con la finalidad de continuar una situación familiar y patrimonial que se daba en vida del *pater*, pretendiendo subvenir las necesidades de la primitiva estructura económica romana de tipo agrícola, que requería para subsistir, en un ámbito vital escasamente evolucionado, la persistencia de la comunidad entre los hermanos[28].

Respecto al régimen seguido en cuanto a los actos de disposición sobre la cosa común, sabemos que se establecía[29], frente a los principios de la época clásica, una soli-

la referida doctrina no pueda encontrar antecedentes en los textos jurisprudenciales romanos para quedar entroncada con la tradición clásica» (p. 110). Finalmente, según éste autor, cuya opinión compartimos, «la buena fe contractual es presupuesto para el ejercicio de los propios derechos. En este terreno podría situarse más adecuadamente el pretendido origen romano de la doctrina de los actos propios, más allá de textos concretos o frases aisladas, más o menos sonoras, en tanto se exige coherencia al titular de un derecho subjetivo a la hora de exigir su cumplimiento».(p. 110 s.)

25. Así lo indica de forma expresa en relación a D. 8.3.11. DÍEZ-PICAZO, op. cit. p. 94 y nota. 27.

26. Tomamos aquí gran parte de la exposición que ya realizamos en su momento con mayor detenimiento en «La eficacia de los actos realizados por los condóminos de forma separada respecto a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio: análisis del régimen romano», recogida en RODRÍGUEZ MONTERO, *Cinco estudios sobre interpretación jurisprudencial romana*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2020, p. 25 ss.

27. BRETONE, «"Consortium" e "communio"», en Labeo, VI (1960), p. 161 ss.

28. *Ibid*., págs.165 y sigs., nota 10 y sigs.; ARANGIO-RUIZ, «Le genti e la città» (1914), en *Scritti Centenario Jovene*, 1954, p. 119.

29. Cfr, Gai. Inst. III, 154.b: *Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat*. Item

daridad entre todos los consortes, que tendrían plenos e idénticos poderes de administración, pudiendo cada uno cumplir, de forma independiente y válida, actos de disposición jurídica con pleno efecto para todos; sin excluir que también se pudiesen cumplir con la intervención de varios copartícipes más, o de todos30. En las relaciones de los consortes con los extraños, cada uno (vel unus) representaría a la totalidad del grupo, tanto en los actos positivos como en los de defensa procesal. Así, por ejemplo, cualquiera podría manumitir válidamente un siervo común, extinguiendo la dominica potestas ostentada por el grupo y haciendo adquirir para todos los demás el derecho de patronato sobre el siervo.

El régimen jurídico aludido se asentaría en vínculos de amistad entre los consor*tes*, quedando a salvo los derechos de terceros y de los otros *consortes* debido a la publicidad inherente a los antiguos actos formales y al reducido territorio en que se desarrollaban, que permitía un control suficiente, así como a la intensidad de las relaciones sociales[31].

La posibilidad de cumplir estos actos de disposición jurídica por cada uno de los integrantes del *consortium*, de forma separada y con pleno efecto para todos, vendría limitada por la oposición o *ius prohibendi*, ejercitable por cualquiera de los no intervinientes. Dicho veto, que no implicaba la necesidad de un permiso o consentimiento previo, debería formularse con anterioridad a la conclusión del acto, probablemente de manera expresa y solemne, impidiendo de esta forma que el mismo produjera sus efectos[32].

Desde esta perspectiva, y por lo que a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio se refiere, el acto mediante el que el tercero lograría con posterioridad el servicio deseado de paso o conducción, realizado por cualquier *consorte* de manera individual, sin que fuese vetado de manera expresa y solemne por los otros, sería plenamente válido y eficaz frente a todos. De la misma manera se podría pensar que en el supuesto de que se tratase de la adquisición del servicio para el fundo común, por analogía, ocurriría algo similar, afectando el acto concluido por uno a todos los demás, sin necesidad de emitir un consentimiento previo, aunque no hubiesen intervenido.

En ambos casos se entendía que el *consorte* actuaba no como sujeto particular con intereses propios, obrando en su beneficio, sino como parte de la comunidad doméstica, con unidad de intereses, en provecho del interés colectivo[33], en el que repercutiría la constitución de la servidumbre, en favor o a cargo del fundo común. Este modo de actuación resultaba congruente con la probable configuración originaria del *consortium* en forma potestativa, es decir, no tanto, como una comunión de *dominium*,[34] sino como una titularidad compartida en el poder unitario, genérico e indiferenciado, que habría

unus rem communem mancipando...

30. Bretone, cit., p. 182, nota 21 y sigs., así como los autores citados por éste. Cfr., en sentido contrario, Solazzi, citado por Torrent, «Consortium ercto non cito», en AHDE, 34, 1964, p. 493 ss.

31. Lévy, «Neue Bruschtücke aus den Institutionem des Gaius», en ZSS, 54 (1934), p. 282.

32. Arias Ramos, «Los orígenes del contrato de sociedad: "consortium" y "societas"», en Revista de Derecho Privado, núm. 26 (1942), p. 147 y s. Una prohibición no expresa o a destiempo carecería de valor.

33. GUTIÉRREZ MASON, Del «consortium» a la «societas», I (1987) p. 101.

34. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II/2 (1928), p.13 y ss., entendía el antiguo *consortium* como una concurrencia de plurales titularidades dominicales, concibiéndolo como un «dominio plúrimo integral».

correspondido anteriormente al *pater familias*[35].

La perspectiva de naturaleza potestativa en relación con el antiguo *consortium*[36] permite también comprender el empleo de la *mancipatio* como acto formal para conseguir el resultado del establecimiento de uno de los servicios propios de las más antiguas servidumbres rústicas; como acto conducente a la afirmación de una potestad sobre el *locus servitutis*, la *mancipatio* se prestaba perfectamente para obtener la *potestas* sobre el suelo correspondiente a efectos de tránsito, conducción o extracción del agua, que venía así a servir en forma potestativa a otro fundo, como elemento inherente al mismo[37]; la posterior evolución de la potestad como dueño en sentido sustantivo de *dominium* y la consiguiente consideración de las servidumbres como *iura,* es decir, como servicios permanentes de un fundo a favor de otro, que conferían a los titulares de los predios atribuciones jurídicas limitadas, vendría a plantear el problema interpretativo de si con la *mancipatio* se adquiría el *dominium* sobre el *locus servitutis* o tan solo, como ocurría con la *in iure cessio*, un *ius servítutis*, entendido ya como una relación potestativa de mero uso. En todo caso, la estructura del *consortium* permitiría que cualquier consorte pudiera realizar válidamente la constitución de una servidumbre, tanto a favor como a cargo del fundo[38].

Todo lo dicho se entiende supeditado a que los demás intervinientes no ejercitasen su oposición o veto expreso y solemne con anterioridad a la realización del acto. En el supuesto de que aquellos no tuviesen ocasión de hacerlo, aun siendo incorrecto el comportamiento del *consorte* interviniente respecto al *consortium*, el acto surtiría plenos efectos frente a terceros, considerándose válida la mancipación realizada, aunque sería posible que los demás *consortes,* en el ámbito interno, dispusiesen de otro remedio para poder exigir la responsabilidad correspondiente, derivada del acto concluido: la *actio familiae erciscundae*[39]. En efecto, la posible actuación lesiva del *consorte* para los demás supondría una quiebra de los principios derivados de la relación de confianza en que se asentaba la institución, generando el recurso a la acción divisoria, mediante la que los *consortes* lesionados podrían exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial.

Derecho clásico: D.8.3.11 y D. 8.4.18, como textos referentes a la cuestión

Probablemente el primitivo *consortium ercto non cito* se mantuviese desde una época anterior a la ley de las XII Tablas hasta finales de la República[40]. En la crisis de la antigua figura influyó de forma decisiva el desarrollo que gradualmente fue experimentando la

35. Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, «Aproximación a las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil», en *Homenaje a D. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Madrid, 1988 (edit. 1992), p. 863 ss.

36. Según BRETONE, cít., debe hablarse de «comunión de *mancipium*» antes que de *dominium*.

37. De esta forma se alcanzaría el mismo efecto que con posterioridad se conseguiría a través de los distintos tipos de *iura in re aliena* que fueron apareciendo sucesivamente por exigencias de la vida agrícola.

38. En este sentido parece pronunciarse KOUWENBERG, «Servitude et copropriété», en *RIDA*, 24, (1977), p, 293 y ss.

39. Es posible que, como indica ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (1957), p. 226, en el interior del *consortium* funcionase la idea de fracción, a efectos del reparto de frutos y gastos entre los *consortes*.

40. BRETONE, op. cit., p. 211, nota 19; TORRENT, op. cit., p. 196.

primitiva economía romana hacia formas más complejas y evolucionadas. Nuevos criterios de organización de la producción agrícola, extensión de la propiedad latifundista, aumento de las actividades comerciales e industriales y otra serie de factores que complicaron la simplicidad de las relaciones arcaicas, hicieron que se fuese resaltando más el elemento patrimonial de la comunidad. Paralelamente se fue debilitando, de forma progresiva, el vínculo afectivo sobre el que se asentaba el consorcio y en el que el individuo tenía importancia como miembro del grupo, para dar paso a una realidad en la que la adquiría por sí mismo, al margen de su pertenencia o no al grupo[41].

Estas circunstancias condujeron a una nueva regulación del régimen jurídico referido a las situaciones de comunidad, estableciéndose frente al amplio poder de disposición que se reconocía a cada miembro del consorcio, que estaba legitimado para enajenar la entera *res communis*, el criterio de la *pars pro indiviso*, dando lugar a nuevas soluciones respecto a los actos de disposición de los condóminos sobre la cosa común[42].

Por lo que se refiere a las servidumbres, esta nueva regulación del régimen jurídico descrito, referido a las situaciones de comunidad, junto con la consideración de aquéllas como servicios permanentes de un fundo a favor de otro y, por tanto, derechos indivisibles[43], alteró la posibilidad de constituirlas mediante actos realizados individualmente por los condóminos, exigiéndose, quizá a partir de entonces, como regla general, la intervención mancomunada y la unidad del acto.

Los actos realizados por los condóminos, relativos a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, en época clásica, se pueden analizar desde una doble perspectiva: desde el lado pasivo, como actos dirigidos a realizar la imposición de una servidumbre, o bien, desde el lado activo, tendentes a la adquisición de la misma a favor del fundo común[44].

Por lo que se refiere a los actos dirigidos a realizar la imposición de una servidumbre sobre el fundo en condominio, los juristas clásicos establecen, con carácter general, el criterio de la imposibilidad de que uno de los condóminos pudiese por sí solo imponer una servidumbre sobre el predio común; gravando éste con el servicio. Así, por ejemplo, se señala en D.8.1.2:

(Ulp.: lib. *septimo decimo*, *ad Edictum*):

Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest.

Este principio general derivaría, como se ha dicho, de la coordinación del criterio de la *pars pro indiviso*, sobre el que se asentaba la comunidad, con la consideración de in-

41. BRETONE, op. cit., p. 200, nota. 2 y ss., y p, 201

42. El nuevo criterio de la cuota, sobre el que se asentó la construcción jurídica de la *communio*, fue fijado por Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo (cfr.D.50.16.25.1), empezándose a aplicar a partir de la República al *consortium* y situaciones asimiladas. Vid. BRETONE, op. cit., p. 201 y 207, nota 1 y ss. Respecto a la nueva regulación, cfr., para los supuestos de manumisión, Paul. Sent. 4.12.1 y Ulp..Ep. 1,18.

43. Para la indivisibilidad de las servidumbres, vid. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano* (1969), p. 160 y ss. ; GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (1969), p. 151 y ss.; SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947), p. 64 y ss.; SEGRE, L*a coproprietà e la comunione degli altri diritti reali*. Corso (1931), p. 94 y ss.

44. En cuanto a los actos dirigidos a la adquisición de una servidumbre a favor del fundo en condominio, vid. RODRÍGUEZ MONTERO, «La eficacia de los actos realizados por los condóminos de forma separada respecto a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio: análisis del régimen romano», cit., p.45 ss.

divisibles de las servidumbres. Así, el condómino, de manera individual, a diferencia del régimen establecido en el primitivo consorcio, únicamente podría realizar de forma válida actos de disposición jurídica en proporción a su cuota; pero al presentarse el derecho que se pretendía imponer como indivisible, no siendo, por tanto, susceptible de limitarse a una parte, el acto realizado por el condómino, por sí solo, en orden a la imposición de la servidumbre sobre el fundo en condominio, se consideraría en principio nulo («*nihil agit*», se dice en D. 8.3.34), siendo necesario para que alcanzase la validez deseada que fuese realizado *pariter cedentes* por todos los condóminos, en un mismo y único acto[45].

No obstante, frente al principio general enunciado, en algunos textos se establecía también la posibilidad de que los condóminos pudiesen realizar mediante actos sucesivos, cumplidos en momentos diversos, la imposición de la servidumbre, obviando de esta manera la necesidad de la simultaneidad del acto de constitución.

Cabe preguntarse, entonces, si se trata de una innovación justinianea o puede considerarse clásica esta posibilidad, así como si produce algún efecto el acto realizado aisladamente por el condómino respecto al tercero interviniente.

La cuestión, así como los efectos y condiciones requeridas en los actos de constitución de servidumbres en forma separada por los condóminos, aparece tratada tanto en D. 8.3.11 como en D. 8.4.18.

En D. 8.3.11 se puede leer:

(Celso: lib. *vicensimo septimo*, *Digestorum):*

Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. [ergo suptili ratione] non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: [benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse].

Para un sector doctrinal[46], el fragmento es absurdo y desconcertante si se siguen los esquemas establecidos por el *ius civile*. Así, se señala, no se comprende, suponiendo que el texto estuviese referido a la constitución de la servidumbre mediante *in iure cessio*, cómo, frente al principio general de la imposibilidad de constituir una servidumbre *pro parte*, enunciado resueltamente por los juristas clásicos, Celso diga que el condómino pueda «*separatim in iure cedi*», siendo imposible de admitir la *vindicatio servituitis pro parte* ni la *addictio pro parte*, puesto que el reconocimiento de la servidumbre no se podría realizar más que por entero, concluyendo que en el texto se debería contener el principio justamente contrario, es decir, que la servidumbre mencionada *<non> potest separatim <in iure cedí>*[47].

Por otra parte, el *ergo* que aparece en la segunda frase se considera fuera de lugar, razonando que si se admite la posibilidad de una *in iure cessio partiaria*, teniendo en este caso validez por sí misma, no se entiende cómo se puede concluir señalando la necesidad

45. La situación en que se encontraría el condómino que pretende imponer una servidumbre sobre el fundo en condominio sería similar a la condición del propietario exclusivo que intentase establecer una servidumbre sobre su propio fundo, pero sólo por una parte indivisa. Cfr. SEGRE, op. cit., p. 95.

46. DÍEZ-PICAZO, op. cit. p. 94 (con bibliografía en nota 28) y 96, resalta en relación a este fragmento que «plantea una serie de problemas de gran hondura y complejidad», así como que «la exégesis del texto es sumamente difícil».

47. MASCHI, «Conntributi allo studio delle servitù pretorie», en BIDR, 46 (1939), p. 299, BIONDI, op. cit., p. 164.

de la confirmación o convalidación por las *in iure cessiones* realizadas sucesivamente[48]. Finalmente, las alusiones a la contraposición entre la *suptilitas* y la *benignitas* se estima que tampoco se encontrarían en el texto original, siendo introducidas por los compiladores[49]. Por todo ello, la lectura del texto, efectuada en estos términos, ha llevado a algunos autores a la conclusión de que el mismo, por los absurdos e incongruencias sustanciales que, en él, se dice, se contienen, se encontraría profundamente alterado, no respondiendo al pensamiento clásico[50].

Parece evidente que, por lo que al acto de imposición se refiere, mencionado a lo largo de todo el texto que nos ocupa, existe una evidente interpolación, puesto que, como es sabido, para llevar a cabo válidamente la constitución del derecho de servidumbre en época clásica era necesario realizar un acto especialmente previsto o establecido al efecto por el *ius civile*, como la *mancipatio* o la in *iure cesio*; el término *cesio servitutis*, contenido en el fragmento, tendría un carácter genérico y habría sido utilizado por los compiladores para referirse a la constitución de servidumbres cuando los citados modos formales antiguos desaparecieron.

Mientras que la mayor parte de la doctrina sostiene que nos encontraríamos ante una *in iure cesio*, entendiendo que los compiladores habrían suprimido las palabras <*in iure*> en relación a los vocablos *cedi, cedant* y *cessione*, que aparecen en D. 8.3.11[51], otros autores, por el contrario, estiman que el acto de la constitución a que se refiere el texto sería la *mancipatio*, introduciendo en el mismo las expresiones *mancipare, mancipatio* etc., en sustitución de los vocablos *cedere, cesio,* etc., suponiendo que este fragmento, junto con D. 21.2.10, al que nos referiremos más adelante, provendrían originariamente del lib. 27 de los *Digesta* de Celso, en el que el jurista se ocuparía de la *auctorictas*[52].

En cualquier caso, admitiendo que se estuviese haciendo referencia a la *mancipatio* o a la *in iure cessio*, se plantea inmediatamente la cuestión de si la formulación que se contiene al principio del texto respondería a los esquemas del pensamiento clásico.

Si se analiza el fragmento en su contexto general, sin aislar la primera frase, como parece que hacen algunos autores que se han ocupado de su estudio, interpretando separadamente cada uno de los párrafos del texto, y se pone en conexión con otros pasajes

48. MASCHI, op. cit., loc. cit.; BIONDI, op. cit., loc. cit., GIRARD, *Mélanges*, II, p.200, nota 2, salva la supuesta contradicción que se plantea en el texto entre la primera y la segunda frase, sustituyendo *ergo por sed*.

49. MASCHI, op. cit., p. 299 ss.; BIONDI, op. cit., loc. cit. Cfr. en sentido contrario, KOUWENBERG, op. cit., p. 276 ss. Según TORRENT, con los términos *benignitas, benigne, benignius,* «se alude a una comprensión de la regla o situación jurídica más acorde con los criterios de equidad, con criterios de naturaleza moral antes que con estricta lógica jurídica, que ofrezcan una solución más favorable sin necesidad de ulteriores argumentaciones», añadiendo además que «Durante el período hipercrítico de la ciencia romanística se tendió a estimar todos estos criterios como postclásicos, e incluso como introducidos por la nueva ética cristiana a partir del siglo IV d.C, pero no se pueden desdeñar las informaciones clásicas en este sentido». Vid. s.v. *«benignitas (benigne, benignius)»*, en *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer S.L., 2005, p. 132.

50. Vid. autores citados por KOUWENBERG, op. cit., p, 275, nota 5. En opinión de Grosso, cit., pág. 153, la enunciación contenida en el texto no sería extraña al pensamiento clásico.

51. Vid. *supra*, nota 46.

52. GIRARD, op. cit., p. 200, nota 2; KOUWENBERG, op. cit., p. 278. En sentido contrario se pronuncia CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano clásico*, Salamanca, 1968, p. 49, nota 122, considerando que la responsabilidad por evicción del copropietario se debía a la falta del *habere licere* sobre la cosa.

del Digesto en los que se vienen abordando problemas similares se podría encontrar un cierto sentido al mismo.

En D. 8.3.11 resulta claro que Celso se está ocupando de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio. El jurista parece estar planteando, frente al supuesto general en el que la constitución se realizaría en un mismo y único acto por todos los condóminos, la hipótesis particular, que puede que se diese en la práctica de forma habitual, como se aprecia en éste y otros fragmentos, que se produciría cuando los actos tendentes a la imposición de la servidumbre se realizasen también por todos los condóminos, pero de forma separada, en momentos distintos, reflejándose posiblemente en el texto las dos soluciones que se podrían dar al respecto: la tradicional, en sentido negativo, siguiendo los postulados del *ius civile,* y la positiva, por la que parece inclinarse, analizando las condiciones que serían, necesarias para entender válidamente establecido el servicio, así como los efectos del acto realizado individualmente por cada condómino[53].

Nos inclinamos a pensar que cuando el jurista clásico, al inicio del texto, hace referencia a la posibilidad de llevar a cabo la imposición separada de la servidumbre, quizá estuviese contemplando la situación y los efectos que se producían cuando cada condómino, actuando de manera particular, por supuesto de forma incorrecta según el *ius civile*, realizase una *mancipatio* o una *in iure cessio* del derecho entero, como si fuese único propietario de la totalidad del predio y no una *mancipatio* o *in iure cessio pro parte*, dado que ésta sería imposible, como reiterada y resueltamente habían enunciado los clásicos y aparece documentada en numerosos fragmentos[54].

La situación aludida, que se encuentra contemplada en D.8.3.11, puede que no resultase extraña en la práctica habitual, puesto que también se recoge en otro texto, D. 21.2.10, perteneciente al mismo Celso, relativo en este caso a la venta de una servidumbre sobre un predio común, complementada con un acto formal, en el que el jurista se ocupa del supuesto en el que un condómino pretende vender el derecho entero como si fuese único propietario del predio, arrogándose, por tanto, una atribución que excedía de su capacidad de disposición.

Así, pues, cabe pensar que en D.8.3.11 se aludiese al supuesto en que el condómino, ante el pretor o los testigos, se presentase como único propietario de la finca sobre la que se pretendía imponer el servicio, realizando una *in iure cessio servitutis* o una *mancipatio servitutis*, en calidad de tal.

En principio, parece perfectamente admisible esta hipótesis, puesto que ni el pretor ni los testigos tenían por qué conocer la situación del fundo (en condominio) ni la imposibilidad de realizar el acto, derivada en tal circunstancia del régimen establecido para los actos de disposición jurídica realizados por los condóminos sobre la cosa común.

El condómino podría actuar de forma dolosa, ocultando su condición al tercero con el que realizaba la *mancipatio* o la *in iure cessio* dirigida a la imposición de la servidumbre, aunque no se puede excluir que aquél también le pusiese de manifiesto su carácter de

53. Cfr. KOUWENBERG, op. cit., p. 276 y 295.

54. Algunos autores, ante la imposibilidad señalada de realizar una mancipatio o in iure cesio pro parte, han pretendido salvar la dicción contenida en D. 8.3.11, indicando que habría sido suprimido un non al inicio del texto. En este caso, según Maschi, op. cit., aceptando dicha adición, perdería sentido la última parte de aquél, puesto que si se entiende que la servidumbre constituida por un solo condómino es ineficaz, no se comprende como éste pueda oponerse al ejercicio de la misma.

copropietario en la creencia de que los demás condóminos, enterándose con posterioridad, estuviesen de acuerdo. En la segunda frase de D. 8.3.11, Celso señala que si todos cumplían a su vez con el tercero los actos formales tendentes a la constitución del derecho, aun de forma separada, como lo hizo el primero, con la última *mancipatio* o *in iure cessio* realizada se confirmarían las precedentes, considerando entonces válidamente establecido el derecho sobre el fundo en condominio[55].

En otro texto de Paulo, D. 8.4.18, también bastante discutido, este jurista se ocupa, pero con mayor detalle, de la constitución de la servidumbre sobre fundo en condominio mediante actos realizados en momentos distintos.

Así, D. 8.4.18:

(Paulo: lib. *primo*, *Manualium*):

Receptum est ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant [*vel a.dquirant*], *ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere* [*vel alio modo partem suam alienaverit*], *post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat.* [*idem iuris est et si uní ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit*]. *ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possint, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest* [*uni vel*] *unus cedere, idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes: nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.*

Al inicio del fragmento se vuelve a señalar, al igual que ocurría en D. 8.3.11, la posibilidad de llevar a cabo *in iure cessiones* del derecho, de forma separada. En este caso, como en el anterior, suponemos que el jurista se estaría refiriendo a los actos realizados por cada uno de los condóminos, no *pro parte*, sino por la totalidad, por el derecho entero; dichos actos serían realizados de manera incorrecta, pero se les dotaría de una cierta eficacia al establecerse, de forma explícita, la ficción de entender constituida la servidumbre en el momento en que el último condómino cumpliese el acto de constitución, como si todos los actos formales realizados de manera sucesiva hubiesen tenido lugar a la vez, en aquel momento y no con efectos retroactivos[56].

También en D. 8.4.18 se establecen los requisitos para poder aplicar esta ficción, indicándose la necesidad de que en el tiempo intermedio entre la realización del primero y el último acto constitutivo no se produjese algún hecho o acto jurídico que afectase a la relación que ligaba con el fundo al condómino o condóminos que habían cumplido la *in iure cessio servitutis*, como la muerte o enajenación de la respectiva cuota, mantenién-

55. SCIALOJA, T*eoria della proprietà nel Diritto romano*, I (1928), p. 465-471; BIONDI, op. cit., p. 162. Sin embargo, MASCHI, op. cit., p. 304 y ss., niega esta posibilidad para el derecho clásico.

56. MASCHI, op. cit., p. 304 y ss., aunque admite una cierta eficacia para la constitución parcial realizada por un solo condómino, considera justinianea la posibilidad contenida en el texto de entender convalidada la servidumbre después del último acto de constitución, introduciendo en la frase *imponant vel adquirant* dos neques.

dose, por tanto, inalterada la situación inicial respectó a los precedentes actos constitutivos, ya que, en caso contrario, *nihil agitur*, es decir, no tendría lugar la convalidación correspondiente, la servidumbre no se constituiría y todos deberían de ceder de nuevo[57].

Parece significativo que se señale al final del texto que el mismo régimen sea de plicación a otros dos supuestos en los que también se excluye la simultaneidad, en este caso, de forma necesaria, como eran: por una parte, el supuesto en que la constitución se realizase por un condómino mediante *in iure cessio*, mientras que otro lo hiciese mediante legado; y, por otra parte, cuando cada condómino realizase la constitución de la misma servidumbre mediante legado en testamentos separados[58]. Esta circunstancia, reflejada expresamente en los textos, induce a suponer la existencia de una cierta preocupación por regular todos aquellos supuestos que, como ya se ha dicho, previsiblemente se diesen en la práctica habitual, en los que la constitución de la servidumbre sobre fundo en condominio no se realizase de forma simultánea, como exigía el *ius civile*, sino mediante actos separados, en momentos distintos, por todos los condóminos, o bien por necesidad, o, en su caso, por un mero deseo de las partes.

Por lo que se refiere a la relación que intercede entre el condómino o los condóminos que han realizado el acto de constitución y el tercero, en tanto los demás no cumplan las correspondientes *mancipationes* o *in iure cessiones* en orden a la imposición de la servidumbre sobre el fundo común, parece que se podrían distinguir varias situaciones, atendiendo a la actuación de buena o mala fe por parte del constituyente, en el sentido de poner de manifiesto u ocultar al tercero su condición de copropietario, o, lo que es lo mismo, de señalarle o no la circunstancia del fundo sobre el que pretende establecer el servicio: predio en condominio. En cualquier caso, el condómino o condóminos constituyentes no podrían, como se indica en la frase final de D. 8.3.11, donde se señala el efecto práctico del acto realizado aisladamente, impedir o vetar, en tanto los demás no concluyesen los correspondientes actos tendentes a la constitución del derecho, que el tercero ejercitase los actos relativos al servicio pretendido, que se concretarían en un *usus servitutis*.

a) Supongamos, en primer lugar, que condómino y tercero, advertido éste de la condición de copropietario de aquél y de la circunstancia del fundo (en condominio), acudiesen ante el pretor con la finalidad de realizar una *in iure cesio* de la *servitus* que se pretendía imponer, en la creencia de que los demás condóminos consentirían posteriormente. En este caso, el pretor, realizado el acto, dado que no tenía por qué conocer la situación en que se encontraba dicho fundo, pronunciaría una *addictio servitutis* a favor del tercero.

Si éste pretendiese ejercitar en un momento posterior el servicio y los demás condóminos no se lo permitiesen, impidiéndoselo mediante la acción negatoria, al no ratificar el acto concluido por el condómino precedente, el fundo se declararía libre, puesto que a través de la *in iure cessio*, como acto derivativo, únicamente se adquiriría la servi-

57. Cfr. SCIALOJA, op. cit., p. 474; BIONDI, op. cit., p. 162.

58. Respecto a esta última posibilidad, BIONDI, op. cit., p. 163, señala que el *pariter* se debe entender no en sentido de «simultáneamente», sino como «igualmente», y *diversis temporibus*, con una cierta discrecionalidad: es necesario que la herencia sea aceptada por todos y que entre las particulares adiciones pueda mediar un espacio de tiempo tal que se puedan considerar casi como un único acto.

dumbre en tanto la constituyesen todos los propietarios del fundo. En este supuesto, como en todos aquellos en los que los no concedentes mostrasen su oposición, el acto realizado por un solo condómino no produciría ninguna consecuencia respecto a los no intervinientes, que podrían perfectamente mostrar su oposición ejercitando los remedios procesales correspondientes, consiguiendo la declaración de libertad del fundo, frente a las situaciones derivadas del antiguo consorcio, en las que los efectos del acto realizado por un solo consorte serían plenos, vinculando a todos los demás.

No obstante, cabe suponer que el tercero, siendo consciente de la situación del fundo y de la condición de condómino de aquel con el que realiza el acto, únicamente pudiese exigirle una responsabilidad, siempre dentro del ámbito obligacional, en la medida en que el condómino se hubiese comprometido, con anterioridad a la celebración de la *mancipatio* o *in iure cessio* correspondiente, a conseguir, sin lograrlo, la anuencia de los demás copropietarios del fundo en condominio respecto a la imposición de la servidumbre.

b) Frente a esta situación, en que el condómino actuante lo hace de buena fe, encontraríamos la que se produce cuando no manifiesta al tercero su condición y actúa ocultándole la circunstancia específica del fundo sobre el que pretende imponer la servidumbre. En este supuesto, al igual que en el anterior, el pretor, realizada la *vindicatio* de la servidumbre que se pretendía imponer, pronunciaría la correspondiente *addictio* a favor del tercero. Si éste, creyendo válidamente constituida la servidumbre, pretendiese ejercitarla, cabría distinguir si la oposición a ese ejercicio se manifestase por parte de los condóminos que no habían intervenido, o por parte del actuante.

b.1) En el primer caso, si el tercero pretendiese servirse de la *confessoria*, ésta no prosperaría frente a cualquiera de los no intervinientes, y el pretor declararía el fundo libre de cargas. El mismo efecto se produciría si cualquiera de aquéllos, tomando la iniciativa, ejercitase la *negatoria* frente al tercero.

No obstante, no es de excluir que, en ambos supuestos, el perjudicado, posiblemente, pudiese dirigirse contra el condómino actuante, ejercitando, con carácter subsidiario, a falta de cualquier otro remedio procesal, una *actio doli*, concedida al efecto por el pretor para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido[59].

b.2) En el segundo caso se establece expresamente en la última frase de D. 8.3.11, como ya se ha indicado, que el condómino que realizó la *mancipatio* o *in iure cessio* con el tercero, no pudiese impedir que éste ejercitase las actividades relativas al servicio pretendido antes de que los demás concluyesen los correspondientes actos tendentes a la constitución del derecho.

Es previsible que este efecto práctico se consiguiese mediante la intervención del pretor[60], que podría conceder al tercero una *vindicatio servitutis utilis*[61] contra el condómino actuante en caso de que aquél tomase la iniciativa, o bien una *exceptio doli* o *pacti* cuando fuese el condómino actuante el que, de forma dolosa, pretendiese impedir,

59. Sobre esta acción, vid. ALBANESE, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en *Annali Palermo*, 28 (1961), p. 1 y ss.; GUARINO, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en Labeo, 9 (1963), p. 42 y ss.; WACKE, «Zum "*dolus*"». Begriff der «*actio de dolo*»", en *RIDA*, 27 (1980), p. 349 y ss.

60. Así lo entienden MASCHI, op. cit., p. 300; BIONDI, op. cit., p. 163. Cfr., en sentido contrario, GROSSO, op. cit., p. 153; SOLAZZI, op. cit., p. 70.

61. A la concesión de interdictos y acciones útiles referidas a las servidumbres se alude, por ejemplo, en D. 8.6.25.

mediante la interposición de la *negatoria*, el ejercicio del servicio acordado. La interposición de esta acción (*negatoria*) por parte del condómino actuante no creemos que excluyese la posibilidad de su ejercicio, como parecen suponer algunos autores, por parte de los no concedentes, puesto que la servidumbre únicamente se entendería adquirida o válidamente constituida mediante *in iure cessio*, y, por tanto, el ejercicio de la acción por parte de un condómino excluiría el de los demás sólo cuando interviniesen todos los propietarios del predio en condominio, por tratarse de un acto derivativo, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, en el que no se puede hablar todavía propiamente de servidumbre[62].

En resumen, de la lectura de los textos parece que se puede concluir que, para un sector de la jurisprudencia clásica, el acto realizado entre condómino y tercero tendría una cierta eficacia y no se consideraría completamente nulo.

Así, si se analizan los efectos que se derivan del mismo, cuando los demás condóminos no han realizado las *mancipationes* o *in iure cessiones* correspondientes, o no han mostrado aún su oposición al acto realizado aisladamente, se puede observar que, mediante la medida recogida en D. 8.3.11, y quizá también en D. 8.4.18, por la que se impide al condómino actuante (posiblemente a través del ejercicio de una *exceptio doli o pacti,* o de una *vindicatio servitutis utilis*) que vete al tercero la realización de las actividades contenidas en el servicio que se pretendía imponer, se está concediendo una eficacia al acto celebrado entre el condómino y el tercero, salvaguardando, con carácter preventivo, sus expectativas respecto a la posible constitución regular y válida del derecho, a la espera de que intervengan todos los demás.

Si tenemos en cuenta esta medida, que aparece claramente expresada en la frase final de D. 8.3.11, no resulta muy lógico suponer, como hacen algunos autores, que, en el espacio de tiempo que media desde el momento en que el condómino realiza el acto con el tercero hasta que todos los demás concluyen los actos tendentes a la imposición de la servidumbre, pueda el actuante volverse atrás, en tanto en cuanto siga siendo condómino, negando lo realizado[63].

Por otra parte, si se toma en consideración lo que ocurre cuando los demás condóminos muestran abiertamente su oposición al acto concluido aisladamente, se puede pensar que éste tampoco sería nulo y que también presentaría una cierta eficacia, meramente obligatoria o *inter partes*, pudiendo el tercero pedir al actuante una responsabilidad derivada de la actitud dolosa de aquél, quizá exigible mediante una *actio doli,* en el supuesto de que no existiese cualquier otro remedio de carácter pretorio. En este caso, el demandado no cometería dolo porque hiciese valer la nulidad del acto, sino porque, al ir en contra de lo actuado, se estaría comportando contrariamente a cuanto se había comprometido, negando un acto propio[64].

62. Según MASCHI, op. cit, p. 301, si el constituyente ejercitase la negatoria y fuese rechazado mediante la *exceptio doli o pacti*, los otros condóminos no habrían podido ejercitar dicha acción, por lo que supone que contra la *exceptio rei iudicatae* opuesta por el cesionario habría sido posible una *replicatio doli*, con la consecuencia ultima que se dotaría de eficacia a la constitución de la servidumbre sólo respecto al constituyente, pero no de los otros condóminos.

63. Cfr., en sentido contrario, SEGRE, op. cit., p. 97 y ss.

64. BIONDI, op. cit., p. 165, nota 1; BONFANTE, op. cit., p. 16. Como ya se ha indicado *supra*, la doctrina civil moderna ha creído poder encontrar en una serie de decisiones fragmentarias y particulares, elaboradas por la jurisprudencia romana,

Esta eficacia obligatoria quedaría plenamente demostrada por lo que se señala en otro texto, D, 21.2.10, al igual que D. 8.3.11, de Celso.

En D. 21.2.10 se puede leer:

(Celso: lib. *vicensimo septimo*, *Digestorum*):

Si quis per fundum quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine [ceteris non cedentibus].

En este texto se prevé el supuesto del condómino que, actuando de mala fe, «*ius eundi agendi vendiderit et cesserit*»[65], como si fuese único propietario del predio en condominio. El jurista resuelve que si los restantes condóminos no cumpliesen los actos correspondientes, establecidos al efecto para entender válidamente constituido el derecho, el tercero podría exigir al constituyente la correspondiente responsabilidad por evicción, derivada de la venta «defectuosa» del servicio, mediante la *actio empti*[66].

Parece que también en D. 21.2.10, al igual que ocurre en D. 8.3.11, el jurista Celso está señalando, en este caso implícitamente, una eficacia, en cierto sentido real y limitada, para el acto cumplido entre el condómino y el tercero, que se podría deducir al condicionar la exigencia de responsabilidad obligacional por parte del actuante sólo en el supuesto de que los demás condóminos se negasen a cumplir los actos formales requeridos para entender válidamente constituida la servidumbre.

En definitiva, parece que se podría apreciar una eficacia, que en cierto sentido sería real y limitada, en el acto realizado aisladamente, que se concretaría en la imposibilidad de vetar el *usus iuris* al tercero por el condómino actuante en tanto los demás no se pronunciasen al respecto, y que estaría, por consiguiente, supeditada a la actuación de los otros condóminos. Si éstos realizasen las *mancipationes* o *in iure cessiones* correspondientes, o no contestasen las pretensiones del tercero, se entendería válidamente constituido el derecho, es decir, posiblemente, los efectos reales, de limitados pasarían a ser plenos; si, por el contrario, cualquiera de los condóminos restantes mostrase su oposición al acto concluido entre el actuante y el tercero, la servidumbre no se establecería, perdiéndose esa eficacia, en cierto sentido real y limitada que, con carácter preventivo, derivaba temporalmente del acto celebrado, concretándose entonces la responsabilidad obligacional exigible por el tercero al condómino constituyente, pudiéndose hablar por ello de eficacia obligatoria o *inter partes*.

entre las que se encontraría como uno de los puntos clave el texto de Celso D. 8.3.11, la raíz última, el fundamento y justificación de la regla «adversus factum suum quis venire non potest». Cfr., al respecto, por todos, con bibliografía, Diez-Picazo, op. cit. p. 90 y 94 y ss.

65. Existe una divergencia doctrinal respecto al acto que se contemplaba en el texto. Así, mientras que algunos autores piensan que Celso estaría haciendo referencia a la *mancipatio*, para otros se trataría de la *iure cessio*. Para esta cuestión, vid. *supra*, nota 50.

66. Otro caso de responsabilidad por evicción referida a la venta de servidumbres se encuentra recogido en D. 21.2.46.1. En este caso, el acto exigido para que se entendiese válidamente constituida la servidumbre se habría realizado, pero erróneamente, al constituir el servicio sobre un fundo distinto del que pertenecía al constituyente. Para la extensión de la *actio empti* a la compra de servidumbre, vid. RICCOBONO, «Traditio ficta», en *ZSS*, 34 (1913), p.252.

Derecho postclásico y justinianeo

La concepción clásica del condominio romano, asentada sobre el criterio de la *pars pro indiviso* y la consideración de las servidumbres como derechos indivisibles, se siguió manteniendo sustancialmente con posterioridad. No obstante, la introducción de nuevos factores haría que los juristas bizantinos disipasen las posibles dudas que, reflejadas en los textos, se plantearon los jurisconsultos clásicos respecto a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio por actos realizados aisladamente y de forma sucesiva, admitiéndola como normal, frente al carácter, quizá excepcional, que tal medida presentaría en época clásica.

Es de suponer que, a tal efecto, contribuyese, en gran parte, desaparecida la distinción entre fundos provinciales e itálicos, la caída en desuso, en la práctica posclásica y posterior sustitución en época bizantina, de la *mancipatio* e *in iure cessio* por la *pactio et stipulatio,* que quizá ya habría sido extendida del ámbito de los fundos provinciales al de los fundos itálicos en el período clásico, debido a su simplicidad en cuanto a la forma y las ventajas que presentaba frente a los modos formales, menos ágiles y más arcaicos[67]. De esta manera, al establecerse en época bizantina la *stipulatto* como modo general de constitución de las servidumbres, se potenciaría su proceso de desarrollo, considerándolas como derechos genéricos de goce sobre cosa ajena, frente a la antigua concepción civil, como servicios permanentes de un fundo a favor de otro. Esta diferencia de estructura, que ya aparece esbozada en el ámbito del derecho pretorio, y que Justiniano se limita a generalizar a todas las servidumbres, por su tendencia a uniformar el régimen jurídico de la institución, unificando el ordenamiento civil y pretorio, hace que el régimen aplicable derivado de la misma sea también distinto[68].

Así, por lo que a la imposición de servidumbres sobre fundo en condominio se refiere, concebida como servicio permanente, la servidumbre no puede existir válidamente para el *ius civile* sino cuando todos los condóminos la constituyen contemporáneamente, siendo inconcebible una servidumbre parcial; mientras que si se considera como derecho genérico de goce sobre cosa ajena, se puede admitir perfectamente una eficacia vinculante para el condómino promitente, impidiéndole oponerse al ejercicio de la facultad prometida hasta que no interviniese el consentimiento por parte de los demás condóminos, produciéndose entonces, a partir de ese momento, los efectos reales deseados.

La eficacia que se puede deducir de los textos analizados, relativos a la imposición, que se concretaba en la tutela del cesionario frente al cedente que pretendiese ejercitar la *negatoria*, posiblemente derivaría de la aplicación de un remedio pretorio en época clásica, mientras que en el periodo bizantino se encuadraría dentro de la *benignitas*, del *ius aequum*, entendiendo que la conducta seguida por el cedente sería contraria a la equidad e irreconciliable con la *bona fides*.

De todo lo hasta aquí expuesto se puede concluir señalando que, quizá como derivación del régimen establecido en el antiguo *consortium*, en el que cada consorte podía realizar de forma válida y con eficacia plena la constitución de los servicios, que en un

67. Biondi, op. cit., p. 257-262. Para las estipulaciones de servidumbres prediales, vid., SOLAZZI, «Stipulazioni di servitù prediali», en *IVRA*, 5 (1954), p. 126 y ss.

68. BIONDI, op. cit., p. 259 y ss. y 263.

momento posterior tuvieron la consideración de servidumbres, sobre o a favor del predio común, cabe suponer que en derecho clásico -aun variándose sustancialmente el régimen relativo a las situaciones de copropiedad con la introducción del principio parciario, que imposibilitaría, junto con la concepción de indivisibles de éstas, el cumplimiento de cualquier acto jurídico que significase la alteración o modificación del derecho de los demás copartícipes, como sería la constitución de servidumbres- algunos juristas, como Celso o Paulo, admitiesen la posibilidad de lograr válidamente la imposición o adquisición de servidumbres sobre fundo común por actos separados de los condóminos, otorgando, por tanto, una cierta eficacia a los actos considerados individualmente.

Es previsible que a la solución apuntada se llegase mediante la extensión analógica del régimen de derecho pretorio, aplicable en el ámbito de los fundos provinciales, a los fundos itálicos, por ser mucho más flexible que el establecido para los institutos civiles (*mancipatio* o *in iure cessio*)[69].

Finalmente, con la consideración de las servidumbres como derechos genéricos de goce sobre cosa ajena y la introducción de nuevos elementos en la concepción romana del condominio[70], se establecería definitivamente la posibilidad de constituir servidumbres sobre fundo en condominio por actos separados realizados por los condóminos[71].

El Derecho Romano, en resumen, nos transmitió en materia de constitución de servidumbres sobre fundo en condominio una serie de principios que, como tendremos ocasión de analizar, fueron seguidos en parte por nuestro Código civil y que aparecen reflejados en gran medida y por lo que aquí interesa en el artículo 597.

Dichos principios son los siguientes: 1) Para la constitución de una servidumbre activa o pasiva respecto a un fundo común es necesaria la voluntad de todos los condóminos, que puede manifestarse tanto conjunta como separadamente; 2) La constitución por parte de un solo condómino es nula porque la servidumbre no puede surgir *pro parte*, o

69. BIONDI, op. cit., p. 165, 259 y ss. Respecto a la adquisición mediante *deductio*, que se mantendría como modo de constitución de las servidumbres en el derecho justinianeo, con la sustitución de la *mancipatio* e *in iure cessio* por la *traditio*, como acto traslativo de la propiedad que suponía la simple entrega de la cosa, también podrían haber desaparecido las dificultades que se habían planteado los clásicos para admitir la posibilidad del establecimiento de servidumbres, en este caso a favor del fundo común, mediante actos realizados por los condóminos de forma separada y sucesiva.

70. Vid. D'ORS, *Derecho privado romano* (1986), p. 242.

71. El régimen señalado para las servidumbres encontraría un paralelo en la regulación seguida en Derecho Romano respecto a otro supuesto similar: la *manumissio* del *servus communis* Para esta cuestión, vid. BRETONE. "*Servus communis*". *Contributo alla storia della coproprietà romana in età classica*, (1958), p. 140 y ss. Según LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali* (1962), p. 64-67, en el antiguo *consortium*, cada consorte podría perfectamente, por sí solo, manumitir al siervo común, haciendo adquirir el derecho de patronato a todos los demás. En época clásica, aun considerando que la manumisión cumplida por un solo condómino era en principio nula y que el manumisor perdía su cuota, que acrecía a los demás comuneros que no la habían realizado, se admitió la posibilidad de conceder la libertad al siervo mediante actos sucesivos realizados de forma separada por los condóminos, entendiendo que con el último de los cumplidos, al convertirse el comunero que lo realiza en virtud del ius *adcrescendi* en propietario exclusivo, el esclavo quedaría plenamente liberado. Por último, en derecho justinianeo, con la introducción del *favor libertatis* en sentido cristiano, la regulación se asemejaría a la de la época antigua, al establecerse la plena validez de la manumisión cumplida por un solo condómino, obligando a los que no la habían realizado a consentir forzosamente la liberación del esclavo, en tanto recibiesen la cantidad correspondiente que compensase su cuota de condominio.

sea, por la cuota de condominio del constituyente; 3) En el caso de constitución sucesiva, la servidumbre se considera constituida sólo si el último de los condóminos ha prestado su consentimiento; 4) En el ínterin, el constituyente no puede impedir el ejercicio de la servidumbre concedida: está obligado a tolerar dicho ejercicio. A la nulidad de la constitución esgrimida por el demandado[72], el actor opone el acuerdo tenido precedentemente, que, aunque es ineficaz para los fines de la constitución de la servidumbre, despliega todo su valor en las relaciones entre las partes. Que tuviese eficacia en relación con terceros estaba excluido, ya que el pacto, por principio general, podía vincular solamente a las partes[73]. Probablemente, como ya hemos indicado anteriormente, el concesionario, además de una *exceptio doli* o *pacti* cuando fuese el condómino actuante el que, de forma dolosa, pretendiese impedir mediante la interposición de la *negatoria* el ejercicio del servicio acordado, dispondría también de una *vindicatio seritutis utilis* contra el condómino actuante en caso de que aquél fuese el que tomase la iniciativa procesal.

Por lo que se refiere al último de los principios indicados (imposibilidad por parte del condómino concedente de impedir el ejercicio del derecho concedido), del examen de las diferentes decisiones romanas, fragmentarias y particulares, contenidas en algunos textos romanos, entre los que se encuentra D. 8.3.11, que más tarde serán consideradas como fundamento y justificación de la inadmisibilidad de la regla «*venire contra factum proprium*», Díez Picazo[74] obtiene las siguientes conclusiones: «1º) La regla según la cual "nadie puede venir contra sus propios actos" no había sido formulada en el Derecho Romano, pero es evidente que el Derecho Romano suministró los materiales necesarios para su posterior formulación. El Derecho Romano nos presenta únicamente una serie de textos fragmentarios y de casos concretos, en los cuales cabe pensar que latiera la idea que nos ocupa; 2º) En todos los casos estudiados o, por lo menos, en los más genuinos, la idea fundamental consiste en impedir un resultado, conforme al estricto Derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe. De aquí que el parentesco de nuestra idea con la "*exceptio doli*" sea muy estrecho; 3º) El mecanismo utilizado para sancionar la inadmisibilidad de este resultado consiste en otorgar una "*exceptio*" frente a una "*actio*" civilmente fundada o en conceder una "*replicatio*" frente a una "*exceptio*" civilmente fundada.»

72. Cabe recordar que el ejercicio de la acción negatoria, resulta perfectamente posible por parte del copropietario concedente contra el concesionario en base al ius civile, puesto que la declaración de concesión por parte del copropietario concedente no determina de forma efectiva el nacimiento del derecho real hasta que la realicen todos los demás.

73. Vid. BIONDI, *Las servidumbres* (traducción al español de la edición original italiana de *Le servitú*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1967) con anotaciones de Derecho común y foral por J.M. González Porras, Madrid, Edersa, 1978, p. 324 y s.

74. DÍEZ- PICAZO, op. cit., p. 106.

Breve referencia a las interpretaciones posteriores formuladas por los glosadores y comentaristas relativas a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio por actos realizados por los condóminos de forma separada y sucesiva partiendo de los textos romanos

Glosadores y comentaristas realizaron con posterioridad una interpretación de D. 8.3.11 y D.8.4.18, estableciendo las siguientes conclusiones75, que nos limitamos a resumir concisamente, para no alargar excesivamente esta exposición y por razones de espacio.

Por lo que se refiere a los autores de la Glosa, serían las siguientes:

- Sobre la base de D. 8.4.18, se afirma que para adquirir una servidumbre sobre un predio perteneciente a una pluralidad de sujetos, es necesario que todos la cedan.

- El acto realizado por uno solo de los condóminos «non valet».

- Se admite, sin embargo, que los diversos condóminos realicen la cesión de la servidumbre en momentos sucesivos, de manera que, como señalaba Acursio, «*ultima cessione, priores cessiones confirmantur*».

- En tal supuesto, mientras los demás no cedan, el cedente no puede prohibir el uso del derecho a quien pretende adquirirlo, ya que «*contra suam factum venire non possit*».

- La imposición de la servidumbre, cuando se realice por los diversos copropietarios en momentos sucesivos, se entiende que se produce cuando tenga lugar la última concesión, que confirma las anteriores (introduciéndose la ficción de que los efectos del primer acto de cesión se producen cuando tiene lugar el último). La última imposición confirma las anteriores que, entretanto, permanecen en situación de pendencia.

- Al acto de cesión se le atribuye un carácter personalísimo, puesto que quien herede, o en su caso, quien compre la parte indivisa de quien ya había impuesto el gravamen, lo imponga también.

- Por lo que se refiere a la situación de «pendencia», la misma se aplicaría solo a los actos de imposición o adquisición de servidumbres que se realizasen *inter vivos*, señalándose en cuanto a los actos *mortis causa* que el legado de servidumbre solo es eficaz si todos los comuneros legan a la vez y la herencia es aceptada simultáneamente por todos los herederos.

En cuanto a la interpretación de los comentaristas, cabe destacar que:

- Por lo que se refiere a la exigencia del consentimiento unánime para llevar a cabo la válida constitución de la servidumbre, Bártolo justifica la misma en base a su indivisibilidad, que determina que no se pueda imponer ni adquirir por partes. A esta razón añade Paulo de Castro en cuanto a los supuestos de imposición la del carácter perjudicial que supone el gravamen.

- Al igual que los glosadores, los comentaristas admiten que la voluntad común también se puede formar mediante actos sucesivos de cesión, pero los efectos reales solo se producen en el momento en que tenga lugar el último, por entender que la retroacción se fundamenta en última instancia en la equidad y ésta no sería de aplicación en el su-

75. Tomamos como referencia, una vez más, a ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 30 y ss.

puesto de la concesión sucesiva.

- En contra de la opinión de los glosadores, los comentaristas consideran que, si bien uno solo de los condóminos no puede imponer ni adquirir la servidumbre sobre el fundo común, el acto realizado individualmente por el constituyente no es nulo. Según Bártolo, se trata de un acto que no transmite el derecho real, pero que determina el nacimiento de un vínculo de naturaleza personal entre el concedente y el concesionario, cuyo fundamento se encuentra en la máxima según la cual «*...contra factum suum venire non potest*». Precisamente, esa atribución de efectos personales (no reales) al acto individual de concesión o adquisición realizado por el concedente es lo que permite afirmar según Bártolo que no se trata de un acto nulo, frente al planteamiento de los glosadores.

- Hasta que los demás condóminos no concedentes no realicen la cesión, los efectos reales de los actos de cesión realizados por los que sí han cedido quedan en situación de pendencia. El derecho sólo surgirá cuando ceda el último, cuya concesión según se dice, confirma las precedentes.

- En caso de que durante el tiempo de la pendencia se produzca algún cambio en las personas que integran la comunidad (por enajenación de la cuota o fallecimiento de alguno de los concedentes) los comentaristas analizan tres posibles supuestos atendiendo a la eficacia real y personal del acto de cesión y dependiendo de la forma en que la misma hubiese tenido lugar: solo mediante actos *inter vivos*; mediante actos *inter vivos* y *mortis causa*; o solo mediante actos *mortis causa*.

Sucinto repaso de los precedentes del art. 597 en el derecho histórico español y su introducción en el código civil

La ley 10, 31, 3 de las partidas

Dentro del Derecho histórico patrio encontramos un posible precedente del art. 597 del C.c. español en las Leyes de Partidas.

En la Ley 10, Título 31, de la Partida Tercera[76], se establecía: «*Ley 10. Como todos los señores de los edificios e de las heredades deven otorgar la Servidumbre.*

Los señores de los edificios o de las heredades, pueden poner cada uno dellos servidumbre a su edificio, o a su heredad, pero si muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deven otorgar quando la ponen. E si por auentura la otorgasen algunos, e non todos, aquellos que la pusiesen non la pueden después contrastar que non la aya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradezir cada uno dellos, tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si después desso la quisiesen otorgar, e consentir aquellos que la contradizen, valdría también como si la ouiessen de primero otorgado todos de so uno.»

76. Según DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 94, nota 27, «la disposición del Código (está refiriéndose al art. 597 del C.c. español) procede directamente de las Partidas (en referencia a la indicada Partida. 3.31.10)».

Como se puede comprobar, en el texto transcrito, en el que se trata exclusivamente de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio, es decir, de imposición de servidumbre (al igual que se hace en el art. 597 del C.c.), y no, también y además, de adquisición a favor del mismo (como hicieron los juristas romanos y los autores del *ius commune*), se prescribe que dicha imposición, en principio, requiere el consentimiento de todos los condóminos. No obstante, también se admite que los condóminos puedan prestar su consentimiento por separado mediante actos individuales de concesión, indicándose en tal caso que «*aquellos que la pusiesen non la pueden después contrastar que non la aya aquel a quien la otorgaron*.»[77]

Sin embargo, los condóminos que no quisieron otorgar la servidumbre podrían «contradecirla»[78], pero sólo mientras no la otorgasen y consintiesen, considerándose que una vez otorgada y consentida «valdría también como si la ouiessen de primero otorgado todos de so uno». Con el otorgamiento realizado por uno o varios condóminos, y mientras no la otorgasen y consintiesen todos los demás, quedaría en suspenso la constitución otorgada por actos *inter vivos*, pero no por actos *mortis causa*[79].

Preceptos relativos a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio en los diversos proyectos de código civil español y del código rural

En el artículo 797 del Proyecto de Código civil de 1836[80] se establecía en cuanto a la cuestión relativa a la constitución voluntaria de servidumbres sobre fundo en condominio que:

«Si la finca fuere de varios dueños, todos deben consentir en la constitución de la servidumbre, y ésta no tendrá efecto si la resistiere alguno. Tampoco se puede, sin el mismo consentimiento, libertar de servidumbre la finca sujeta a ella en beneficio de la heredad común.»

El consentimiento de todos los copropietarios se presentaba en el artículo, por tanto, como requisito de eficacia («no tendrá efecto», se dice) del contrato (en el que se con-

77. Precisamente en relación a esta última frase, Gregorio López, en su glosa a dicha Ley 10, Título 31, Partida Tercera, partiendo de la obra de los glosadores y comentaristas, añadía, siguiendo lo indicado en D. 8.4.18, que «si los primeros que consintieron, han dejado de existir, o enagenaron las porciones que les correspondían, antes del consentimiento de los últimos, deberán en este caso prestarlo los nuevos socios, ó herederos de los difuntos», puesto que «de lo contrario sería de ningún valor» Tomamos la cita de ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 56.

78. Respecto al término «contradezir», Gregorio López se remite a la obra de Alberico de Rosate, que, fundamentándose en la doctrina de los propios actos, indicaba, al igual que la generalidad de los comentaristas, que el copropietario que imponía una servidumbre sobre el fundo común no podía impedir posteriormente su ejercicio, mientras que los no otorgantes sí. Vid ZAHINO RUIZ, op. cit., loc. cit.

79. La justificación que aduce respecto a este último caso Gregorio López se concreta en la circunstancia de que «la disposición del testador y dominio de los bienes no podían estar pendientes de un acontecimiento incierto», citado por ZAHINO RUIZ, op. cit., loc. cit. Compárese lo indicado con lo que se señala en D.8.4.18 *in fine*.

80. En cuanto al indicado Proyecto de Código Civil español de 1836, vid. la muy amplia y exhaustiva información proporcionada por LASSO GAITE, en su *Crónica de la Codificación española, 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código)* vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1970, p. 97 y ss., y vol. II, 89 y ss.

cretaría la constitución voluntaria del servicio), de forma que si alguno de aquellos se opusiese a su constitución, ésta no tendría efectos. Dicho con otras palabras: la falta de consentimiento unánime por los copropietarios comportaba la ineficacia del contrato.

Nada se especificaba, sin embargo, en cuanto a la cuestión relativa a si los condóminos podían prestar su consentimiento de forma separada y, en tal caso, cuáles eran los efectos de dicha concesión en tanto los demás no consintiesen.

Avanzando en el tiempo, en el Proyecto de Código Rural, elaborado por M. Danvila y Collado y publicado en 1878[81], se señalaba:

«Si el predio pertenece a distintos condueños, todos deben intervenir en la constitución de la servidumbre, sin que el hecho de uno de ellos pueda perjudicar a los demás, y aun aquellos que otorgaron el gravamen no podrán oponerse después, si posteriormente consintieron los que faltaban.»

La consideración del carácter perjudicial de la servidumbre era la que motivaba en la norma la necesidad de que fuesen todos los condóminos los que debían de intervenir en su constitución sobre el predio común, sin que uno solo de ellos pudiese constituirla.

No obstante, también parece admitirse en el precepto la constitución realizada individualmente y en momentos sucesivos de forma individual por los distintos propietarios, considerándose que los que otorgaron el gravamen no podrían oponerse al mismo, si posteriormente consintieron los que faltaban.

Ello da a entender que, frente a lo prescrito en el art. 597 y otros textos, los condóminos otorgantes podrían oponerse al gravamen concedido individualmente tanto si los demás condóminos que faltaban no consintiesen, como también antes de que lo consintiesen todos esos condóminos que todavía no lo habían hecho.

Sin embargo, ninguna referencia se encuentra con posterioridad en relación a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio en el articulado del Proyecto de Código civil de 1851[82] (cuya regulación en materia de servidumbres voluntarias había sido tomada en gran parte del Código civil de Napoleón, en el que, por lo demás, no se regulaba el supuesto que nos ocupa), ni en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, inspirado en el citado Proyecto.

Hubo que esperar al año 1888 para que el art. 597 se introdujese en el Código civil español a propuesta del jurista José María Manresa y Navarro, como consecuencia de los acuerdos adoptados en las reuniones celebradas en los meses de abril, mayo y junio del señalado año 1888 por la Sección Civil de la Comisión de Codificación, con la finalidad de dar carácter definitivo a los Libros I y II del Código civil[83]. Fue precisamente Manresa el que articuló la ponencia relativa a las servidumbres solicitando la incorporación de dicho artículo, así como de los precedentes 595 y 596, que se incluyeron en el Capítulo III («De las servidumbres voluntarias») del Título VII («De las servidumbres»), Libro II («De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones») del Código civil[84].

81. Vid. ZAHINO RUIZ, op. cit., p.60 y ss.

82. Respecto al indicado Proyecto de Código Civil español de 1851, vid. LASSO GAITE, op. cit., vol. I, p. 151 y ss., y vol. II, 351 y ss.

83. Vid. LASSO GAITE, op. cit., vol I, p. 421.

84. LASSO GAITE, op. cit., vol I, p. 408.

Características de la regulación relativa a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio contenida en el art. 597. C.C.

La introducción del artículo 597 en el Código civil español se realizó tomando parcialmente como referencia el art. 636 del Código civil italiano de 1865[85], en el que se establecía:

«*La servitú, concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso, no vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anche essi concessa unitamente o separatamente.*

Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sintanto che sia seguita quella dell'ultimo.

La concessione però fatta da uno dei compropietari, independentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso.»

Se ha señalado que dicho artículo recoge el planteamiento realizado en su momento por J. M. Pardessus en su «*Traité des servitudes ou services fonciers*» y la doctrina de los autores de la Escuela francesa de la Exégesis, que "desfiguraron" los principios romanos, puesto que, en contra de lo señalado en Derecho Romano, Pardessus configuró el derecho concedido por el copropietario como un verdadero derecho de servidumbre, dado que, a su entender, el concesionario se convierte en propietario absoluto del derecho de servidumbre desde el momento en que tiene lugar la concesión a consecuencia del carácter perfecto y obligatorio de la estipulación de dicho copropietario, pero sin que pudiese ejercer su derecho en perjuicio de los copropietarios que no hubieran dado su consentimiento. Dicho carácter perfecto y obligatorio de la estipulación del copropietario determina, además, que una vez establecida la servidumbre, si el copropietario concedente vende su cuota, nadie pueda discutir la existencia de la servidumbre, puesto que las servidumbres «siguen a las heredades gravadas». Así, el comprador de la parte indivisa sucede –al igual que el heredero- al copropietario concedente en la obligación, debiendo soportar la servidumbre constituida por el condómino vendedor[86].

También se ha destacado que, tanto en el derecho francés como en el italiano, se sigue el sistema consensual de adquisición y transmisión de los derechos reales, y, por ello, en estos, los derechos reales se adquieren y se transmiten *nudo consensu*, frente a lo que ocurría en Derecho Romano y ocurre en derecho español, donde el sistema seguido es el del título y el modo, establecido con carácter general en los arts. 609.2 y 1095 C. c.[87] La posible adaptación de la norma italiana al sistema del título y el modo, no fue, sin

85. Respecto a la regulación de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio, recogida en el art. 636 del antiguo C.C. italiano de 1865, y posteriormente en el art. 1059 del vigente de 1942, así como la interpretación de diversas cuestiones relativas a la misma por la doctrina italiana, cfr., entre otros, BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p 325 ss. (para el Derecho positivo italiano) y 355 ss. (para las Notas sobre Derecho español); ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 49 ss. y 225 ss.

86. Sobre el planteamiento adoptado por Pardessus en la obra indicada y su consideración como punto de referencia esencial en los comentarios de los autores de la Escuela francesa de la Exégesis, vid. ZAHINO RUIZ, op. cit., p.44 y ss., y 234 s.

87. En el segundo párrafo del art. 609 C.c. se establece que: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquie-

embargo, tenida en cuenta por el legislador español del siglo XIX, planteando por ello el problema de determinar si la norma contenida en el art. 597 C.c., cuando en su primer párrafo se alude al «consentimiento», excepciona el sistema del título y el modo respecto de la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio; o si, por el contrario, a pesar de su tenor literal, resulta posible adaptar su interpretación a dicho sistema, lo que, en atención a su génesis, parece lo más correcto[88].

Como se ha visto, el artículo 597 se estructura en tres párrafos. En su primer párrafo se prescribe, al igual que hicieron los juristas romanos y otros posteriores, la necesidad del «consentimiento de todos los copropietarios» para poder «imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso». El consentimiento de todos los copropietarios se configura, por tanto, como el presupuesto necesario para que se produzcan los efectos reales, es decir, para que se imponga válidamente la servidumbre. Dado que la constitución de la servidumbre implica un acto de disposición sobre toda la cosa común, y que ninguno de los copropietarios puede disponer de ella si no concurre la voluntad de los demás, se requiere el consentimiento unánime de todos. La disposición sobre la cosa común se presenta en el art.597 como disposición de todos los cotitulares del derecho; requiere la concurrencia de la voluntad unánime de todos los copropietarios, ejercitando cada uno mediante su consentimiento particular la facultad de disponer inherente a la titularidad de su cuota. A ello se añade el carácter indivisible de la servidumbre, que, también en la actualidad, implica su no constitución por partes.

El «consentimiento de todos los copropietarios» se configura en el art. 597 C.c. como un «acto negocial complejo de carácter conjunto», integrado por una pluralidad de actos individuales de los sujetos que integran una misma parte negocial, a través de los que esos sujetos expresan su voluntad, con arreglo al principio de la unanimidad, de que se produzca un determinado efecto jurídico; es decir, aquel acto negocial en el que la declaración de voluntad se forma a partir de la conjunción de la voluntad de todos los sujetos cotitulares del derecho de propiedad, produciéndose los efectos *ex voluntate* solo cuando todos y cada uno de los condueños manifiestan su voluntad en el mismo sentido.[89]

En el segundo párrafo del art. 597 se alude al acto de concesión de la servidumbre

ren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». En el art. 1095 C.c. se prescribe que: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada».

88. Según ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 70, «la redacción del artículo no es la más adecuada al sistema transmisivo español del título y el modo», por lo que «el pronunciamiento de la cuestión pasa por determinar qué efectos se atribuyen al título constitutivo de la servidumbre en los preceptos del Código civil en los que se regula la constitución voluntaria con carácter general, cuestión no demasiado clara, toda vez que los artículos 537 y 539 se limitan a establecer que las servidumbre se adquieren "en virtud de título"», concluyendo en su estudio (p. 96), tras proceder a determinar los señalados efectos (a lo largo de las p. 70 a 96), que, «a pesar de su redacción, el artículo 597 del Código civil no es una norma excepcional en el sistema español de adquisición y transmisión de los derechos reales (sistema del título y el modo, y no consensual), y su interpretación de acuerdo con su génesis, se ha de realizar en el marco de las coordenadas de dicha doctrina».

89. Respecto a la configuración del «consentimiento de todos los copropietarios» dentro de la categoría conceptual de los denominados «actos negociales complejos», la configuración y caracterización de tales «actos complejos de declaración», así como la consideración del «consentimiento» de los copropietarios del art. 597 C.c. como «acto complejo de carácter conjunto», vid. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 140 ss.

sobre fundo indiviso realizado de forma no unánime, es decir, al llevado a cabo solo por alguno o algunos copropietarios, pero no por todos, en los siguientes términos: «La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.»

Por tanto, aun cuando hasta que el último de todos los comuneros otorgue la servidumbre, no se entenderá ésta impuesta, la concesión hecha solamente por algunos, aun cuando carezca de eficacia real, no se configura, sin embargo, como un acto radicalmente nulo, sino como provisionalmente válido, en tanto que pendiente de la necesaria convalidación por parte de todos los demás comuneros que todavía no hubiesen concedido el derecho de servidumbre.

Se ha señalado por un sector de la doctrina civil que dicha concesión de servidumbre realizada por uno de los copropietarios es susceptible de una doble configuración, produciendo, a su vez, una doble eficacia: por una parte, como «declaración de voluntad» dotada de valor negocial que configura el título constitutivo de la servidumbre, el negocio causal, pues para su formación no es necesaria la intervención de todos los condóminos; y por otra, como «exteriorización de la voluntad» llamada a integrar la futura declaración de voluntad conjunta, a la que se atribuye en el artículo 597.2 el efecto real, es decir, el nacimiento de la servidumbre[90].

Que la declaración de voluntad hecha solamente por alguno o algunos de los copropietarios, separadamente de los demás, no determine la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio por falta de poder de disposición, pero que, sin embargo, sea válida y eficaz, limitándose los efectos de la misma a la esfera personal -vinculando de manera irrevocable al concedente con el concesionario, entre los que surgiría un vínculo obligacional, un derecho de crédito o de naturaleza personal, transmisible a los sucesores del concedente- parece confirmarse en el tercer apartado del art. 597 C.c., en el que se indica: «Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido»[91].

Por lo que se refiere al carácter vinculante e irrevocable del acto de concesión del copropietario, según Zahino Ruiz, un autorizado sector de la doctrina civil ha considerado que su eficacia obligacional, partiendo de la interpretación histórica de la norma, se debe

90. En este sentido se pronuncia ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 187 ss.

91. Así lo entiende ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 186 y nota 436, destacando al respecto que «la doctrina no es unánime en afirmar que el derecho que se concede en el artículo 597.3 C.c. sea un derecho de crédito», puesto que «mientras algunos autores consideran que el derecho que se concede presenta naturaleza real, otros consideran que aquél presenta una naturaleza híbrida porque debe su origen a una obligación *propter rem*». Según la citada autora, «la interpretación literal e histórica de la norma ofrece suficientes argumentos para poder afirmar que se trata de un derecho de naturaleza personal. Por lo que se refiere a la interpretación literal del artículo, éste dispone que la concesión hecha por uno de los copropietarios "obliga" al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular. La naturaleza personal del derecho determina que el vínculo obligacional se transmita a los sucesores del sujeto que emite la declaración de voluntad de conceder el derecho de servidumbre. La legitimación pasiva de la obligación recae, por tanto, sobre el sujeto que concede y sus sucesores». En relación a las diferentes teorías doctrinales formuladas relativas a la naturaleza del derecho concedido por el copropietario en el art. 597.3 C.c. y los argumentos en que fundamenta la autora la defensa de su planteamiento, vid. op. cit., p. 217 y ss.

de buscar en el ámbito de la vinculación de los propios actos[92].

Zahino Ruiz[93] considera que, «sin embargo, esta opinión –justificada en otro momento histórico- puede ser criticada en base al alcance y significado que reviste actualmente el aforismo "nadie puede ir propiamente contra sus propios actos"», puesto que «el problema de la eficacia vinculante del acto de concesión aislado del copropietario, en cuanto declaración de voluntad, no se puede resolver a través de la aplicación de la doctrina de los propios actos, porque, tal como ha sido configurada por la jurisprudencia y la doctrina, el supuesto contemplado en el artículo 597.2 del Código civil no reúne sus presupuestos». «La doctrina de los actos propios no es aplicable a los actos que constituyan declaraciones de voluntad, sino a conductas eficaces que tengan lugar en una determinada situación jurídica. En este sentido, resulta muy clarificadora la afirmación de García de Enterría, según quien "la doctrina de los propios actos no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial"[94]». «Partiendo de tal premisa, es evidente que la doctrina de los propios actos no puede constituir, en la actualidad, el fundamento de la eficacia vinculante del acto de concesión del copropietario. Esto es así porque la concesión del copropietario –tal como se configura en el artículo 597.2 del Código civil- es una declaración de voluntad cuyos efectos reales quedan en suspenso "hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros". Se trata, pues, de una declaración de voluntad que configura el título constitutivo y no de una simple conducta relevante jurídicamente, lo cual permite concluir que, en la actualidad, el problema de su eficacia vinculante se haya de resolver recurriendo a la teoría general del negocio jurídico y no a la doctrina de los propios actos». «La concesión realizada por uno o algunos copropietarios es –en cuanto configura el título constitutivo- una declaración

92. ZAHINO RUIZ op. cit., p. 191 nota 447, pone de manifiesto el que, da a entender, como el supuesto cambio de parecer que se presenta en el pensamiento de Díez-Picazo, respecto a la opinión inicialmente mantenida por éste autor en relación a la hipótesis contenida en el artículo 597 del C.c., que se concreta en el hecho de que, según dice el ilustre civilista «aquí tampoco podemos hablar de un efecto vinculante de los actos propios, ni de una imposibilidad de venir contra ellos, sino de una consecuencia de la eficacia –parcial o limitada si se quiere, pero eficacia al fin- de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad». Así, el citado Díez-Picazo, manifiesta, por ejemplo, en sus *Fundamentos del derecho civil patrimonial,* Tomo III, del año 1995, p. 924, que «el precepto citado atribuye una particular eficacia a la declaración de la voluntad emitida por los comuneros separadamente, pues si bien no llega a producirse como consecuencia de ella la plena constitución del derecho real, que requiere el consentimiento de todos, sí produce como efecto de la vinculación de la persona a sus propios actos, una obligación: la de no impedir el ejercicio del derecho concedido».

93. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 189 ss.

94. Respecto al planteamiento de García de Enterría, ZAHINO RUIZ, op. cit., p.191, nota 446, añade la siguiente precisión: «el mismo autor critica que la doctrina confunde, en ocasiones, la doctrina de los actos propios con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad. Sobre tal particular considera que es la doctrina del consentimiento "la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los propios actos, sino, obviamente, una consecuencia –la primera, art. 1901 C.c.- del contrato". Más adelante añade que la doctrina de los actos propios "es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos sólo cuando no hacen relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos"».

de voluntad válida, dotada de valor normativo, que determina –en virtud de lo establecido en los artículos 1091 y 1278 del Código civil[95]- la vinculación de las partes que la otorgaron al contenido negocial, así como la firmeza e inmodificabilidad del mismo». «Asimismo, la concesión del copropietario es una declaración de voluntad perfecta y dotada de valor negocial, lo cual determina la imposibilidad de revocación –consecuencia de su carácter vinculante-, salvo que concurra el común acuerdo entre las partes»[96].

No obstante lo señalado, la citada autora, en el capítulo sexto de su obra, relativo a la "Obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido", indica que «el deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido se configura en el párrafo tercero del artículo 597 del Código civil como una obligación legal de no hacer cuyo fundamento último se encuentra –también en la actualidad- en la doctrina de los propios actos», dando a entender que, como se contiene en el segundo apartado de dicho capítulo sexto (titulado «La doctrina medieval de los "propios actos" como fundamento de la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido»), es la doctrina de los propios actos la que fundamenta dicha obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido[97], justificando dicha afirmación en los siguientes términos:

«La declaración de concesión del copropietario no determina el nacimiento del derecho real de servidumbre y, en virtud de ello, nada impediría que el copropietario que concede el derecho pudiese obstaculizar su posterior nacimiento, ya mediante actos de naturaleza material, ya mediante actos de naturaleza jurídica, como acontecería si ejercitase una acción negatoria.

Pero, en tal caso, se crearía una situación contradictoria con el principios de la buena fe, pues habiendo concedido el copropietario el derecho o habiéndose mostrado partidario y dispuesto a su constitución en un momento determinado, con sus actos posteriores impediría o pretendería impedir su nacimiento. Esta situación es inadmisible en nuestro derecho, pues, de acuerdo con la doctrina de Díez-Picazo que compartimos "el acto de formular una pretensión, contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto es un acto inadmisible, cuando el sujeto pasivo de la pretensión ha modificado su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por la conducta del titular del derecho".

Pues bien, para evitar tal situación, la ley establece que el sujeto concedente está obligado a permitir el ejercicio del derecho concedido ya que, lo contrario, el impedir su ejercicio, constituiría un comportamiento contradictorio con la conducta anterior del

95. Art. 1091 C.c.: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos».

Art. 1278 C.c.: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

96. Lo normal es que un negocio jurídico que ya está revestido de valor normativo produzca los efectos jurídicos queridos por las partes *ex voluntate*, es decir, su carácter normativo, pero no su eficacia jurídica concreta. Así, «la concesión de servidumbre realizada por el copropietario es una declaración de voluntad dotada de valor negocial que configura el título constitutivo de la servidumbre, pero la materialización de los efectos reales del negocio resulta impedida por la falta de poder de disposición, y sólo se producirá cuando todos los copropietarios consientan en la concesión de la servidumbre». Vid. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 192 y s.

97. Vid. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 220 y ss.

concedente y con el principio de la buena fe.»[98]

En cuanto al posible significado y alcance del término "quedará en suspenso", recogido en el art.597.2 C.c. y relativo al acto de concesión de la servidumbre realizado de forma no unánime por el copropietario como exteriorización de la voluntad integradora del acuerdo real sobre fundo indiviso, se ha sostenido[99] que el significado que hay que atribuir al indicado término es el mismo que se atribuye en D. 8.4.18 a la expresión «pendencia», entendida no con carácter técnico -en referencia a negocio condicionado suspensivamente-, sino como referido a una situación en curso de formación, aplicable sólo a los actos de concesión realizados *inter vivos*, negándose su aplicación a los *mortis causa*, y limitándose su alcance a los efectos reales del negocio, siguiendo la doctrina de los autores del *ius commune*[100].

La aparente contradicción existente en el art. 597 C.c. entre sus párrafos primero (en el que, como ya se ha indicado, se dispone que es indispensable el consentimiento de todos los copropietarios para la imposición de la servidumbre sobre el fundo en condominio) y tercero (en el que se atribuye eficacia a la concesión realizada singularmente por uno de los copropietarios, separadamente de los demás) se resolvería, según lo hasta aquí indicado, considerando que el acto de disposición de cada copropietario, en su consideración individual, produce, respectivamente, según lo señalado, una doble eficacia: por una parte, obligatoria y por otra, real. Obligatoria en el sentido de que la atribución realizada por parte del condómino o condóminos concedente o concedentes, aunque pueda ser obstaculizada por los no concedentes (eliminando así su posible consideración como derecho real), no pueda ser impedida ni por el concedente o concedentes, ni por sus sucesores, aunque lo sean a título particular; y también real, porque, no siendo nulo el acto de concesión realizado de forma aislada por el concedente o concedentes, su eficacia real queda en suspenso hasta que, una vez completada la facultad de disposición, consientan todos demás copropietarios el nacimiento del gravamen.

Respecto a la determinación de la posible naturaleza –real, personal o *propter rem*- del derecho concedido por el condómino de forma individual y separadamente de los demás, que no aparece clarificado en el párrafo tercero del art. 597 del C.c., según se ha avanzado *supra*, consideramos, frente a las dudas doctrinales suscitadas en torno a la misma, respecto de las que no se puede apreciar una posición unánime, que aquél se presenta como un simple derecho de crédito, personal o de obligación, según se deduce de la argumentación literal, sistemática, y de los precedentes históricos del art. 597.3 del C.c., en especial, los romanos de D. 8.3.11 y D. 8.4.18[101]. El derecho concedido en el art. 597.3 del C.c. no atribuye un poder directo e inmediato al concesionario sobre el fundo indiviso y carece de eficacia *erga omnes*. El poder que se atribuye al concesionario no

98. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 223 y s.

99. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 199 y ss.

100. En otros términos: lo que se encuentra en situación de suspensión o pendencia son los efectos reales del acto de constitución realizado por el condueño, pero no el acto en sí, puesto que este último se considera válido. Cabe recordar que los autores del *ius commune* consideraban que la estipulación realizada por el copropietario, aunque no tuviese lugar la de los demás, era válida, pero los efectos que producía eran personales y no reales. De ahí, la limitación de su alcance a los efectos reales.

101. En este sentido se pronuncia ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 225 ss., cuya opinión y razonamientos compartimos.

se concreta en la cosa, sino en la conducta –efecto personal y no real- del concedente y de sus sucesores; la eficacia real de la concesión realizada por el concedente queda en suspenso hasta que los demás condóminos consientan, y dicha concesión realizada por el concedente produce unos efectos *ex lege* (no *ex voluntate*) de naturaleza personal entre concedente y concesionario. Admitir que la concesión del copropietario da lugar a una relación jurídica de naturaleza real resultaría contraria al principio de unanimidad, establecido en el primer párrafo del art. 597 C.c., que rige en materia de actos de imposición de la servidumbre sobre fundo indiviso, dado que el copropietario individual carece de poder de disposición suficiente como para poder establecer por sí mismo y de forma independiente de los demás dicho derecho.

Por lo que se refiere al contenido del derecho concedido, se indica en el párrafo tercero del art. 597 C.c., que el copropietario concedente separadamente de los otros condóminos no puede impedir el ejercicio del derecho concedido, pero sin pronunciarse sobre tal posible contenido de ese derecho concedido.

Ese derecho concedido, recogido en el párrafo tercero el art. 597 C.c., atribuye al concesionario, como también ya se ha dicho, no un poder sobre la cosa, sino sobre la conducta del copropietario concedente, que queda obligado a tolerar el uso de dicho derecho concedido (el ejercicio de la servidumbre), y que sólo es oponible, según se establece en la mencionada norma, a éste y a sus sucesores, aunque lo sean «a título particular», y no también a los otros copropietarios no concedentes, que sí pueden impedir, ya mediante actos materiales o jurídicos, el ejercicio del derecho concedido. Se trataría, por tanto, de una obligación de permitir (de no impedir, de abstenerse de impedir, de tolerar el ejercicio de la servidumbre concedida), cuya naturaleza es estrictamente personal.

La circunstancia de que la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido (deber de abstención, o de tolerar) se extienda en el párrafo tercero del art. 597, además de al copropietario concedente, también a sus "sucesores", «aunque lo sean a título particular», según se indica en el artículo, induce a preguntarse, quienes son esos "sucesores" del copropietario concedente que, aparte del mismo, también quedan obligados a respetar la concesión hecha por aquel.

La pregunta encuentra su sentido en el hecho de que el art. 597. 3 del C.c. español está, como ya se ha dicho, parciamente inspirado en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, en el que se contiene la expresión «*causahabientes*». En el tercer párrafo de dicho artículo 636 la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido (los efectos personales de la convención), siguiendo la doctrina de Pardessus, se hacen extensivos no sólo al concedente –como ocurría en Derecho Romano-, sino (además de a sus sucesores universales) a sus sucesores también particulares (legatarios) y causahabientes[102]. De esta forma, aun cuando en el art. 636 del C.c. italiano de 1865 se recogieron los principios romanos relativos a la constitución se servidumbre sobre fundo indiviso, sin embargo, éstos se desfiguraron, al establecerse en el mismo que los causahabientes del concedente también quedaban obligados por la concesión[103].

102. Sobre la concreción de la doctrina de Pardessus y de los autores de la Escuela de la Exégesis en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, remitimos nuevamente a. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 49 ss.

103. Dicha contradicción existente entre el primer y el último párrafo del art. 636 del C.c. de 1865 se intentó eliminar formalmente mediante el art. 1059 del vigente Código civil italiano de 1942, pero en el mismo se siguió estableciendo que la

No obstante, cabe destacar que en el art. 597.3 del C.c. español, pese a encontrarse inspirado parcialmente en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, no se contiene la expresión «causahabientes», limitándose la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido al copropietario concedente y a sus sucesores «aunque lo sean a título particular»[104].

Que el concepto de «sucesores», recogido en el art. 597.3 del C.c. español no haga referencia a todo aquel que suceda al concedente en su cuota por cualquier título, sino sólo a quienes suceden al concedente *mortis causa*, podría extraerse de la interpretación sistemática de los arts. 597.3, 660 y 1257.1 del C.c., concluyendo que los «sucesores» del concedente a que se refiere el art. 597.3 del C.c. son sus herederos (sucesores a título universal), pero también excepcionalmente los legatarios (sucesores a título particular), en este último caso, por mandato expreso de la ley, puesto que el legatario de la cuota en copropiedad, según el artículo, no sólo sucede al concedente en la cuota, sino, además, en la relación obligatoria que deriva de la declaración de concesión. En conclusión, la obligación de no impedir el ejercicio o uso del derecho atribuido por el condómino concedente que actúa sin el consentimiento de los restantes, fundamentada, según se dice, en la doctrina de los propios actos y el principio de la buena fe, no es oponible a los futuros adquirentes por cualquier título que se subroguen en la posición jurídica que ocupaba ese condómino, sino solamente, aparte de al mismo concedente, a sus herederos y legatarios[105].

Al margen de la indicada diferencia en cuanto a las personas a las que, aparte del copropietario concedente, afectaría la obligación o deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido en derecho español y en derecho italiano, también resulta apreciable en el art. 597.3 otra diferencia importante, en este caso, en relación con los precedentes romanos, puesto que en los textos romanos transcritos se admitía que dicho deber únicamente vinculaba al concedente y no se transmitía a sus herederos -como, por el contrario se prescribe en el art. 597.3 del C.c. español- estableciéndose, por tanto, como una obligación de carácter personalísimo.

concesión de servidumbre realizada por un copropietario «obliga al concedente y sus herederos o causahabientes a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido» Vid. Bondi, *Las servidumbres*, op. cit., p. 336.

En el citado art. 1059 se señala:

«La servitú concessa da uno dei compropietari di un fundo indiviso non é costituita se non quando gli altri l'hanno anch'essi concessa unitamente o separatamente.

La concessione, però, fatta da uno dei compropieari, independentemente dagli altri, obbliga il concedente e i suoi eredi o aventi causa a non porre impedimento all' esercizio del diritto concesso".

Respecto a la interpretación realizada por la doctrina italiana a propósito de los arts. 636 del C.c. italiano de 1865 y 1059 del C.c. de 1942, cfr. BONFANTE, *Las servidumbres* op. cit., p.325 y ss,; ZAHINO RUIZ, op. cit. 225 ss.

104. Destaca esta circunstancia ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 247, señalando (en p. cit., nota 588) que dicho artículo se encontraría inscrito en una «línea de pensamiento cuyo origen remoto podría situarse ya en Pothier», que «consideraba que, si bien un copropietario no podía gravar el fundo común con el establecimiento de una servidumbre, contratándola se establecía un vínculo personal entre el tercero y el copropietario concedente», así como que «Pothier afirmaba que la obligación de permitir el uso del derecho concedido, como cualquier otro derecho personal, se transmitía a los herederos del concedente, de manera –decía Pothier- que "ceux, qui me l'ont accordé, ne seraient recevables, ni leurs héritiers, á m'en interdire l'usage"».

105. En este sentido, ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 247 y s., y 251.

El mismo carácter de personalísima parece haberse atribuido, siguiendo los textos romanos (en concreto, D. 8.4.18), tanto por Bártolo como por las Leyes de Partidas (Ley 10.31.3), a la obligación de no impedir el ejercicio o uso del derecho concedido al concesionario por el condómino concedente que actuaba sin el consentimiento de los restantes, considerando que el deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido solo vinculaba al concedente, y que no era transmisible a sus herederos[106].

Dicha vinculación de la obligación de permitir el uso del derecho concedido excusivamente al concedente y no a sus herederos encontraría su explicación en la circunstancia de que los autores del *ius commune* configuraron el derecho a usar el derecho concedido más como un efecto del carácter vinculante derivado del acto de imposición (de la *stipulatio* que vinculaba al promitente y tenía plena eficacia personal), que como un contenido obligatorio propiamente dicho[107].

Avanzando en el tiempo, frente al planteamiento realizado pos los autores del *ius commune*, Pothier configuró el deber de no impedir el uso del derecho concedido como una auténtica obligación, y no como mero efecto personal de la estipulación de la servidumbre realizada por el copropietario, considerando que, aun cuando la servidumbre solo se considerase válidamente constituida cuando todos los copropietarios consintiesen, si uno solo de los condóminos estipulase el derecho de servidumbre en realidad contrataría un «compromiso personal» -no real-, y que dicha naturaleza personal determinaría que ni los concedentes ni sus herederos pudiesen prohibir al concesionario el uso del derecho concedido[108]. El planteamiento formulado por Pothier es precisamente el que se contiene en el art. 597.3 del C.c. español: ni los concedentes ni sus herederos pueden prohibir el uso del derecho concedido, pero incluyendo también, junto a los mismos, a los legatarios, en este caso, por prescripción legal.

106. Al respecto, matiza ZAHINO RUIZ, op. cit., 222, nota 525, que «es de advertir, sin embargo, que tal solución no dejaba de sorprender al propio Bártolo pues, en su comentario al fragmento 8.4.18 del Digesto, afirmaba que las obligaciones personales se transmiten, como norma general a los herederos y, no acertaba a comprender por qué los jurisconsultos afirmaban que en el supuesto objeto de estudio el deber de no impedir no se transmitía a los herederos del concedente».

107. ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 237.

108. POTHIER, «Introduction au Titre XIII de la Coutume d'Orléans», recogido en *Oeuvres de Pothier*, cit. por ZAHINO RUIZ, op. cit., p. 238 y notas 568 y 569.

El principio uti possidetis iuris: De interdicto posesorio a instrumento para la delimitación de fronteras en la sociedad internacional contemporánea

María Salazar Revuelta[1]

Víctor Luis Gutiérrez Castillo[2]

1. Catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Jaén.

2. Prof. Titular Derecho Internacional Público Universidad de Jaén.

Precisiones terminológicas y conceptuales

Ámbito jurídico de aplicación del principio: Ius gentium versus Derecho internacional público

El principio jurídico que nos ocupa es de uso normalizado en el ámbito del Derecho internacional público y las relaciones internacionales. No obstante, creemos que es necesario conectar su campo de aplicación con las causas primigenias que le sirven de fundamento histórico. En este sentido, no podemos dejar de acudir al Derecho Romano y, en particular, a un ordenamiento jurídico propiamente romano, como es el Derecho de gentes.

Como se sabe, la expresión "Derecho Internacional", acuñada por Jeremy Bentham, en su obra *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1780) –oponiéndola a los términos "National Law" y "Municipal Law"-, recoge la expresión del jurista inglés Zouch (1650) y del Canciller D'Aguessau (1668-1751) que habían traducido la expresión latina *"Ius inter gentes"* utilizada por Francisco de Vitoria[3].

No podemos obviar, tal y como expresa el Prof. Carrillo Salcedo que «en sus instituciones y normas, como en su técnica jurídica, el Derecho Internacional está en función de las formas históricas de Organización Internacional»[4]. A ello hemos de añadir que difícilmente puede exagerarse la influencia ejercida por parte de la jurisprudencia romana en el pensamiento jurídico posterior y, por tanto, también en la conformación del Derecho internacional, público y privado, a partir de la famosa bipartición *Ius civile/Ius gentium*.

*Ha v*enido siendo comúnmente admitido por la doctrina romanística que la antítesis *Ius civile/Ius gentium* es más filosófica o doctrinal que real. No obstante, tal significado filosófico no quita valor al sentido técnico que ha sido atribuido a la expresión *Ius gentium* para indicar el conjunto de relaciones jurídicas entre ciudadanos romanos y extranjeros, reguladas por el *praetor peregrinus* a través de su *iurisdictio* con la finalidad de dotar de certeza y estabilidad la vida comercial *extra fines*[5].

Los acuerdos o pactos, públicos y privados, basados en la honestidad y la buena fe, bajo la tutela primero de los *fetiales* y, más tarde, de los *recuperatores*, fueron posibles entre pueblos limítrofes. En ellos se encuentran los pilares fundamentales de un *Ius*

3. A. TRUYOL Y SERRA, *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 98; S. J., CASTELLÀ SURRIBAS, *¿Hacia un nuevo Derecho de gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un nuevo Derecho internacional, Barcelona*, Real Academia Europea de Doctores, 2016, p. 32.

4. J. A. CARRILLO SALCEDO, *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 180.

5. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 2ª ed. italiana de F. De Pelsmaeker, 5ª ed., Madrid, Reus S. A., 1994, pp. 178 ss. Igualmente, la labor de los juristas asesorando al pretor tiene un valor neurálgico en la conformación del *Ius Gentium*. Entre la abundante literatura doctrinal, vid. ad ex. F. GALLO, «Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana», en *IVRA*, 54, 2003, pp. 10 ss.; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess Médias Juridiques, S. A., 2008, pp. 59-61; A. TORRENT, «El concepto de *Iustitia* en los juristas romanos», en *RIDROM,* 20, 2018, pp. 89 ss. http://www.ridrom.uclm.es/sumarios20.html (última consulta realizada el 19 de noviembre de 2021).

fetiale,que abraza aspectos básicos, como los *foedera*, las declaraciones de *bellum iustum* o las funciones representativas del pueblo romano, que podemos calificar hoy en día –salvando las circunstancias de tiempo y lugar- de embrionarios de un "Derecho internacional"[6]. Obviamente, cuando el dominio romano sobre la cuenca mediterránea se extiende y se intensifica el comercio con *peregrini*, el sistema jurídico romano termina englobando un *Ius gentium*, referido a una *"naturalis ratio que apud omnes homines peraeque custoditur"*[7]. En definitiva, el *Ius gentium* «constituía un derecho positivo cuasinatural, sancionado por el uso común de las naciones»[8]. M. Kaser apunta que los romanos hicieron accesibles al tráfico jurídico con extranjeros aquellas instituciones que no estaban vinculadas al estricto formalismo de muchos actos jurídicos del *ius civile*, sobre todo, no vinculados a la lengua latina; y que tales instituciones, más flexibles y avanzadas, tendrían un futuro más prometedor[9].

Ya Cicerón había incorporado al acervo doctrinal estoico el concepto de *Ius gentium*, que posteriormente acogieron los grandes juristas imperiales en la famosa división tricotómica del Derecho en *Ius civile, Ius gentium e Ius naturale* [10]. Dado su tecnicismo jurídico, predominantemente pragmático, guiado por el sentido de la *utilitas*, el *Ius gentium* tiene su primer núcleo histórico en el *Ius commercium*, como ordenamiento propio del tráfico comercial internacional. Más tarde, como observara A. D'Ors: «Cuando aquellas instituciones comerciales fueron absorbidas por el *ius civile*, a consecuencia sobre todo de la extensión de la *civitas Romana* a todos los súbditos libres del Imperio Romano, en el siglo III, el *ius gentium* adquirió un sentido de origen histórico»[11]. Concepción que, según el autor, vuelve a aparecer en el momento de disgregación del imperio romano y la formación de los diferentes pueblos germánicos.

6. Tácito, *Ann.*, III, 8: *Sacrum etiam inter exteras gentes legatorum ius*. Sobre el particular *vid.*, F. BLAIVE, *Droit de la guerre indo-européen et droit international moderne- Essai d'analyse mytho-juridique*, Arras, Kom ed., 1993; A. WATSON, *International Law in Archaic Rome-War and Religion*, Baltimore-London, John Hopkins University Press, 1993; C. MÉNDEZ, «El *Ius Fetiale* como Derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos», en Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, México, Universidad de Veracruz, 2000, p. 13; F. Zuccotti, «Bellum iustum o del buen uso del diritto romano», en Rivista di Diritto Romano, 4, 2004, pp. 1-64; M. R. CIMMA, «I feziali e il diritto internazionale antico», en Diritto@storia, http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/N6 (última consulta realizada el 12 de noviembre de 2021); F. Tuccillo, «Sui feziale e il ius fetiale», en Index, 41, 2013, pp. 228-235; M. E. Fernández Baquero, «Foedus: sobre las relaciones jurídicas de Roma con otros pueblos», en RIDROM [on line] 26, 2021, pp. 334-383. http://www.ridrom.uclm.es/26_2021/Baquero26.html (última consulta realizada el 20 de noviembre de 2021).

7. Gayo 1.1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium.*

8. Definición de A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado.* 1. *De los orígenes a la baja Edad Media*, 7ª ed., Madrid, Alianza Editorial,1982, p. 197.

9. M. KASER, *Ius gentium*, trad. de F. J., Andrés Santos, Granada, Ed. Comares, Sección Nexum, 2004, p. 8.

10. Ulpiano, D. 1,1,1. W. WALDSTEIN, «Zur Ulpians Definition der Gerechtigkeit in D. 1,1,10 pr.», en *Festschrif Flume*, I, Köln, 1978, p. 217; T. HONORE, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002, pp. 215 ss.

11. A. D'ORS, *Parerga histórica*, Ansoáin, Eunsa, 1997, p. 213, quien habla, no ya de un *ius gentium*, sino de un *ius inter gentes*.

Asimismo, en la definición isidoriana de *Ius gentium* como derecho público internacional no se habla del *commercium*, sino exclusivamente de las instituciones *belli ac pacis*, además del *connubium*[12]. Se recupera, así, la concepción romana postclásica que tiende a desplazar las instituciones de derecho privado a favor de las de naturaleza pública, especialmente las relacionadas con la guerra, causa principal de la esclavitud: *...ius gentium est sedium occupatio aedificatio munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminio, foedera pacis, induntiae, legatorum non violantorum religio, conubia inter alienigenas prohibita: et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes untuntur.*

El *Ius gentium*, en tal perspectiva, es un derecho entre sociedades políticamente organizadas, y de ahí que –como se sostiene- su evolución histórica vaya enlazada con la historia de la teoría política[13].

Tal concepción vuelve a encontrarse en Hugo Grocio y en los autores pertenecientes a la Escuela Racionalista del Derecho Natural, considerando que la ley natural rige en los tratados entre naciones. Asimismo, Vitoria presentaba ya el Derecho de gentes como *"totus orbis"*, basado en la sociabilidad natural de los hombres, fueran o no cristianos. Lo que, progresivamente, derivará hacia una idea universalista del Derecho de gentes, precedente de un Derecho internacional aplicable a todas las naciones con un mínimo de civilización común, y ello en una creciente expansión del concepto de sociedad internacional[14].

La elaboración histórica de los principia iuris

Resulta innegable que la utilización por parte de la ciencia jurídica del método axiomático –en sus diferentes reformulaciones- se presenta no sólo como un importante instrumento de clarificación y simplificación teórica, sino también un apoyo eficaz para la aplicación del Derecho por parte de los operadores jurídicos15.

A ello se ha de añadir la crisis actual de la razón jurídica y política en aras de una economía globalizada, que conlleva una "desterritorialización" como eclipse del Estado y de la soberanía, en su expresión más representativa[16]. Frente a la decadencia progresiva de las fuentes de naturaleza legislativa, resulta muy significativo el papel que pueden asumir los en un nuevo escenario político-jurídico diverso al propio de los Estados nacionales[17].

12. *Ibid*., p. 214.

13. R. G. ORTIZ TREVIÑO, «La naturaleza jurídica del *ius Gentium* de acuerdo con la doctrina de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 17, p. 40. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt2.pdf (última consulta realizada 08 de septiembre de 2021).

14. *Vid*. J. A. CARRILLO SALCEDO, «Aspectos doctrinales del problema de la universalidad del Derecho de gentes», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 17, 1964, pp. 3-15.

15. Al respecto, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, pp. ix-x; 25 ss.

16. P. GROSSI, «Una responsabilidad para el jurista actual: repensar las fuentes del Derecho», *De la Codificación a la globalización del Derecho*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 354.

17. Como apunta A. BERLINGUER, «*Ius commune*, Droit comun, Common law: note a margine di recenti indagini storico-comparatistiche», en *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 410: se trata de «un sistema

No cabe duda que uno de los instrumentos para una mejor armonización de los diferentes sistemas de Derecho es el uso de una lengua común. Pese a que las lenguas modernas como el inglés o francés han tenido y tienen actualmente gran importancia, no debemos olvidar –como han puesto de manifiesto C. Baldus y F. Vogel- «la dificultad que supone una comunidad multi lingüística. El camino a seguir, por tanto, viene de la mano de una "lengua llave" como es el latín. Así, muchos de los principios de Derecho que vienen expresados en latín tienen la ventaja de ser comunes a ordenamientos jurídicos de distintos países y de distintas lenguas»[18]. De ahí la relevancia que cobran los principios, máximas, brocardos o adagios de tradición romana como una koiné o lengua común utilizada en toda experiencia occidental[19].

Convenimos con Reinoso Barbero en que la «sencillez en el lenguaje jurídico constituye una virtud extraordinaria... las formas latinas reconocibles de los principios jurídicos cooperan con eficaz sutileza... al facilitar la comprensión mediante nociones técnicas claras, unívocas y universales»[20].

En concreto, la superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos es evidente y se basa en que: «sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad e, incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza...»[21].

En puridad, conviene advertir que las reglas romanas no son más que principios problemáticos, dada su estrecha vinculación con el casuismo. Los juristas romanos no aislaron el principio del caso y, mucho menos, lo generalizaron[22]. Ello no significa que

di principi, regole, svincolato da qualunque potere autoritativo e da una sua dimensione fisica, territoriale, legata allo steso *imperium*... uno scenario radicalmente diverso da quello a noi più familiare, proprio dello stato nazionale e dei suoi paradigmi».

18. F. HERNÁNDEZ TEJERO, «El latín y los juristas», en *Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias*, Madrid, 1988, pp. 354 ss.; A. CASTRESANA HERRERO, «Apuntes sobre un modelo histórico de integración jurídica», en *Iura* 55, 2004-2005, p. 31, nt. 5. *Vid*., asimismo, la interesante monografía de F. ALAÑÓN- M. C. HENRÍQUEZ- J. OTERO, *El latín en la jurisprudencia actual*, Cizur Menor, Aranzadi S. A., 2011. Además de M. C. HENRÍQUEZ- E. ALONSO-MISOL, *Voces y locuciones latinas, Pautas para el análisis del léxico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cizur Menor, Aranzadi S. A., 2005, pp. 177-202. En general, *vid*. E. GÓMEZ ROYO et alii, *Fraseología jurídica latina: términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

19. G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, Giappichelli editore, 2004, p. 14. Asimismo, *vid*. R. L. SORIANO DÍAZ, «La democracia armónica: la conjunción equilibrada de los modelos democráticos», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 46, 2012, pp. 135-154.

20. F. REINOSO BARBERO, «El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 44, 2014, p. 54. Del mismo autor, «Los principios generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico», en F. Reinoso Barbero (coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 82-85.

21. En palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 1984, p. 35.

22. M. J. GARCÍA GARRIDO Prólogo a la obra de F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 1987, pp. 6 y 7. En el mismo sentido, P. STEIN, *"Regulae iuris". From juristic rules to legal maxims*, Edimburg, 1966, pp. 49 ss. Un elenco de las principales reglas de origen romano en J. IGLESIAS-REDONDO, *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Madrid, Civitas,1986. Vid.,

la jurisprudencia romana fuera ajena a la aplicación de principios generales y a la elaboración de teorías. Como expresa Reinoso Barbero: «Los jurisconsultos no acometieron muchas construcciones doctrinales, no por incapacidad, ni aversión, sino únicamente porque no las juzgaban precisas para alcanzar resultados prácticos (...) Siempre que se tratase de aclarar algún concepto, el jurisprudente no ponía reparo alguno en teorizar o generalizar, pero jamás sin perder de vista su fin práctico»[23]. Particularmente, R. Mentxaka apunta que: «En ocasiones los juristas para fundamentar la solución acuden a reglas o principios más generales, que tienen un cierto grado de abstracción y se han obtenido a modo de resumen de la casuística. Estos principios no se presentan con la idea de tener vigencia, sino que encierran más bien un juicio de experiencia e indican que ese principio extraído de la casuística es pacífico»[24]. Las críticas a la falta de abstracción de la ciencia jurídica romana vienen motivadas, por lo general, en la trasposición de los conceptos de la metodología moderna a la técnica jurídica romana. Como afirmara Carcaterra: ***«La grandezza dei giuristi romani e la loro capacità nel dare definizioni, l'utilità delle definizioni sopratutto per la costituzione della scientia iuris di ieri come di oggi, ci sembra dimostrata»***[25].

No obstante, procede hablar con cautela y diferenciar máximas, principios, brocardos y otras categorías, más o menos próximas, en el ámbito del Derecho Romano y su configuración histórica.

Así, el primer repertorio de *regulae iuris* es el de Lucio Neracio Prisco (cónsul en el año 97, bajo Domiciano), al que siguen los de Pomponio, Gayo, Paulo, Ulpiano o Modestino, entre otros. El concepto aparece en D. 50,17,1 (Paul., *Plaut* 16): *Regula est quae rem quae est breviter enarrat, non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat, per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, uti ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquot vitiata est, perdit officium suum.* A juicio de los especialistas es, sobre todo, en las escuelas jurídicas postclásicas donde se trabajaron particularmente las *regulae* y fruto de ello es el título decimoséptimo del libro quincuagésimo del Digesto: "Sobre las diversas reglas del derecho antiguo"[26].

Las regulae y las *definitiones* se redactaron –al igual que las *institutione* - con fines didácticos, mientras que las *sententiae* u *opiniones* fueron destinadas a los prácticos, más que a los estudiantes, ya que no se limitaban a exponer, en formulas lacónicas, reglas de derecho vigente, sino que aludían, además, en ocasiones, a su fundamento e historia. En cualquier caso, desde el siglo IV y, concretamente, a partir de Constantino, la autoridad

también, R. DOMINGO- B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2000.

23. F. REINOSO BARBERO, *Ibid*., pp. 20 y 21.

24. R. MENTXAKA, «Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, 2004, pp. 525 y 526. Disponible online en http://hdl.handle.net/2183/2300 (última consulta realizada el 09 de agosto de 2021).

25. A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, p. 223; F. GUELLA, «L'utilizzo di definizioni tecnico-scientifiche nel Diritto», en F. Cortese- M. Tomasi (coords.), *Le definizioni nel Diritto, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Trento, 26, 2016, pp. 293 ss. Disponible online en: https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/163651/113505/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%2026.pdf (última consulta realizada el 20 de noviembre de 2021).

26. R. MENTXAKA, «Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria», cit., p. 526.

imperial sustituye a la jurisprudencia y el Derecho se identifica con la ley emanada del emperador, lo que conlleva que las reglas jurídicas se transformen en máximas legales[27]. Más tarde, encontraremos elencos de reglas y máximas en textos del Derecho canónico, como las Decretales de Gregorio IX (Título 41 del Libro V) o el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (Título 13 del Libro V)[28].

Una época clave en la elaboración de será a partir del redescubrimiento en el siglo XI del Digesto y su empleo en la formación jurídica por parte de la corriente de los Glosadores y, después, Comentaristas. En aquel momento histórico, jugó un papel importante la obtención de principios jurídicos generales que se empleaban como argumentos en las discusiones escolares y en las argumentaciones de cualquier materia, pasando de esta forma, de reglas jurídicas aplicables a un caso concreto, a máximas jurídicas de carácter general, en el sentido de proverbios o aforismos. Ello explica la aparición de colecciones de brocardos, con criterios de utilidad, para facilitar un triple fin: a) la asimilación conjunta de los grandes hilos conductores de las doctrinas de los jurisconsultos, b) permitir, con ello, una visión global del sistema jurídico y c) la enseñanza del derecho[29].

Ya a partir de la Edad Moderna surgirán elaboraciones de principios abstractos y de alcance universal, distintos de las reglas, si bien a lo largo del tiempo tiendan a confundirse unos y otras.

El principio uti possidetis iuris: orígenes y contenido actual

Bases romanas del principio uti possidetis iuris

En particular, debemos aclarar que el principio objeto de análisis es de elaboración moderna. Se forjó en el ámbito de un derecho internacional consuetudinario al institucionalizarse el Estado de Derecho en cada país americano, una vez liberado del dominio secular español desde 1810; concretándose en los títulos que sustentaron la conquista española, en base al uso de que: quien tiene la posesión *de facto*, puede seguir poseyendo . Lo que se resume en la sentencia latina: *"uti possidetis, ita possideatis"* ("como posees, puedes seguir poseyendo"). Esta máxima es, quizá, el precedente del principio que, a continuación, abordamos.

Sin duda, nos encontramos ante una fórmula que se basa en una adaptación del instrumento extra-procesal de protección pretoria de la posesión: el interdicto *retinendae possessionis "uti possidetis"*.

Una vez más, se pone de manifiesto que el Derecho Romano como disciplina científica sirve eficazmente a la solución de problemas y conflictos jurídicos actuales y, en este caso, en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales. Así, se ha entendido como

27. R. DOMINGO- B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, cit., p. 13.

28. *Vid*. J. RODRÍGUEZ DÍEZ, «Versión española de las reglas jurídicas del *Corpus* de Derecho Canónico (ed. bilingüe de 11+88 *Regulae Iuris*)», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 41, 2008, p. 298 ss.

29. C. ROGEL VIDE, *"Prior in tempore, potior in iure". Análisis crítico de una regla jurídica*, Madrid, Reus, 2021, pp. 18 y 19.

complementario de las cláusulas o principios que consagra la Convención de Viena, tales como: *"pacta sunt servanda"; "ex consenso advenit vinculum"; "res inter alios acta"; "rebus sic stantibus"* o el de buena fe.

El Derecho Internacional público recurrió a la expresión *"uti possidetis"* para aludir a la posesión que adquiere un Estado como consecuencia de una situación de guerra. De esta forma, se empleó por primera vez en la Paz de Breda entre Holanda e Inglaterra (1667). Se mantuvo el estado de posesión existente, excepto en lo que fuera alterado por los términos del Tratado. Al respecto, el conquistador se entendía, durante la guerra, solo usufructuario mientras que el título de soberano continuaba hasta que el Tratado de Paz lo extinguiera o no[30]. Igualmente, el Tratado de Madrid (1750) estipulaba, en base a la máxima *"uti possidetis, ita possideatis"*, el establecimiento de límites claros para los dominios de España y Portugal en América del Sur[31]. Anteriormente, fue utilizada para legitimar las conquistas territoriales entre España y Reino Unido al finalizar la Guerra del Asiento (1739-1748).

No obstante, el principio *"uti possidetis iuris"* no es resultado de situaciones de guerras entre los Estados hispanoamericanos. En el siglo XIX, tras los procesos de independencia, fue utilizado para establecer las fronteras de los nuevos Estados latinoamericanos. De hecho, Simón Bolívar, sería el primero en proponer el mantenimiento provisional de los límites existentes en 1810 hasta la existencia de futuros tratados de delimitación.

Por otro lado, el suplemento *"iuris"* confiere una particularidad propia al principio. En concreto, difiere del *uti possidetis "de facto"* en que la posesión en el *"uti possidetis de facto"* no está basado en documentos legales históricos, sino en la posibilidad de control efectivo de un Estado sobre un territorio. Este principio se utilizó por Brasil para establecer sus fronteras con los Estados hispanoamericanos, al finalizar las Guerras de independencia hispanoamericana y así ha venido siendo utilizado, como complementario del *uti possidetis iuris*, en diversos laudos arbitrales[32].

Además, hay que puntualizar que no existe en Derecho Romano la expresión *"uti possidetis iuris"*. Emerge, por primera vez, en el continente hispanoamericano. Y como explica J. Ramos Acedevo: «para eliminar toda posibilidad de duda en cuanto al contenido jurídico de la posesión, ajeno a la efectividad material de ella sobre la totalidad de las tierras que conformaban el territorio espacial y material, en algunos casos se añadió a la expresión *"uti possidetis"* la palabra *"juris"*, para hacer referencia al derecho y no al hecho de poseer; el derecho en este caso se consideraba contenido en las cédulas reales

30. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Derecho Internacional Público*, T. II, Montevideo, 1961, p. 445.

31. El Tratado estipulaba, en base al *"uti possidetis ita possideatis"* el establecimiento de límites claros para los dominios de España y Portugal. De acuerdo con el Tratado, Portugal entregaba a España la Colonia de Sacramento (art. XIII) y recibía a cambio los territorios del Sur, el nacimiento del río Ibicuí, las misiones, el margen derecho del río Guaporé y cedía el territorio occidental del río Japurá al Amazonas y la navegación del río Içá (art. XIV). Además, se establecía que, en caso de guerra entre Portugal y España en Europa, sus vasallos de América del Sur permanecerían en paz (art. XXI). *Vid*. C. A., PARODI, *The politics of South American boundaires*, Westport, Connecticut, London, Praeger Publishers, 2002, pp. 7-8.

32. *Ad ex*., en la determinación de los límites colombo-venezolanos por laudo arbitral del Consejo Federal Suizo en el año 1922. *Vid*. J. RAMOS ACEVEDO, «El *uti possidetis*. Un principio americano y no europeo», *Misión Jurídica*, vol. 5, nº. 5, 2012, pp. 156 ss. Disponible online en: https://www.revistamisionjuridica.com/el-uti-possidetis-un-principio-americano-y-no-europeo/ (última consulta realizada el 17 de agosto de 2021).

vigentes en el momento de la proclama emancipadora de los pueblos americanos»[33].

Resulta obvio que la posesión es la imagen exterior o –como dijera Ihering- la posición de hecho del derecho de propiedad[34].

No encontramos, empero, desde el Derecho Romano un concepto unitario de posesión. En el derecho arcaico hay incluso cierta confusión entre *usus* y *possessio*, a propósito de la *usu capio*; lo que se superará en época clásica mediante la configuración de las servidumbres[35].

Por otro lado, se hace patente en Roma la íntima conexión entre la protección posesoria y la tutela de la propiedad. Aunque ambas instituciones se basan en principios totalmente diferentes, y los mismos juristas romanos no olvidaron expresar esto (Ulp. D. 41,2,12,1: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*; Venul. D. 41,2,52 pr.; Ulp. D. 43,17,1,2), la protección posesoria, condicionada solamente por la dominación material de la cosa permitía al propietario asegurar la efectividad de su derecho de propiedad, sin necesidad de aportar la prueba del mismo, muchas veces difícil[36]. Igualmente, algunos casos de *possessio*, como el *habere in bonis* , se hicieron efectivamente formas de propiedad; de donde los términos *possessio possidere*, en la lengua romana, se usan para designar la propiedad cuando se prescinde de la garantía jurídica. Particularmente, el Derecho Romano de época arcaica, como todos los sistemas jurídicos en formación, no consideró la propiedad de forma abstracta, sino en su manifestación real, como posesión en nombre propio, de suerte que derecho y hecho formarían una unidad indisoluble. Todavía, a finales de la República, con el término *possessio* se significaban ciertos derechos de cuasi propiedad[37].

33. RAMOS ACEVEDO, *Ibid*. p. 151.

34. R. v. IHERING, *Teoría de la posesión : el fundamento de la protección posesoria* (versión española, aumentada con notas críticas, estudio preliminar por Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1892), según un criterio objetivo y finalista, acorde con su concepción general del Derecho, entiende que el corpus no consiste en un poder físico sobre la cosa, sino en la exterioridad de la propiedad, es decir, en la relación exterior que normalmente vincula al titular de un derecho con la cosa objeto del mismo. «Por exterioridad del dominio entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. - Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc.: todo el mundo los encierra en su casa» (p. 181). Y añade: «En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley» (p. 182).

35. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1983, p. 192.

36. En este sentido, M. VILLEY, *Le droit romain. Son actualité*, Paris, Presses Universitaires de France, colecc. Quadrige, 2012 (reimpr. de la 1ª ed. de 1945), determina que: «La protection possessoire n'est plus qu'une sorte d'annexe et d'ouvrage avancé de la protection de la propriété» y defiende, por tanto, el uso de los interdictos por parte de los propietarios todavía en el Bajo Imperio: «voici la grande nouveauté du Bas-Empire, on tend à réserver le bénéfice aux propriétaires, autant du moins qu'il est possible».

37. P. JÖRS- W. KUNKEL, *Derecho privado romano,* Barcelona, Labor, 1937, p. 161; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 8ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa, 5ª ed., 2ª reimpr. Madrid, Reus, 2002, pp. 357 y ss.

La *possessio* surgió a propósito de la tenencia por parte de los particulares *del ager publicus*, cuya situación se conocía bajo las expresiones *habere possidere, uti frui*, etc. Al no ser propietarios, por tratarse de suelo público, se encontraban defendidos en el disfrute pacífico de las tierras públicas mediante interdictos[38]. El pretor protegía este asentamiento mediante un interdicto prohibitorio que servía para retener la posesión (*interdictum uti possidetis*); éste es el único interdicto en cuya fórmula se habla de *possidere* (D. 43,17; C. 8,6):

Uti aedes quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto (Ulp. 69 *ad ed*. D. 43,17,1 pr.)[39]

Según la fórmula, el poseedor actual de un fundo era protegido, *sub modo imperio praetoris*, contra todas las perturbaciones de hecho, si él mismo no había conseguido su posesión , *vi, clam* o *precario, alter ab altero*.

El mandato autoritario del pretor[40] iba dirigido a las dos partes en conflicto. Ambas ocupaban simultáneamente la posición de demandante y demandado. De ahí la categorización del interdicto dentro de los *interdicta duplicia* (Gayo 4,148 ss.; 160 ss.; Ulp. D. 43,17,3,1)[41]. De este modo, el mismo demandante podía ser condenado si había obtenido la *vitiosa possessio*, esto es, con violencia, clandestinidad o en precario. En este supuesto, el actuaría como recuperatorio[42]. *Sensu contrario*, cuando el poseedor con "vicio" no deriva su posesión del adversario (*ab altero*), sino de otra persona cualquiera, entonces, tal defectuosa derivación no le impide prevalecer en el interdicto contra aquel. Para D'Ors, la posesión pretoria fue defendida primeramente por los interdictos de retener, que son prohibitorios y dobles, pero la diferenciación del poseedor vicioso dio lugar a los interdictos de recuperar, que son restitutorios y simples[43].

38. A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, «La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener», en *RGDR*, 19, 2012, p. 20 defiende que: «Efectivamente el recurso al interdicto posesorio como fórmula civil de protección del goce pacífico del inmueble supone una concepción de la posesión que trasciende los límites tradicionales y enlaza con la actual polémica de los derechos fundamentales a la integridad, a la salud y a la intimidad invocados con éxito para la protección frente a ruidos, olores, vibraciones y ondas electromagnéticas», entendiendo, del examen de los textos, el uso del *uti possidetis* frente a inmisiones o perturbaciones medioambientales.

39. LENEL, EP3 (1927) §247 p. 469 s.; RUDORFF, *EP* (1869) §247 I (*de fundo locove*) y II (*de aedibus*) p. 217. Según el texto que figura en el *Edictum perpetuum* parecía referirse a edificaciones (aedes), pero en realidad se aplicó a cualquier fundo o inmueble.

40. Sobre el concepto, naturaleza y fundamento de los interdictos en el *imperium* del magistrado *vid*. J. M. ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano», en *Derecho y opinión. Revista del Departamento de Disciplinas histórico-jurídicas y Económico-sociales*, 3-4, 1995-1996, pp. 185 ss.

41. En opinión de F. BETANCOURT, *Derecho Romano clásico*, 2ª ed. (revisada y aumentada), Sevilla, Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones, 2001, p. 299: «Esta simetría de la orden pretoria recuerda la simetría que se da en la *legis actio per sacramentum in rem* en que el magistrado imponía la paz entre los dos 'reos'».

42. P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 87 ss.

43. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 197. En palabras de A. CASTRO SÁENZ, «Una hipótesis sobre la aparición del interdicto», en *RGDR*, 2, junio 2004, pp. 14-15. Disponible online en: https://www--iustel--com.ujaen.debiblio.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=2 (última consulta realizada el 23 de agosto de 2021): «El interdicto originario –el aquí llamado ur-interdicto- debió ser el luego calificado como de retener la posesión, es decir, el prohibitorio y ello por dos razones: una, de tipo etimológico o filológico, pues el término *interdicere* puede traducirse, precisamente, como "prohibir" y

Una vez pronunciado el *interdictum (vis ex conventa)* atribuía la posesión provisional a uno de los dos contendientes. A continuación, se realizarían dos *sponsiones* y dos *re stipulationes*, al tratarse de un *interdictum duplex*.

Si el interdicto desembocaba en un proceso, se entiende que, primitivamente, se realizaría mediante respectivas apuestas de las partes y, más tarde, mediante una fórmula arbitraria[44].

El interdicto *uti possidetis* sería, acaso, el más antiguo de los interdictos posesorios y serviría de punto de partida para un amplio desarrollo en la defensa de situaciones similares a favor de quienes se presentarán como poseedores con cierta "independencia"[45]: concesionarios del *ager publicus*; acreedores pignoraticios; secuestratarios... Por eso se niega a otras personas que dependen, respecto a la cosa que retienen, de quien la recibieron, como: depositarios, arrendatarios, comodatarios, o usufructuarios[46].

La trascendencia práctica que la institución tuvo a lo largo de la Baja Edad Media y la Edad Moderna no se vio acompañada por una nomenclatura uniforme. Así, este interdicto que fue conocido en época de las XII Tablas como *Vindicias, seu Vindicatum litem*, fue designado con pluralidad de términos según el reino o el autor que abordase su estudio. En el reino de Francia, por ejemplo, se llamó *recredentia vel causa notitatis*; entre los germanos, *interdicti retinendae* o *provisionale decretum*; en la Curia romana, como *mandatum de manutendo possessorem*; en el Reino de Castilla y el principado de Cataluña, i*nterdictum interim* y en el de Aragón y Valencia, *Juris firmae*[47].

ello acredita el campo donde halló acomodo primigenio desde el punto de vista histórico; otra, de tipo estructural o lógico, que se extrae del hecho de que el *interdicto utrubi*, concebido para la retención de objetos muebles, aún en época histórica plenamente reconstruible (por lo tanto, historiográficamente reconstruible) sirviese también –indirecta, pero efectivamente- para recuperar la posesión de tales bienes, al sustentarse la victoria sobre el principio general de la mayor duración posesoria en el último año, es decir, en el plazo de usucapión de los bienes pequeños. Aunque la progresiva complicación del tráfico posesorio en relación con las concesiones de *ager vectigalis*, que propició la definitiva estructuración del complejísimo tejido interdictal de época pretoria, llevó a la creación específica de dos interdictos de recuperar la posesión, destinados ambos a cubrir la restitución de los inmuebles, es muy posible que, en la era antigua en que surgió el interdicto, bastase con uno sólo para la defensa también de los bienes grandes: su retención implicaba su recuperación». En la misma línea, A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, «La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener», cit., pp. 13-14: «Es posible también, a la vista de las fuentes, que los interdictos posesorios de bienes inmuebles (*uti possidetis* y *unde vi*) se configuraran inicialmente para proteger al poseedor de un inmueble frente a actos expoliatorios, bien que hayan sido consumados (interdictos de recobrar) o bien como medida preventiva (interdictos de retener)».

44 J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, Marcial Pons,1992, p. 122.

45. Para una mejor comprensión de la evolución del interdicto en base a las fuentes jurídicas romanas *vid*. P. CIAPESSONI, «Appunti sul testo edittale degli interditti *uti possidetis* e *utrubi*», en *Scritti e Ricordi. Storia economica e Diritto romano* (a cura di A. Bricchi, premessa D. Mantonvani), Pavia, Ibis edizioni, 2006, pp. 187-278.

46. Si bien cabe su extensión en vía útil al usufructuario. Cf. Ulp. 79 ad ed. D. 43,17,4; Frag. Vat. 90. *Vid*. J. M., ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano», cit., pp. 212-213.

47. En torno al tema, *vid*. J. A. OBARRIO MORENO, *Interdictum uti possidetis in regno Valentiae*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 34-35.

El uti possidetis en la sociedad internacional clásica

La forma histórica más importante del ordenamiento internacional es la que denominamos Derecho internacional clásico, que tuvo sus raíces en la Europa Occidental del siglo XVI y perduró, al menos, hasta 1945. El Derecho Internacional Público recogió la frase latina *uti possidetis* para aplicarla a la posesión que adquiere un Estado como consecuencia de una guerra, empleándose por primera vez[48] en la Paz de Breda de 1667[49]. La acepción europea de este principio la explica Henry Wheaton, citando a Hugo Grocio, Batel y Martens, en la siguiente forma: "El Tratado de Paz deja todo en el estado en que lo encontró, a menos que exista alguna estipulación expresa en contrario. Se mantiene el estado de posesión existente, excepto en lo que sea alterado por los términos del Tratado. Si no se dice nada respecto al país o lugares conquistados, ellos permanecen en poder del conquistador, y el título de éste no puede ser más tarde puesto en tela de juicio. Durante la continuación de la guerra, el conquistador que está en posesión solamente tiene un derecho de usufructuario, y el último título del soberano anterior continúa hasta que el Tratado de Paz, por función tácita o por disposición expresa, extingue para siempre dicho título"[50].

Asimismo, el término ha sido utilizado históricamente para legitimar conquistas territoriales, por ejemplo, en el siglo XVIII entre España, Portugal e Inglaterra al finalizar la Guerra del Asiento51 o con ocasión de la anexión de la Alsacia-Lorena por parte del imperio alemán en 1871. Tras los procesos de independencia surgidos desde el siglo XIX, el principio fue utilizado para establecer las fronteras de los nuevos estados, tal como en el caso de los países latinoamericanos, los cuales mantuvieran los límites de los viejos territorios coloniales de los cuales emergieron. En efecto, cono afirma J. Ramos Acevedo, la independencia de las colonias hispanoamericanas del dominio de la corona española, se produjo en el primer cuarto del siglo XIX. De inmediato, en cada nueva república emancipada los líderes se esforzaron en redactar y constituir una carta política o ley fundamental, para autogobernarse, sobre la base de la existencia de un territorio donde las nuevas autoridades podían ejercer su propia jurisdicción[52]. En vez de describir dicho territorio, se hacía referencia a las divisiones político-administrativas establecidas por la corona española, con las cuales se integraban los territorios de los Estados que

48. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Derecho Internacional Público*, T. II, Montevideo, 1961, p. 445.

49. El Tratado de Breda, de 31 de julio de 1667, firmado enre Francia, Dinamarca y las Provincias unidas de (Países Bajos), puso fin a la guerra entre Inglaterra y los Países Bajos. Supuso, en la práctica, una aplicación del principio *uti possidetis*. A través de él, las potencias firmantes intercambiaron el territorio norteamericano de los Países Bajos (actual New York y New Jersey) por el territorio de Surinam, en las Guayanas, además de otros asentamientos.

50. H. WHEATON, *Elements of International Law*, (London, 1936), p. 600, citado por J. Ramos Acevedo, "El "Uti Possidetis" Un principio americano y no europeo", *Revista Misión Jurídica*, vol. 5-nº.5/julio-diciembre, 2012, p. 154.

51. La guerra del Asiento fue un conflicto bélico que duró de 1739 a 1748, en el que se enfrentaron las flotas y tropas del Reino de Gran Bretaña y del Imperio español principalmente en el área del Caribe. Para un estudio histórico de este conflicto véase M. P. CORONADO, *La guerra del asiento: España contra Inglaterra (Laus hispaniae)*, editorial Churruca, diciembre 2020.

52. J. RAMOS ACEVEDO, "El "Uti Possidetis" Un principio americano y no europeo", *Revista Misión Jurídica*, vol. 5-nº.5/ julio-diciembre, 2012, pp. 154-155.

surgían al mundo constitucional. De esta forma, el cambio de soberanía, se efectuaría sobre las demarcaciones ya delimitadas geográficamente en los Virreinatos de las Indias Occidentales.

A instancia del Libertador Simón Bolívar, al finalizar las guerras de independencia propondría a los países hispanoamericanos emancipados conservar las antiguas fronteras de las posesiones del imperio español en el continente. Es decir, mantener como límites los que le corresponderían en el año 1.810 hasta la existencia de un tratado, alegando el año 1.810 como el último de la monarquía española para la posesión legítima de sus dominios americanos. De esta forma, el congreso venezolano, que lo había elegido presidente de la república, aprobaría una Ley Fundamental, en el que se haría, por primera vez, referencia a esta solución política-jurídica. La Ley Fundamental de Angostura (1819) declararía en su artículo primero y segundo que "Las Repúblicas de Venezuela y Nueva Granada quedan desde este día reunidas en una sola, bajo el título glorioso de República de Colombia. 2.-Su territorio será el que comprendía la antigua Capitanía General de Venezuela y el Virreinato del Nuevo Reino de Granada, abrazando una extensión de 115 mil leguas cuadradas, cuyos términos precisos se fijarán en mejores circunstanciasEsta solución se sucedería en numerosas constituciones latinoamericanas como una solución adecuada para evitar conflictos. Piénsese, por ejemplo, en la Constitución de México, de 1824[53], la constitución de las Provincias Unidas de Centro América[54] o en la de Honduras de 1826[55], la Constitución de Venezuela de 1830[56] o ley del 21 de noviembre de 1831 del Estado de Nueva Granada[57].

Esta fórmula introducida por los Estados emancipados en sus constituciones para delimitar sus respectivos territorios, serviría de base a las convenciones y tratados de delimitación entre Estados, así como compromisos arbitrales que se suscribieron para resolver controversias fronterizas. Sirvan como ejemplo, entre otros, el Tratado de Unión,

53. En ella se afirmaría "La Nación Mexicana se compone de las provincias comprendidas en el territorio del Virreinato llamado antes Nueva España; en el que se decía Capitanía General de Yucatán, y en el de las comandancias generales de las provincias internas de Oriente y Occidente". Puede consultarse el texto en S. DORSCH (ed.), *Constitutions of the wordl from de late 18 th Century* to the Middle of the 18 th Century Berlin, New York (De Gruyter), 2010, pp. 105-125.

54. "El territorio de la República es el mismo que antes comprendía el antiguo Reino de Guatemala, a excepción, por ahora, de la Provincia de Chiapas".

55. "Su territorio comprende todo lo que corresponde o ha correspondido siempre al Obispado de Honduras. Una ley demarcará sus límites y arreglará sus departamentos". AA.VV., *Constituciones fundacionales de las Provincias Unidas de Centro América*, Barcelona, Linkgua, 2011.

56. "Artículo 1.-El territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el que antes de la transformación política de 1810, correspondía a la Capitanía General de Venezuela, con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados por la República. Este territorio no podrá, en todo ni en parte, ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado a potencia extranjera, ni aun por tiempo limitado". Puede consultarse en J. RAMOS ACEVEDO, "El "Uti Possidetis" Un principio americano y no europeo", *Revista Misión Jurídica*, Vol.5-nº.5/julio-diciembre de, 2012, pp.145-163.

57. Su artículo 2º disponía que "Los límites de este Estado, son los mismos que en 1810 dividían el territorio de la Nueva Granada de las Capitanías Generales de Venezuela y Guatemala y de las posesiones portuguesas del Brasil; por parte meridional sus límites serán definitivamente al sur de la provincia de Pasto luego que se haya determinado lo conveniente respecto de los Departamentos del Ecuador, Azuay y Guayaquil, para lo cual se prescribirá por decreto separado la línea de conducta que debe seguirse". *Ibídem*.

Liga y Confederación entre Colombia y México de 1823, el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre Colombia y la América Central, suscrito entre las partes el 15 de marzo de 1825, el Tratado de Paz entre Perú y Colombia, suscrito en 1829[58], el Tratado de Confederación, firmado en el congreso de Lima de 1848[59], Tratado de Arbitrajes sobre límites entre Bolivia y el Perú, firmado en 1902[60] o el Tratado de Arbitraje sobre límites entre las repúblicas de Guatemala y Honduras de 1930[61].

De esta forma, en virtud del principio del *uti possidetis*, no existirían territorios vacantes, *res nullius*. Todos los territorios del continente americano, estuvieran o no poblados, se consideraron como pertenecientes, de derecho, a los diferentes países dentro de los cuales estaban comprendidos, según la antigua división político-administrativa española[62]. Por tanto, se supuso – lo cual se basa más en una ficción jurídica - que, aunque de hecho no fuera así, cada nuevo Estado emancipado adquiría la soberanía e independencia desde 1810 sobre toda la extensión territorial comprendida en la antigua circunscripción administrativa española. Esto claramente nos indica que los nuevos Estados se consideraron poseedores de las regiones deshabitadas y aun de aquellas que nunca habían sido exploradas, lo cual también implicó considerar a los indios que habitaban regiones comprendidas dentro de sus límites, como nacionales suyos, sometidos a la soberanía del nuevo Estado, por más que ellos no lo reconocieran y mirasen a los nuevos gobiernos como sus enemigos[63].

Como afirma J. Ramos Acevedo, para eliminar toda posibilidad de duda en cuanto al contenido jurídico de la posesión, ajeno a la efectividad material de ella sobre la totalidad de las tierras que conformaban el territorio, se añadió a la expresión *uti possidetis* la palabra *juris*. De esta forma se hacía referencia al derecho y no al hecho de poseer; derecho que en este caso se consideraba contenido en las cédulas reales vigentes en el

58. Artículo 5 Ambas partes reconocen por límites de sus respectivos territorios los mismos que tenían antes de su independencia los antiguos Virreinatos de Nueva Granada y el Perú, con las solas variaciones que juzguen conveniente acordar entre sí , a cuyo efecto se obligan desde ahora a hacerse recíprocamente aquellas cesiones de pequeños territorios que contribuyan a fijar la línea divisoria de una manera más natural, exacta y capaz de evitar competencias y disgustos entre las autoridades y habitantes de las fronteras". *Ibídem.*

59. Articulo VII "Las Repúblicas Confederadas declaran tener un derecho perfecto a la conservación de los límites de sus territorios según existían al tiempo de la Independencia de la España, de los respectivos Virreinatos, Capitanías Generales o presidencias en que estaba dividida la América española. Además, los diversos Estados, en lo sucesivo, utilizarían en los compromisos arbitrales sobre límites entre países americanos artículos que en forma tácita o expresa emplean la fórmula del "uti possidetis". *Ibídem.*

60. Art. 1 "Las Altas Partes Contratantes someten al juicio y decisión del Gobierno de la República de Argentina, en calidad de árbitro, juez de derecho, la cuestión de límites que tienen pendientes ambas Repúblicas, a fin de obtener un fallo definitivo e inapelable, según el cual todo el territorio que en 1810 pertenecía a la jurisdicción o distrito de la antigua Audiencia de Charcas, dentro de los límites del Virreinato de Buenos Aires, por actos del antiguo soberano, sea de la República de Bolivia; y todo el territorio que en esa misma fecha y por actos de igual procedencia pertenecía al Virreinato de Lima, sea de la República del Perú". *Ibídem.*

61. "Las Altas Partes Contratantes están de acuerdo en que la única línea jurídica que puede establecerse entre sus respectivos países es la del *uti possidetis* de 1821. En consecuencia, convienen en que el Tribunal determine esta línea". *Ibídem.*

62. Información obtenida de la publicación J. RAMOS ACEVEDO, *cit.*, p.151

63. *Ibídem.*

momento de las proclamaciones de independencia.

El Uti possidetis en la sociedad internacional contemporánea

El principio del *uti possidetis* jugó un papel muy importante en el proceso de descolonización que tuvo lugar después del final de la Segunda Guerra Mundial, toda vez que los nuevos países establecieron su territorio dentro de las fronteras que establecieron las potencias coloniales bajo cuyo control se encontraban; esto significa que las fronteras coloniales con base en dicho principio se mantuvieron inalteradas y surgieron tantos países como antiguas colonias.

El estudio de este principio ha estado durante décadas relegado, exclusivamente, al ámbito jurídico hispanoamericano: su aplicación se limitaba a decisiones arbitrales que conocían de los conflictos de delimitación de fronteras entre Estados de América del Centro y del Sur. La presencia del mismo, en el ámbito jurisprudencia de la CIJ., ha estado limitada a un muy discreto lugar en declaraciones y opiniones, tanto individuales como disidentes, de jueces que invocaban o comentaban su existencia[64]. No sería hasta 1986 cuando la CIJ no llegaría a acogerlo expresamente en sus decisiones. El primer caso en el que así sucedería de forma expresa fue en el asunto de Burkina Faso/Mali, en el que llegaría a afirmar que "[*uti possidetis*] es un principio general, que está lógicamente relacionado con el fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra. Su objetivo evidente es el de evitar que la independencia y la estabilidad de los nuevos estados esté en peligro por luchas fratricidas provocadas por el cambio de fronteras tras la retirada de la potencia administradora".

Posteriormente, volvería a hacer frente a la aplicación de este principio en la controversia fronteriza terrestre insular y marítima entre El Salvador y Honduras, así como la relativa al mar territorial entre Libia y Chad[65]. Asimismo, la aplicación de este principio tendría lugar con ocasión de la desmembración de la URSS y de la ex Yugoslavia. Como afirma el profesor Blanc Altemir, la desmembración de la URSS se realizaría mediante la transformación en fronteras internacionales de los límites administrativos internos existentes entre las antiguas repúblicas soviéticas. Es decir, se aplicaría el principio *uti possidetis iuris* –en este caso fuera del contexto de la descolonización- con el propósito evidente de beneficiarse de su carácter estabilizador. Como afirma este autor, la aplicación de este principioen el momento de la disolución de la URSS era inevitable, ante el caos que hubiese supuesto una política revisionista de las divisiones administrativas internas soviéticas. Tampoco puede decirse que su aplicación provocase el surgimiento de conflictos secesionistas, pues la mayor parte de ellos tenían un origen anterior[66].

64. Este es el caso, entre otros, de los jueces Moreno Quintana y Urrutia Holguín, en el asunto sobre la validez del laudo del Rey de Esnafta <I.C.J. Reporte, 1960, pp. 217—218 y pp. 226—227, respectivamente>; y los jueces Ago y Jiménez de Aréchaga, en el asunto de la Plataforma continental entre Jamahiriva árabe Libia

65. A. GÁLVEZ VALEGA, "El uti possideti iuris y la Corte Internacional de Justicia", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, nº. 21, 2004, pp. 113-138

66. A. BLANC ALTEMIR, *Conflictos territoriales, interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la antigua Unión Soviética*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 405 pp.

La aplicación del principio uti possidetis en los procesos de delimitación del territorio

La aplicación del uti possidetis en el espacio terrestre

La frontera ha sido objeto de debates y controversias tanto a nivel de principios como de la perspectiva de las relaciones internacionales, estando estrechamente vinculada a la historia del arbitraje entre Estados. Sentencias de tribunales internacionales, tratados de límites y acuerdos relativos a la administración de la frontera y los recursos fronterizos, han aportado capítulos fundamentales del derecho internacional67. La historia de América Latina y de otras regiones, muestra sin variaciones que los temas fronterizos son parte de la vida política de los Estados. También son objeto de esta preocupación, los antecedentes que subyacen al establecimiento de los límites y que revelan sus fundamentos y la lucha entre posiciones e interpretaciones; en ellas, las operaciones de delimitación y demarcación y otras materias de alto nivel técnico y especializado, encuentran su lugar.

En 1998, por ejemplo, se cerró un largo capítulo de la historia ecuatoriano-peruana, y al estudiar el conjunto de acuerdos con los cuales se clausuró la controversia, se observa la interrelación entre temas de derecho internacional (la validez de los tratados internacionales), los mecanismos especiales de negociación y mediación (el rol de países garantes), el lugar de la geografía en la configuración de un límite, más los aspectos técnicos relativos a la demarcación[68]; todos ellos fueron entretejiéndose con acuerdos frustrados y conflictos. La disputa en torno a la validez y ejecución del Protocolo de 1942 y actos posteriores, muestra además la íntima relación entre una controversia sobre el título territorial y los asuntos limítrofes.

El establecimiento de la frontera es ciertamente un fenómeno histórico, político y jurídico. Y es que, como señala Teresa Infante, "la frontera es un concepto ligado al territorio del Estado, cuyos criterios de vigencia comprenden la existencia de un territorio determinado, está recogido en el artículo 1.II., de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933), que —a pesar de ser un tratado regional— ha recibido una adhesión general desde el punto de vista doctrinal"[69]. Su artículo 9 contiene otra referencia al territorio, en cuanto a que "La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes". En su obra La Frontière (1928), Lapradelle describió precisamente la situación que caracteriza la frontera, cual es que mientras la concepción llamada clásica de la soberanía va cambiando de valor, más importante deviene la necesidad de determinar hasta dónde un Estado es competente y responsable sobre un espacio determinado. Una frase del fallo de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto de las Pesquerías del Atlántico Norte (1910) describe este fenómeno:"Considering that the right to regulate the liberties conferred by the Treaty of 1818 is an attribute of sovereignty, and as such must be held to reside in the territorial

67. M. INFANTE CAFFI, «Las fronteras desde la perspectiva del Derecho Internacional» en *Estudios Internacionales*,185, 2016, pp. 59-86.

68. *Ibídem.*

69. *Ibídem,* p. 66.

sovereign, unless the contrary be provided; and considering that one of the essential elements of sovereignty is that it is to be exercised within territorial limits...”

A tenor de lo puesto, cabe preguntarse, ¿cómo observa entonces, el derecho internacional el estatus de las fronteras? Esta pregunta fundamental puede ser respondida con la afirmación de la Corte International de Justicia (CIJ) (1994), en el asunto territorial entre Libia y Chad, donde se planteó el estatus jurídico de un límite establecido: “Once agreed, the boundary stands, for any other approach would vitiate the fun- damental principle of the stability of boundaries, the importance of which has been repeatedly emphasized by the Court”[70].

En este contexto, como vimos en epígrafes anteriores, la aplicación del principio en los procesos de fijación de fronteras ha sido una solución útil para la definición de la soberanía espacial de los Estados. Sin embargo, tradicionalmente y por razones históricas, su aplicación se ha circunscrito al ámbito territorial, abriéndose el debate doctrinal sobre su aplicación a los espacios marinos. Sin embargo, no podemos olvidar que la CIJ en el asunto Différend frontalier (Burkina Faso/Mali) lo define como “un príncipe d’ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu’elle se produise”[71]. La Corte en con esta afirmación no limita estrictamente su aplicación a las fronteras terrestres, por lo que, en principio, nada impide que pueda ser aplicado en espacios marinos.

La aplicación del uti possidetis en el mar

Régimen jurídico del mar en Derecho Romano

Históricamente ha sido necesario regular por acuerdos comunes de los Estados la situación de los mares en el mundo, sus elementos, sus beneficios y riesgos, hasta llegar a establecer un régimen de protección de éstos. Algunos historiadores remontan el origen de un supuesto *Ius maritimum* al desarrollo de las civilizaciones de Mesopotamia, Egipto, Grecia o Roma; donde era común comercializar productos, armamento de guerra y tráfico de esclavos, estableciendo derechos y obligaciones para el despacho, transporte y recepción de carga y pasajeros[72].

70. ICJ *Reports* 1962, p. 34 y ICJ *Reports* 1978, p. 36.

71. CIJ *Recueil* 1986, p. 566, par. 23.

72. J. ASÍN, «Aguas Internacionales: Evolución de la legislación», en *Revista Ciencia y Cultura*, 10, 2002, pp. 111-120. Disponible online en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232002000100013&lng=es&nrm=iso (última consulta realizada el 21 de agosto de 2021), para quien: «Las leyes Rodianas establecieron principios que luego constituyeron el establecimiento de legislación en esta materia a través de las antiguas codificaciones rodianas, tanto de Occidente como de Oriente y con el avance del tiempo dieron también la base para la formulación de la Reglas de Oleron (Aquitania) con efectos en la Liga Hanseática (Navegación en el Mar del Norte entre Escandinavia, Germania y aún Francia e Inglaterra, años 700 a 1400 D. C.) y también al Consulato di Mare (normatividad para el transporte marítimo en el Mar Mediterráneo, siglo XI hasta principios del siglo XV)» (p. 114). Asimismo, C. G., WAGNER, *Comercio, colonización e interacción cultural en el Mediterráneo antiguo y su entorno. Ensayo de aproximación metodológica*, en J. L. López Castro (ed.), *Colonos y comerciantes en el Occidente europeo*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de publicaciones, 2001, pp. 13 ss.; M. MC-

En el concreto caso de Roma, las Guerras Púnicas le valieron el dominio absoluto del Mediterráneo venciendo a los cartagineses, pero las principales figuras jurídicas referentes al tráfico marítimo romano ya habían sido previamente elaboradas en Grecia, como el *foenus nauticum* o *pecunia traiecticia* (D. 12,2), antecedente de instituciones mercantiles tan importantes como la commenda medieval, la asociación naval o el contrato de seguro. Asimismo, la *Lex Rodhia de iactu* (475 a. C.) –considerada el primer Código marítimo de la historia- que generaría un gran desarrollo de las ciudades griegas, se introducirá en el Libro XIV del Digesto[73]. Por su parte, también los juristas romanos se mostrarán particularmente minuciosos en la regulación de las relaciones entre armadores, *exercitores*, *navicularii*... a través de la creación de diferentes acciones: *actio exercitoria*, *oneris aversi*, *actio in factum adversus nautas* o la derivada del *receptum nautarum*, que implicaba una responsabilidad objetiva del empresario marítimo por la mera recepción de las mercancías o equipaje de sus clientes usuarios de la nave[74]. A pesar de ello, no podemos hablar, a lo largo del desenvolvimiento histórico del Derecho Romano, de un *Ius maritimum*, ni siquiera de un *Ius nauticum*, como rama autónoma del *Ius civile*[75].

Tampoco podemos atribuir a Roma un Derecho del mar, entendido como conjunto de normas jurídicas que determinan derechos de propiedad y usos de aguas por parte de las naciones. Si bien no podemos soslayar todo un sistema de tratados relativos a la utilización de los puertos, derecho de navegación, además de un cierto arbitraje marítimo de tipo internacional[76].

Los romanos no llegarían a plantearse las cuestiones filosófico-políticas relativas

CORMICK, *Orígenes de la economía europea*, trad. J. Pascual Escutia, Barcelona, Crítica, 2005, pp. 92-120; J. R. MARTÍNEZ VARGAS- G. VEGA BARBOSA, (eds.), *Tratado de Derecho del Mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 49-55. En general, *vid*. M. De Brossard, Historia marítima del mundo, trad. del original *Histoire Maritime du Monde*, 1974, por M. A. Córdoba García, Madrid, EDIMAT, 2000, libros I y II.

73. Estas instituciones existían ya en el último siglo de la República, como demuestra que de ellas se ocuparan juristas como: Servio Sulpicio Rufo, D. 22,2,8; Alfeno Varo, D. 14,2,2; Servio, Ofilio y Labeón, D. 14,2,2 pr. y 3. *Vid*. F. DE MARTINO, *Historia económica de la Roma antigua*, I, trad. de E. Benítez, Madrid, Akal Universitaria, Serie: Historia antigua, 1985, pp. 169 ss.

74. En torno al tema, *vid*. M. SALAZAR REVUELTA, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Madrid, Dykinson, Madrid, 2007.

75. *Vid*. D. GAURIER, *Le droit maritime romain*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004, pp. 11 ss.

76. *Vid*. M. KASER, *Ius gentium*, cit., pp. 132 ss. A título de ejemplo, la restauración de la amistad entre Roma y Rodas; la firma del tercer tratado con Cartago (306 a. C.) que definía las zonas de exclusión respectivas (Roma fuera de Sicilia y Cartago fuera de Italia) y la celebración del acuerdo entre Roma y Tarento (302), donde Roma se comprometió a no traspasar el cabo Lacinio por el norte. Asimismo, en el tratado con Arta, antigua Ambracia o Ampracia, (189 a.C.) se concedió inmunidad aduanera. D. J. BEDERMAN, I*nternational Law in Antiquity,* Cambridge U.P., 2001, pp. 148 ss. Disponible online en http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam031/00033672.pdf (última consulta realizada el 23 de agosto de 2021), sugiere que las relaciones internacionales son tan remotas como la civilización. S. MANNONI, *Relaciones internacionales, en El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Ed. M. Fioravanti, 2004, p. 197, considera que en los grandes textos de la Antigüedad encontramos numerosos testimonios de la intensa actividad diplomática, en ocasiones acompañada de grandes rituales, objeto de máximo cuidado y atención. Vid., también, P. BONFANTE, *L'espansione transmarina di Roma e le sue conseguenze, en Lezioni di storia del commercio*, I. *Era antica (Mediterranea)*, ed. riveduta e corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, Giuffrè Editore, 1982, pp. 165 ss.

a la oposición *mare liberum/mare clausum*, ya que todavía no se concebía la idea de "mar territorial" en el sentido moderno de la expresión[77], ni tampoco discutieron sobre su hegemonía en el Mediterráneo. Ahora bien, fueron los primeros en establecer reglas jurídicas sobre la Alta mar, aunque ellos se referían al mar genéricamente.

A este respecto, los juristas romanos concibieron el mar y las costas dentro de la categoría –no exenta de controversia doctrinal[78]- de *res commune omnium*, esto es, aquellas que creó la naturaleza para el uso común y, por tanto, *humani iuris extra commercium*[79].

Así en D. 43,8,3 pr.-1 (Cel. 39 .) se expresa lo siguiente:

Litora, in quae populus Romanus imperium habet. 1. Populi romani esse arbitror: Maris communem usus omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

El fragmento se encuentra en el título referido al interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, pero como pone de manifiesto Terrazas Ponce: «fundamenta el uso libre

77. Idea introducida por el holandés Cornelius van Bynkershoek, en su obra *De Dominio Maris* (1703), como el ámbito restringido, de acceso exclusivo del Estado ribereño sobre el cual ostenta poder soberano, proveyendo a la defensa de todo el territorio. Evidentemente, el planteamiento de Grocio, a principios del s. XVII, con claros antecedentes medievales, no pudo darse en la antigua Roma. *Vid.* la reedición de la obra de Grocio, *Mare liberum sive de iure quod batauis competit ad indicana commercia dissertatio,* intr. y ed. al cuidado de F. Izzo, Napoli, 2007. Para V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, «La influencia del Derecho Romano en la formación del principio de libertad de los mares», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 4, enero, 2005, p. 6. Disponible online en: https://www.researchgate.net/publication/306091515_La_influencia_del_Derecho_romano_en_la_formacion_del_principio_de_la_libertad_de_los_mares (última consulta realizada el 23 de agosto de 2021): «hasta el S. XVII no se forma una idea de la oportunidad política y estratégica de extender hacia el medio marino el poder ejercido sobre el espacio terrestre».

78. Tradicionalmente, E. COSTA, *Le acque in diritto romano*, Bologna, 1918, pp. 91 ss.; F. MAROI, «Sulla natura giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano», en *RISG* 62, 1919, pp. 151 ss.; B. BIONDI, «Le condizione giuridica del mare e del *litus maris*», en *Studi in onore di Silvio Perozzi,* Palermo, 1925, pp. 269 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano,* Roma, Edita Pietro Bonfante, 1928, pp. 125 ss.; G. BRANCA, Le *cose 'extra patrimonium humani iuris'*, Trieste, 1941, pp. 4 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano.* Le cose, Torino, Giappichelli, 1941, pp. 89 ss.; Id., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose, contratti,* Torino, Giappichelli, 1974, pp. 24 ss.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 42 ss.

79. En cuanto a la delimitación del *litus maris*, en D. 50,16,96 pr. se recoge la opinión del jurista Celso (25 *digestorum*) que afirmaba: *Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum*, es decir hasta donde llega la marea alta. Noción que el propio Celso atribuye ya a Cicerón. Ciertamente, en Top. 7,32 éste alude a la franja de tierra que puede ser cubierta por las olas: *Solebat...Aquilius...quum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, ita definire: qua fluctus eluderet.* Es la misma línea, se expresa, posteriormente, Javoleno (11 *ex Cassio*), cuya máxima se recoge, también, en el mismo Título del Digesto: *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est* (D. 50,16,112). Finalmente, los compiladores se harán eco de esta tradicional consideración, añadiendo el término *hibernus*; el cual, traducido como tempestad, dota de una particularidad propia al concepto de litoral marino, como aquel hasta donde alcanza el oleaje en tempestad, esto es, hasta el máximo crecimiento del mar: *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit* (I. 2,1,3). *Vid.* M. PAMPALONI, «Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno», en BIDR 4, 1891, pp. 218 ss.; A. DELL'ORO, «Le *res commune omnium* dell'elenco di Marciano e il problema del loro fundamento giuridico», en *Studi Urbinati* 31, 1962-1963, pp. 252 ss.; pp. 263 ss.; D. GAURIER, *Le droit maritime romain, cit.*, p. 136; C. SPANU, *"Mare, et per hoc litora maris" (I.2.1.1). Gestione e tutela del litoral marítimo nel diritto romano*, Sassari, 2012, pp. 159 ss.

de las costas, en el hecho de ser estas comunes a todos los hombres y no en el propio de la *res publicae*, esto es, en la circunstancia de que conciernen a todos los integrantes del *populus Romanus*»[80]. De ahí que el texto prohíba a cualquiera arrojar rocas al mar impidiendo o lesionando su uso o el de sus costas. Si bien el jurista de época de los Antoninos no emplea la calificación *res commune omnium*, sino la expresión "*communem usus omnibus hominibus*" –quizá porque en un principio este tipo de cosas se identificarán con las *"res publica in uso publico"*-, convenimos con Alemán Monterreal en que Celso no pretende establecer una idea de atribución patrimonial, sino, antes bien, atribuir al Estado el deber de garantizar y defender el derecho de la comunidad al uso común del litoral81.

Sí observamos, en cambio, la terminología *res commune omnium* en Ulpiano (57ad ed.) D.47,10,13,7, quien afirma el carácter común de las costas, lo mismo que del mar y del aire: *Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*... Aunque el texto ha sido objeto de crítica interpolacionística[82], somos de la opinión de que la jurisprudencia clásica debió conocer ya la categoría *res communes omnium* , si bien no llegaría a estar suficientemente delimitada y diferenciada del concepto de *res publicae*[83]. De ahí que Marciano en sus Instituciones evite cualquier mención a estas últimas, mostrando un especial interés en atribuir al mar la misma naturaleza inaprensible del aire y del agua que fluye libremente:

D. 1,8,2 (Marcian. 3 *inst.*): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur. et quidem naturali iure omnium comuna sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Otros fragmentos jurisprudenciales[84] denotan, en cambio, el carácter de *res publica*

80. J. D. TERRAZAS PONCE, «El concepto de res en los juristas romanos, II: Las r*es communes omnium*», en REHJ, 34, 2012, p. 152. Disponible online en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552012000100005&lng=es&nrm=iso (última consulta realizada el 22 de agosto de 2021).

81. A. ALEMÁN MONTERREAL, «La problemática del *litus maris* en Derecho Romano y su pervivencia», en AFDUC, 17, 2013, pp. 559 s.

82. E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., p. 111 y S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 596, n.1; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 64, n.2; G. BRANCA, *Le cose 'extra patrimonium humani iuris*', cit., p. 232; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius Gentium*, Milano, 1946, p. 104; G. SCHERILLO, C*orso di istituzioni di diritto romano*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1962, p. 83.

83. Es más, como advierte S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Nuevas observaciones sobre la condición jurídica del mar y sus litorales en el Derecho Romano», en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª. Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, pp. 106-107: «De la lectura de las fuentes se observa que los romanos no siempre distinguieron nítidamente entre los términos communia y publica, pues los juristas los emplearon cuando querían referirse a las cosas del *populus Romanus*; en realidad, es frecuente que declaren que el uso de las cosas públicas es común para todos».

84. Labeón (6 *pithanon a Paulo epitomatorum*) D. 41,1,65,1: *Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. paulus: immo in eo genere insularum ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est; Javoleno* (11 *ex Cassio*) D.50,16,112: *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est;* Pomponio *(6 ex Plaut.*) D.41,1,50: *Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito*;; Papiniano (10 *res-*

del litoral marino, en relación, por ejemplo, al requerimiento de un *decretum praetoris* para construir en la playa o en el mar y para la adquisición de la propiedad sobre lo construido. Para determinado sector doctrinal, ello no conlleva ninguna concesión, sino solo la posibilidad del constructor de asegurarse la no remoción posterior de la construcción levantada[85]. Además, del hecho de la *occupatio* de quien ha construido un *aedificium* en la playa en el mismo lugar del destruido o abandonado por otro, se deduce que la propiedad privada no permanece en el primer constructor, sino que el abandono del área costera hace a ésta de uso público de nuevo, al igual que si el edificio levantado en el mar o en la orilla es cubierto de nuevo por las aguas del mar. Los juristas romanos entenderían que el litoral formaba parte de las cosas que por derecho de gentes son de libre disposición, razón por la cual cualquiera podría construir en él. No obstante, hay quien sostiene la existencia en estas fuentes jurídicas de auténticas concesiones administrativas para llevar a cabo tal actividad, dada la cada vez mayor utilización privada de las riberas del mar para la construcción de casas de recreo o viveros de peces[86]. Al igual que para la actividad de la pesca la existencia de concesiones –a través de un arrendamiento público gravado por el *vectigal piscaririum*- es seguro –en base a Ulp. 68 *ad. ed* . D. 43,14,1,7; Ulp. 57 ad. ed. D. 47,10,13,7; Ulp. 10 ad. ed. D. 50,16,17,1; Macr. *Saturn*. 2,11,3-, con mayor razón intervendría el Estado en los supuestos de *inaedificatio*[87].

Sensu contrario, está fuera de duda que el Derecho Romano consideró el uso público del mar y sus costas, garantizándolo a todos los *cives* sin necesidad de ninguna autorización, siempre y cuando no supusiera vulneración o limitación del análogo derecho de uso público de los demás miembros de la comunidad.

El régimen jurídico planteado supone, pues, el libre uso del mar y el litoral marino, en los límites de la destinación propia de la cosa, lo que explica la libertad de pescar y navegar, en el mar; y caminar y secar las redes de pesca, en las costas. Así se entiende que los *veteres* no vieran dificultad en conceder el interdicto *de loco publico fruendo* (D. 43,8,2 pr.), posteriormente desplazado por la *actio iniuriarum* (D. 43,8,2,9; D. 47,10,13,7)

ponsorum) D.41,3,45,1 pr.: *Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. Quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat (forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium), alterius postea eodem loco extructo, occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.*

85. M. KASER, *Ius gentium*, cit., pp. 135-138. En el mismo sentido se expresa A. ZAERA GARCÍA, «Algunas consideraciones en torno a las construcciones en el *litus maris*», en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 14, 2017, Disponible online en https://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2017/12/zaera-2.pdf (última consulta realizada el 22 de agosto de 2021), p. 990, al considerar que «el *litus maris* no fue considerado como *locus publicus*, aunque Celso afirme que está entre las cosas que pertenecen al *populus*, pues el mismo jurista seguidamente nos dice que es de uso común y que todos pueden construir en él, salvo que la construcción impida la disposición del litoral o del mar. Por ello, entendemos que no es necesaria una concesión administrativa previa para poder construir en ese espacio considerado como litoral».

86. Como atestiguan: Plut., *Luc*. 39; Val. Max., *Mem*. 9,1; Cic., De *off*. 3,9; Tibul. 2,6,28; Hor. Carm. 3,1,33 ss. y 3,24,3-4. En este sentido vid. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Nuevas observaciones sobre la condición jurídica del mar y sus litorales en el Derecho Romano», cit., p. 117; También F. MAROI, «Sulla natura giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano», cit., p. 7; U. ROBBE, La *differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea "che non ha nè capo ne coda"*, I, Milano, 1979, p. 642.

87. En opinión de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Ibid*., pp. 115-118.

contra quien impidiera dichas actividades[88].

Observamos cómo desde la jurisprudencia de época del emperador Trajano se perfilaría un régimen especial para el mar y sus costas dentro de la *res communes omnium*. Marciano, al final de la evolución, no hace más que formular expresamente el pensamiento de Ulpiano, que ya estaba presente en Neracio y Celso.

No obstante, el hecho de que la actividad jurisprudencial de Marciano, como *magister libellorum*, se sitúe ya tras el edicto de Caracalla[89], nos hace pensar en que su consideración del mar como *res communes omnium* fuera del todo consciente y tuviera implicaciones políticas; pues bajo el ideal estoico de Roma como la madre patria de los diferentes pueblos integrantes del Imperio[90] –ahora ya *cives romani*- se asemeja la significación pública del mar al de bien a disposición de todos los seres humanos pertenecientes al Imperio, sin llegar a contradecir todo el sistema de concesiones administrativas a particulares para la explotación de los recursos marítimos, cada vez más numeroso y cuyo principal beneficiario era, en último término, la Cancillería Imperial[91].

Culminamos así, en la clasificación que hacen las Instituciones de Justiniano de las y la inclusión del mar y su litoral en las mismas: *Et quidem naturali iure comuna sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentos et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare* (I. 2,1,1).

La influencia de Marciano en la redacción del pasaje es innegable. Tampoco se menciona aquí el carácter público del mar y del litoral marino, como en otros fragmentos

88. Para C. CARRASCO GARCÍA, «*Res communes omnium*: ¿categoría jurídica del Derecho Romano con vigencia en la actualidad?», en *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, *La Ley*, año 3, nº. 35, noviembre 2001, p. 31: «la regulación que en las fuentes romanas merece el mar no se puede decir que sea en todo punto asimilable a la de las cosas públicas. Pudiéndose predicar respecto de éste un uso común, como ocurre en relación con las res publicae, el de esta *res communis omnium* es más amplio pues no existe respecto del mar titularidad pública y así no puede el Estado interferir en este uso estableciendo las cortapisas que podría fijar respecto de las cosas públicas».

89. *Vid*. F. J. ANDRÉS SANTOS, «Elio Marciano», en R. Domingo (ed.), *Juristas universales* I. *Juristas* antiguos, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 212.

90. Al respecto *vid*. J. MOLINA VIDAL, *El sistema económico policéntrico romano* (siglos I-II d. C.), Alicante, Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2020, p. 214, quien observa a partir de la segunda mitad del siglo I a. C. y hasta la primera mitad del siglo III d. C, un verdadero proceso de integración socioeconómico que le lleva a plantear la existencia de un sistema-mundo policéntrico para esta fase del Imperio.

91. B. PERIÑÁN GÓMEZ, «El mar, *¿res communis omnium?* dogma y realidad desde la óptica jurisprudencial», en *Interpretatio Prudentium. Direito romano e tradição romanista*, 2 (2), 2017, Disponible online en: https://www.academia.edu/37164127/ (última consulta realizada el 22 de agosto de 2021), p. 200, entiende así salvada la aparente paradoja de que Marciano diese al mar la condición de bien común a todos los hombres cuando funciona como una *res fiscalis* a efectos de obtención de rentas públicas. En su opinión «no puede descartarse que este jurista de amplia formación cultural e influido por una visión estoica del mundo, pero integrado en la cancillería imperial y conocedor de los intereses fiscales vinculados al medio marino, acuñase la expresión res c*ommunes omnium* como categoría jurídica y la aplicase al mar con una finalidad doble: la primera sería ofrecer una versión abierta del Derecho Romano de su tiempo a los destinatarios de su obra, muchos de ellos *novi cives* merced a la *Constitutio* antoniniana; la segunda finalidad habría sido asegurar la titularidad pública de unos recursos de los que el emperador obtenía ingresos relevantes, preservando el interés del *Princeps* al excluir el dominio privado sobre el medio marino, de manera contundente y definitiva».

jurisprudenciales a los que hemos aludido. La razón puede estar en la propia evolución de la *res publicae*, concebidas no ya como pertenecientes al *populus romanus*, sino como integrantes del patrimonio imperial (*fiscus Caesaris*). Lo que lleva a la necesidad de delimitar mejor las categorías y reconducir las cosas que, por naturaleza, han de corresponder a todos dentro de la genérica *communes omnium civitatium*. Sin olvidar que, en última instancia, se preservan los intereses del fisco, al posibilitar el uso común del medio marino y sustraerlo de la apropiación privada[92]

El uti possidetis: su aplicación en la delimitación de espacios marinos en la sociedad internacional contemporánea

Como apunta la María Teresa Infante, los conflictos territoriales y marítimos entre Estados han sido y son una constante de las relaciones internacionales, siendo de suma importancia que las mismas se arreglen de forma pacífica[93]. La labor de la CIJ en este sentido ha sido fundamental[94]. Su vasta jurisprudencia ha generado y ha confirmado toda una serie de principios y reglas sobre las cuales se sustentan dichos arreglos, tales como el principio de continuidad de los tratados de carácter territorial o el principio del *uti possidetis iuris*. La aplicación de este principio a la hora de resolver conflictos en la delimitación de espacios marinos entre Estados constituye uno de los temas más álgidos a los que se ha enfrentado (y se enfrenta) la CIJ. Siendo, como hemos visto, un principio aplicado en momentos históricos en los que la soberanía de los Estados se limitaba al ámbito terrestre, encuentra difícil acomodo a la hora de definir los confines de nuevos espacios sometidos a soberanía (los marítimos) desprovistos de una dimensión histórica. En el caso de las fronteras terrestres, la dicotomía a la que se enfrentaban los tribunales internacionales era la de aplicar los principios cardinales que regían los antiguos tratados utilizados entre Estados en virtud de la *Convención de Viena* o atender al principio *uti possidetis* como herramienta jurídica para la definición de sus limites fronterizos. La situación ahora se complica enormemente al producirse una erosión de las instituciones del derecho del mar. Si hasta 1945, por dar una fecha aproximada, se distinguían fundamentalmente dos espacios marinos, esto es, el mar territorial y la alta mar, a partir de dicha fecha, y como consecuencia de las nuevas tendencias internacionales, se ha producido un ensanchamiento del espacio sujeto a soberanía y jurisdicción de los Estados en una clara tendencia de *territorialización* de los mares y océanos. La creación de nuevos espacios marinos ha producido tradicionalmente conflictos de delimitación entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, conflictos que, a causa del Derecho resultante de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (más millas, más espacios y la sustitución de la cómoda regla de la línea media o equidistante por la del acuerdo que conduzca a una solución equitativa) se han complicado enormemente.

92. *Vid*. M. SARGENTI, «Le res nel diritto del tardo Impero», en *Labeo* 40 (3), 1994, pp. 309 y ss.

93. M. INFANTE CAFFI, «Las fronteras desde la perspectiva del Derecho Internacional» en *Estudios Internacionales*,185, 2016, pp. 59-86.

94. Para más información *vid*. A. G. LÓPEZ MARTÍN, "Principios y reglas de solución aplicables a las controversias territoriales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", ACDI - *Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 6, 2014, pp. 15-45.

En este orden de ideas, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR) declara los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo –bajo la denominación de "Zona"- fuera de los límites de la jurisdicción nacional, considerándolos "patrimonio común de la humanidad". Ello equipara, en cierta manera, el régimen jurídico de la llamada "Zona" a la categoría romana de res *communes omnium*, entendiendo por *omnium* a toda la humanidad. Sin pretender hacer dogmática retrospectiva y sin obviar la complejidad que resulta en la actualidad la regulación del Derecho del mar, como uno de los ámbitos jurídicos más complejos del Derecho internacional público, no hemos querido dejar de apuntar los aspectos fundamentales que llevaron a uno de los ordenamientos jurídicos más completos de la Antigüedad, como es el Derecho Romano, a regular – dentro de los límites de su mundo conocido- toda la materia concerniente a uno de los espacios y recursos esenciales de la vida y el desarrollo humano.

Como afirma el profesor Sánchez Rodríguez[95], la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* en la delimitación de los espacios marinos es una cuestión que no es nueva para la doctrina, la práctica ni la jurisprudencia internacional. Es cierto que su aplicación principal ha afectado principalmente a los espacios terrestres (incluidas las islas), ya que ese dominio espacial era el único solicitado por las partes en conflicto en sus respectivos *petita*. Excepcionalmente también se ha solicitado en tiempos más recientes para la delimitación de los espacios marinos. Desde un punto de vista doctrinal, la aplicación de este principio para la delimitación de los espacios marinos ha sido aceptado por expertos en cuestiones de fronteras. El primero en hacerlo fue el profesor Daniel Bardonnet[96], especialista reconocido en delimitaciones terrestres y marítimas. Después de un análisis completo y exclusivo de la práctica existente en la materia se pronunció a su favor.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la vieja sentencia conocida de la Corte de Justicia centroamericana de 1917[97] había admitido sin alguna dificultad que los tres Estados ribereños del Golfo de Fonseca (El Salvador, Honduras y Nicaragua) habían sucedido los derechos de la Corona de España sobre la mayor parte de la superficie marítima de sus aguas, cuando accedieron a la independencia en 1821. Muchos años más tarde, en un contexto histórico, geográfico y político completamente diferente, la sentencia arbitral del Tribunal arbitral para la determinación de la frontera marítima Guinea Bissau/ Senegal de 31 de julio de 1989 aceptó expresamente la aplicación de ese principio en la delimitación de espacios marítimos entre países africanos[98].

De igual modo, conviene recordar que con ocasión del asunto de la plataforma continental (Tunez/Jamahiriya árabe libia) dos jueces tuvieron la ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del *uti possidetis* en los espacios marítimos. El primero fue el juez Ago en su opinión consultiva individual, sostuvo que:"L'existence d'une délimitation prologée au-delà de la limite extérieure des eaux territoriales ayant été respectée sans qu'aucune difficulté se soit élevée pendant les quatre décennies antérieures à l'accesion à l'indépendance, elle aurait dû être considérée, je pense, comme la donnée de base,

95. *Vid*. L. I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ, "L'uti possidetis: application à la délimitatión maritime", Le processus de délimitation martime. Etude d'un cas fictif. Colloque international, Monaco 27-29 mars 2003, Peris Pedone, 2004, pp. 303- 315.

96. D. BARDONNET, "Frontières terrestres et maritimes", *Annuaire Français de Droit International*, 1989, pp. 59 y ss.

97. CIJ *Recueil* 1992, p. 590 y ss, par. 388 y ss.

98. *Vid*. el texto de la Sentencia en *Revue General de Droit International Publique*, tome 94, 1990/1, p. 204 y ss.

s'imposant aux Parties après l'indépendance également, en vertu, des mêmes príncipes du droit international général en matière de succession d'États et des mêmes príncipes proclamés par l'Organisation de l'unité africaine, que la Cour a évoqués à propos de la frontière terrestre de 1010"[99].

Conclusiones

El actual principio de derecho internacional *uti possideti iuris* tiene sus orígenes en el Derecho Romano, concretamente se toma del Interdicto del Pretor, de tipo procedimental, que reza *uti possidetis, ita possideatis* (así como poseéis, continuad poseyendo). Por este interdicto se prohibía a las Partes alterar el estado de la posesión del inmueble existente entre ellas, siempre que ésta no hubiera sido obtenida con violencia, de forma clandestina o a titulo precario. Se trataba en cierta manera de una prohibición de alterar el *status quo* y de una solución in *limine litis*.

Con sentido análogo pasó a ser adoptado en el Derecho internacional general para describir un método de determinación de los cambios territoriales acaecidos como resultado de un conflicto o una guerra. De esta forma, el derecho internacional daba el nombre del *uti possidetis* al sistema de consolidación de la situación *de facto* resultado de enfrentamientos. Podría decirse que, sobre la base de este principio, los ex-beligerantes adquirían titulo de soberanía sobre el territorio bajo su control.

Si bien encontramos manifestaciones de su aplicación en el territorio europeo con ocasión de tratados internacionales clásicos, no será hasta los movimientos de emancipación de los países latinoamericanos cuando este principio adquiera un rango constitucional y, posteriormente, de derecho internacional positivo. Con esta fórmula jurídica se concedía precedencia al título jurídico sobre la posesión efectiva, como la base de la soberanía. Su propósito era garantizar el respeto a los límites territoriales que existían en el momento de su independencia. Siendo dichos límites más que delimitaciones entre diferentes divisiones administrativas de territorios coloniales, sujetas al mismo soberano, su aplicación daba como resultado su transformación en fronteras internacionales.

A pesar de sus raíces romanísticas, este principio llega al continente Latinoamericano con un significado diferente. Con una clara dimensión política y de derecho público, aplicándose como solución ante posibles conflictos de delimitación. La lógica seguida era la siguiente: los nuevos Estados adquieren las fronteras internacionales siguiendo aquéllas que tenían cuando dependían política y administrativamente de España en el momento inmediatamente anterior al de su accesión a la independencia. Esta práctica, que se inició con carácter práctico y para evitar conflictos entre los nuevos vecinos, fue aceptada por los diferentes gobiernos latinoamericanos, pasando a ser incorporada no solo en las constituciones de los Estados, sino en numerosos tratados bilaterales, multilaterales e incluso en conferencias internacionales. El continente americano no agotaría, sin embargo, los límites geográficos de la aplicación de esta solución. Su internacionalización se produciría gracias a la jurisprudencia de la CIJ, que lo calificaría como "a firmly established principIe of international law", situado en el mismo plano y en íntima

99. CIJ *Recueil* 1982, pp. 97-98, par. 5.

conexión con el principio de libre determinación de los pueblos y el de intangibilidad de las fronteras. Siendo, como hemos visto, un principio aplicado en momentos históricos en los que la soberanía de los Estados se limitaba al ámbito terrestre, ha encontrado difícil acomodo a la hora de definir los confines de nuevos espacios sometidos a soberanía (los marítimos) desprovistos de una dimensión histórica. A pesar de ello tanto la doctrina como la jurisprudencia de la CIJ han aceptado su aplicación en estos casos.

Pacta Sunt Servanda : origen y significado en el Derecho Romano. Recepción en la legislación argentina

Mariana Verónica Sconda[1]

1. Abogada- Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de la Universidad de Flores y en la Universidad Católica de Salta. Profesora adjunta Interina en la Universidad de Morón. Investigadora categorizada UBA.

Introducción

Este trabajo plantea como objeto de investigación el significado del aforismo latino *pacta sunt servanda*.

Analizaremos su origen en el Derecho Romano, su evolución, incidencia y posterior recepción en la Legislación Argentina.

Se debe destacar que, en la antigüedad, era importante respetar la palabra empeñada, cumplir con lo pactado, pero en el mundo actual esto se torna casi imposible, debido a las circunstancias económicas o sociales que impulsan a los hombres a asumir compromisos muchas veces injustos.[2]

Concepto y evolución de los vocablos pactum, conventio y contractus en el Derecho Romano

A través del desarrollo evolutivo del Derecho Romano, la locución latina *pactum* se caracterizó por no poseer una noción unívoca, y además tuvo una diversidad en sus aplicaciones, todo esto dificultó la obtención de un concepto uniforme y lineal.[3] Este vocablo incluido en las primeras fuentes legislativas romanas supone un motivo de discusión en torno a su contenido: por un lado encontramos a una posición de corte negativo, en el sentido de que el pacto se limitaría en el ámbito procesal a la renuncia de pretensiones, en la medida que carecería de una eficacia sustancial directa, pero en la época de la Ley de las XII Tablas, aflora otra postura divergente que asignaría al *pactum* un efecto más amplio, no tanto abdicativo, sino más bien como expresión de un verdadero acto de pacificación, con base en la obra del jurista Gayo (D. 2. 14. 48- D. 47. 22. 4).[4]

El *pactum* está vinculado etimológicamente con *pax* (D. 2.14.1.1; Festo, vº *pacionem*), entendido como la transacción que pone fin a una controversia. Así aparece en la Ley de las XII Tablas, en la tabla 8.2, refiriéndose al delito de *iniuria*: "Si se rompiera un miembro, que sea el "talión", es decir, que el que sufrió la *iniuria* le rompiera un miembro al ofensor, salvo que se pactara con el agresor". Por lo tanto, desde un principio la palabra

2. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 33. «El fundamento de la responsabilidad contractual es el principio de la autonomía de la voluntad; el hombre es libre para ligarse o no con sus semejantes por vínculos jurídicos. Pero si se compromete a cumplir determinadas obligaciones y no lo hace, debe responder por los daños ocasionados el cocontratante que confió en su compromiso».

3. ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho Romano*. Córdoba- España, Ed. Publicaciones Universidad de Córdoba – España, 1995, pp. 85. STURM, F. *Il pactum e le sue molteplici applicazzioni. Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell´esperienza Tardo-Repubblicana. Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo*, Nápoles, Università Degli Studi di Reggio Calabria, Ed. Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, 1990, pp. 168 y ss. BURILLO LOSHUERTOS, J. «Los pactos en el Derecho Romano», *Anales de la Universidad de Murcia*, *Vol. XXII*, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964, pp. 151 y ss.

4. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 223, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). BURILLO LOSHUERTOS, J. « Los pactos en el Derecho Romano», *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXII, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964 pp.152 y ss.

pactum o *pactio* tuvo un significado de acuerdo entre las partes tendiente a enervar los efectos de una obligación. Inicialmente en el campo procesal romano los pactos tenían la finalidad de extinguir las acciones emanadas del delito, circunstancia que explicaría su estrecha conexión con la figura de la *transactio*.[5] El pacto en el D. 2.14.1.2 está definido

5. DI PIETRO; A; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 189 y ss. D. 2.14.1.1: «Mas dícese pacto de pacción; de dónde también se apellidó el nombre de paz. » DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 278. RASCÓN GARCÍA, C. Y GARCÍA GONZÁLEZ J. M.; *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid, Ed. Tecnos, 1993, pp. 21 y 85. «Tabla 8.2: si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese el talión». « Al cuestionar Gelio (20,1,14 ss.) la posibilidad de aplicar esta ley, plantea un interesante juego de palabras. Se pregunta cómo rompiendo un miembro a otro, aquél que sufrió la rotura puede aplicar una pena equilibrada con la injuria sufrida. Por ejemplo, si se rompe un miembro sin querer, si no hay acuerdo, habrá de rompérsele, también sin querer, el mismo al que causó el daño, porque un golpe fortuito y otro premeditado no hacen talión. El precepto debió representar un freno a la venganza privada, tanto para evitar que quedaran impunes las ofensas a los más débiles como para imponer la proporcionalidad en la respuesta de los más poderosos». AULO GELIO, *Noches Áticas*. Traducción al español de M. Carmen Barrigón Fuentes y Jesús M. Nieto Ibáñez, Madrid, Ed. Akal, 2009, pp.704 y ss. ARANGIO RUÍZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 10º edición por J.M. Caramés Ferro Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, pp. 393 y ss. BERNARD, R.; « Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 223-239, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «D. 2, 4, 22, 1. La conexión histórica e identificación de los pactos con la transactio en el Derecho Romano, en cuya virtud el pacto o transacción válida produce una acción, planea de forma implícita en algunas fuentes romanas (Codex 2, 4, 40 y 41)». «Se llegan a confundir los términos *transactio* y *pactum*, pues no debemos olvidar que la *transactio* constituyó el prototipo de los pactos suscritos en el derecho clásico, en la medida que, por su través, se resolvía un conflicto sin necesidad de entablar un pleito, de tal suerte que llegará a ser reconocida como contrato innominado en la época de Justiniano. Sin embargo, la concesión de la *actio praescriptis verbis* con la finalidad de hacer efectivo su cumplimiento, producida a finales del Principado y más concretamente en tiempos del emperador Alejandro Severo (230 d.C.), resultará ser el germen decisivo y determinante para la tipificación y catalogación posterior de la *transactio* como un verdadero contrato innominado (C.2.4.6). » De Vaan, M.; Etymological Dictionary of Latin and other Italic Languages, Leiden, Brill, 2008, pp. 452. *«Pax, pacis, 'peace'- Derivatives: pacere, 'to come an agreement (Lex XII),'agreement, means' (Lex XII), pactio, 'agreement, settlement', pacere '?' (Duenos insc.),'to impose a settlement' (Cic.), pacatus ' peaceful, settled', paciscere 'to arrange by negotiation, betroth', pactum, compacisici 'to make an agreement', compa/ectum 'agreement', depecisici ' to come to terms, agree', pacificari 'to be reconciled', pacio, pactio (Fest.). The verb pacare, maybe already attested in de Duenos inscr. (but this is uncertainust be derived from the noun pax. The pr. Pacere is explained as thematization of an earlier rott aorist by Meiser 2003. »* BERGER, A.; *0*. Philadelphia.Transaction of the American Philosophical Society (1953), New series. V. 43 – part. 2. Reproducido 2004 The Lawwbook Exchange, Clark, New Jersey, pp. 614 y ss. *«Pactum: the agreement (placitum) and cosent of two or more persens, concerning the same subject (in idem). D.2.14.1.2. Since the earliest times the term applied to any agreement. Even in the international relations an agreement between the commanders of two armies engaged in a fight, was termed pactum. In the law of obligations pactum (pacisci) is used in the broadest sense, both with regard to contractual and delictual obligations. With regard to the latter, pactum referred to a composition between the offender and the person injuried by the wrongdoing (delictum) and still in classical law a transaction with the person damaged excluded the availability of the pertinent penal action (in the case of a theft the actio furti, or in the case of iniuria the action iniuriarum). In such cases the pactum produced the extinction of an obligation. In the province of contractual obligations the development of pacta (formless agreements) was due to the praetorian Edict in which the praetor proclaimed: 'In shall protect pacta conventa (agreements, mutual understandings) which were concluded neither by fraud, nor contrary to statutes,*

como el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida y en D.50.12.3.pr en donde se expresa que «el pacto es el consentimiento y la convención de dos». En el período *respublicano*, el sustantivo *pactum* o su plural *pacta*, derivan del vocablo *pacisci*, que significa pactar, ponerse de acuerdo, y es un verbo de uso posterior al antiguo *pacere*. Para la experiencia jurídica romana, eran acuerdos entre las partes que no estaban revestidos de los requisitos formales pretendidos por el ordenamiento, y legitimaban a las partes para reclamar su ejecución judicialmente por sí mismos[6].

plebiscites, senatusconsulta, imperial dcrees, or edicts, nor with the intention to evade fraudulenty one of those enactments' (D.2.14.7.7). The protection was granted in the form of an exception if one party was sued contrary to the agreement reached in a formlees pactum. In iudicia bonae fidei, governed by good faith, an exception was superfluous inasmuch as the judge had to pass the judgment according to the principles of bona fides which implied that any reasonable agreement between the parties be taken into consideration. D. 2.14; C. *2.3.»* ERNOUT, A.; Y MEILLET, A.; *Dictionnaire étymologique de la langue latine, 3º ed. Paris, Klincksieck, 1951, pp. 838 y ss. «Paco, pax, pacis: fait de passer une conventions entre deux parties belligérantes (l' état de paix resultante de la pax se disant plûtot otium, cf. indutiae): 'pacem a pactione condicionum putat dictam Sinnius Capito, quae utrique inter se populo sit observanda' dit Festus 260,13. Personnifié et divinisé: 'divinité qui préside à la paix, Paix'. Sens dérivés: 'agrément d' une convention ou d' une demande, sentiments qu' améne la paix, bienveillance'; cf. Vg. Ae. 3,369 Hic Helenus, caesis primum de more iuuencis, exhorta pacem diuum; Cic. Rabir. A pacem ac veniam ab Ioue petere; et les expressions pace tua, sine pace tua (Vg. Ae. 10,31). 'Avec, sans ta bienveillance, c. – à – d. ta permission'. 'Pax' est un nom d' action, du type nex, preces, etc., de la racine 'pak' - 'fixer pare une convention, résoudre par un accord entre deux parties', alternant avec 'pag', qui désigne surtout un acte physique, cf. 'pango, com- pages'.A cette même racine appartiennent les formes anciennes, pacit, pactum, d' un verbe pacere, usitées dans la loi des XII Tab. 8,2, ni cu meo pacit, talio esto ' s'il ne conclut pas un accord avec lui';1,6 rem ubi pactum, orato... ni pacunt 'an cas où ils terminent l' affaire par un accord'; pacio, - onis f., cf. Fest. 296,35 'pacionem antiqui dicebant quam nunc pactionem dicimus', cf. dictio – onis. La langue classique a gardé l' inchoatif paciscor, - eris, pactus sum pacisci (doublet pacisco, – is dans Naevius et Plaute), de même sens que pacere, et pactio. »*

6. TORRENT- RUÍZ, A.; *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid, Ed. Edisofer SL., 2005, pp. 837. «Era un acuerdo no formal entre las partes, convención no embebida de una figura reconocida por el *ius civile* de manera que su cumplimiento no podía reclamarse directamente a través de una acción, sino sólo por medio de excepciones (*nuda pacta, ex nudo obligatio non nascitur*)». «El concepto de *pactum*, es uno de los más discutidos en la ciencia romanística, es posible que naciera como acuerdos no formales entre dos partes con intereses divergentes con los que cerraban sus discrepancias satisfactoriamente para ambas. Una explicación dada por Manenti a principios del siglo pasado, entendía que el *pactum* no tenía un contenido genérico, sino el específico de acuerdo dirigido a desterrar total o parcialmente el ejercicio de una acción, lo que equivale otorgar al pacto una eficacia meramente negativa, explicación aislada en la doctrina que en general distingue entre el contractus (en sus diferentes figuras tipificadas), que engendran una *obligatio*, y el *pactum* considerado como simple acuerdo que sólo se puede hacer valer por medio de una *exceptio*, en base a la regla *nudum pactum non paritobligationem sed exceptionem* , regla que Sanfilippo considera originaria. Desde otro ángulo, Magdelain sostiene, que en un momento poco evolucionado del ordenamiento romano debe identificarse *pactum* con consensus in idem placitum; ésta sería la base del primer Edictum de Pactis , dónde pactum tendría un sentido general que se iría restringiendo en la medida que el *ius civile* asumió como propios los *bonae fidei iudicia* difuminando la categoría de los pactos expresados en la regla *pacta conventa in sunt bonae fideiiudicia* (los pactos son inherentes a los juicios de buena fe); paralelamente iba tomando una configuración autónoma la primitiva *conventio pignoris* ejercitable por medio de la *actio Serviana*». En el mismo sentido opina ARANGIO RUÍZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 10º edición por J.M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986., pp. 393 y ss. «El sustantivo *pactum* expresa, como el antiguo verbo *pacere* y también el más moderno *pacisci*, un acuerdo concluído entre dos personas, de las cuales una está vinculada hacia la otra con el fin de disolver o transformar el

En la época clásica, el *pactum conventum*[7] era entendido como un acuerdo entre el acreedor y el deudor, tendiente a demorar o dejar sin efecto la obligación, ejemplos de

vínculo». BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8º edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid, Ed. Reus, 1965, pp. 515 y ss. «La convención privada de formas y no concertada a base de una de las causas para las que se requiere formalidad, llámese en general, en la doctrina justinianea, pacto (*pactum, pactio, pactum conventum*), o también, para distinguirlas de las convenciones reconocidas, o sea de los contratos, pacto simple. El pacto simple (*nadum pactum*) no transfiere derechos, no genera obligaciones jurídicamente perfectas: a base de ellas no hay acción». MALTBY, R.; *A Lexicon of Ancien Latin etymologies*, Leeds, Cairns, 1991, pp. 440. *«Pactum: Ulp. D. 2.14.1.1 pactum... a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.* Cassiod. in psalm. 118, 158, 1.2902 *A. pactum... a pace dictum, quasi ex pace conveniens sciptura, legibus et moribus comprobata; et dictum pactum quasi ex pace factum, ab eo quod est paco, unde et pepigit. vide pax. »* BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 222 y ss, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «En Roma se reputaba *pactum* al acuerdo de voluntades desprovisto de formalismos y que, por ende, adolecía de una causa revestida de la formalidad exigida por el ius civile sobre la cual sustentarse. Frente a algunas conventiones reconocidas por el *ius civile*, en este caso constituyéndose como fuente de las obligaciones, los simples pactos (*nuda pacta*) representaron una modalidad de *conventiones* que, a diferencia de la *stipulatio*, ni transferían derechos, ni engendraban obligaciones, ni tampoco generaban una acción. En su virtud, el pacto carente de su respectiva *causa civilis* no era considerado un contrato, ni emanaba una *actio* procesal que lo protegiera (*ex nudo pacto nos oritur actio*), puesto que solo el pactum aunado a una causa *civilis* se transformará en contractus. En el período de la República las voces *pacisci* y *pactum* apuntan más en la línea de una actuación positiva en el sentido de acordar, establecer y convenir que en el de renuncia a una pretensión, de tal manera que las mencionadas voces tienden a ser sinónimas de otras como *convenire, conventum, consensus, consentire, placere, placitum*, alejándose, por ende, del significado primigenio del texto decenviral».

7. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 276. «Este texto es muy complejo, dado que los compiladores, según se sospecha, debieron haberlo manipulado, si bien lo ahí dicho debió corresponder en mucho a lo afirmado por Ulpiano. La rúbrica del Título XIV, del Libro II del Digesto es "*De Pactis*" (Sobre los Pactos). Está precedido por el Título XIII "*De edendo*", es decir, tratando las cuestiones preliminares del juicio, y continuado por el Título XV "*De Transactionibus*", sobre las transacciones, esto tiene su lógica, ya que uno de los principales casos de pactos es la transactio. En el Código en el Libro II, Título III, se nos presenta la misma rúbrica "*De Pactis*", seguida por otra "*De Transactionibus*", en el Título IV. Quizás, como lo propone Á. D'ORS, lo más probable es que la rúbrica dijera "*De pactis conventis*", dado que conventum es un adjetivo que generalmente califica al pactum. (*Pactum conventum* = pacto convenido). Lo cierto es que Ulpiano no sólo habla de los *pacta conventa*, sino que plantea el tema de las convenciones. En los textos postclásicos, como ocurre en *Consultatio* (4,3), las dos rúbricas aparecen unidas "*De Pactis et conventionibus vel transactionibus*", al igual que en las *Pauli Sententiae* (1,1)». ADAME GODDARD, J.; «Los pactos en las Sentencias de Paulo. (Análisis del Título I del Libro Primero)», en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I. Derecho Romano. Historia del Derecho, (Nuria González Marín - coordinadora), Serie de Doctrina Jurídica Nº 282, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. UNAM, México 2006, pp. 1-30. ADAME GODDARD, J.; «Comentario histórico jurídico al Libro I de las Sentencias de Paulo», *Serie de Doctrina Jurídica* Nº 509, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. UNAM, México 2010, pp. 59-88. BURILLO LOSHUERTOS, J. «Los pactos en el Derecho Romano», *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXII, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964 pp. 154 y ss. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 239 y ss., http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021).

estos tipos de pactos eran el *pactum de non petendo*, es decir, de no reclamar la deuda[8]. Los pretores los admitieron y protegieron de acuerdo con los criterios de de buena fe y equidad, así se puede ver el un texto del libro IV de Comentarios al Edicto de Ulpiano que se recoge en el D. 2.14.7.7: «Dice el pretor: mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos». Por lo tanto, no les otorgó para su protección *acciones* a los *mera pacta conventa* sino *excepciones,* (D. 2.14.7.4: «el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción»)[9].

8. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 278. «Tal era el caso típico del *pactum de non petendo*, es decir, aquel pacto por el cual el acreedor con su deudor de que no le reclamará la suma que éste le debe (Gayo, IV, 116 b), o que no se reclamará sino después de que pasen 5 años (Gayo, IV, 122) ». BERGER, A.; *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia.Transaction of the American Philosophical Society (1953), new series. V. 43 – part. 2. Reproducido 2004 The Lawwbook Exchange, Clark, New Jersey, pág. 615. *«Pactum conventum: A term which seemingly was used asa technical one in the praetorian Edict (pacta conventa). It is uncertain whether the expression is to be understood as two nouns (= pact – agreement) or as a 'pact agreed upon'.»* BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; *RIDROM*, Revista Internacional de Derecho Romano, on line 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 223 y ss., http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «El *pactum de non petendo*, por el que las partes acordaban no entablar acción judicial para reclamar su derecho, hasta el punto de que, de contravenir el pacto, el demandado podría interponer la *exceptio pacti conventi* para neutralizar y paralizar la acción ejercitada con tal propósito. Sin embargo, el pacto con este origen ya fue empleado en la época del Derecho Romano clásico con otras finalidades, puesto que, en la medida que presuponía la previa existencia de una obligación, se podía, por ejemplo, pactar el plazo o el lugar de pago de la deuda, o bien fijar el propio contenido de las obligaciones.»

9. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.; *Sistema contractual Romano*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, pp. 235 y 236. «Se considera pacto al mero acuerdo de voluntades sin revestimiento formal. Se basa en la simple voluntad de las partes contratantes. En el Derecho Romano, en la época postclásica se distinguió entre pactos vestidos y pactos nudos, es decir, desnudos. Los primeros son aquellos que excepcionalmente se encuentran dotados de acción, de tal manera, que se hacían exigibles las prestaciones en ellos convenidas. Adquieren eficacia, bien por formar parte de ciertos contratos – *pacta adiecta* - , bien por ser protegidos por los pretores – *pacta praetoria*-, o bien por tener su origen en disposiciones de los emperadores – *pacta legitima*-. Los *pactos nudos*, son aquellos pactos de los cuales no nace acción, como el llamado *pactum de non petendo*, pacto de no reclamar». DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 278. En el mismo sentido Bernard, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pág. 224, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «Dicha protección resultaba insuficiente, lo que impulsaría la necesidad de reconocer una acción en favor de quienes suscribieron el pacto, un proceso que resultó lento en el tiempo, cuya demora propiciaría la admisión de la validez de algunos pactos adjuntos inicialmente a los contratos de buena fe (*pacta adiecta*), para luego extenderse también a los contratos *stricti iuris*, situación que desembocaría en el reconocimiento de algunos pactos, llamados *pacta vestita*, frente a los pactos desnudos –*nuda pacta*-, desprovistos de cualquier tipo de *actio* (D. 2.14.7.4). En su virtud, el Derecho Romano entendió por nuda pactio el acuerdo informal relativo al cumplimiento de las obligaciones, o tendente a modificar alguna cláusula de un cumplimiento fuera exigible con base en la *fides*, todo ello sin perjuicio de la concesión efectuada por parte del pretor de una *exceptio* para el supuesto dado de que una de las partes contratantes resultara demandada en contravención de lo establecido en dicho pacto»." DE LOS MOZOS TOUYÁ, J.J. «Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del *ius commune*», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística* Nº 27, Madrid 2014, pp. 127-128.

Un sentido especial tenían los pactos que se agregaban a los negocios, llamados *pacta adiecta*, que modelaban los efectos de éste. Se podían incorporar en un contrato consensual como la compraventa, el *pactum commisorium*, el *pactum in diem addictio*, el *pactum displicentiam*, el *pactum de retroemendo*. En esto tenemos una diferencia con los negocios que dan lugar a una *actio stricti iuris*, como el caso de la *stipulatio* o del mutuo, respecto de los cuales no se habla de *pacta adiecta* en la época clásica. En cambio, en los contratos consensuales que provocan un *iudicium bonae fidei*, los pactos *adiecta* integran el contrato, por lo que también son denominados *leges privatae* de él. Es por ello que son tenidos en cuenta por el *iudex* en el *iudicium bonae fidei,* precisamente porque están en el mismo negocio. Respecto de estos *pacta adiecta*, ya desde la etapa clásica, se hace una distinción entre los llamados *ex continenti* y los pacta *ex intervallo*. Los primeros eran los celebrados inicialmente en el momento de la conclusión del contrato, y de algún modo, respetando los caracteres esenciales del negocio, modificaban el sentido de las obligaciones, en cambio, los *ex intervallo* eran los establecidos después de la concreción del *consensus* inicial y mientras se estaba en la etapa de cumplimiento del contrato. Por ello figuran como pactos separados del negocio tal cual éste se había convenido. [10]

Los pactos agregados son calificados en el esquema de la teoría general del negocio jurídico como elementos accidentales, ya que son introducidos por expresa declaración

10. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 278. «En el caso de la *stipulatio*, la obligación que se genera está conformada por las palabras empleadas en dicho negocio, en las cuales se pueden establecer determinados aspectos, como por ejemplo los intereses, el lugar de pago, etc., por lo que no existe, por lo menos en el derecho clásico, ninguna eficacia valedera para ejercitar una *actio* en cumplimiento de un pacto que no quede integrada en las palabras mismas empleadas. Lo mismo ocurre con el mutuo, ya que su naturaleza implica que hay que devolver la misma cantidad de cosas, por lo que no resulta exigible, un *pactum usurae* para que el deudor tenga que devolver, en carácter de intereses, más dinero que el que a prestado. Si se hubiera celebrado un mutuo con una *stipulatio*, en la cual estuvieran prometidos dichos intereses, éstos resultarán exigibles por la *condictio* respectiva. Pero si los intereses se hubieran meramente pactado, dicho pacto no forma parte ni del mutuo ni de la *stipulatio*, razón por la cual "si te hubiere dado 10, para que me debas 11 por la *condictio* sólo te podré reclamar diez". (D. 12.1.11.1). Si bien el pacto no genera una *actio*, sí genera una *exceptio*. Esta valdría en el ejemplo dado.» DI PIETRO; A; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 190 y ss. «El *pactum* no productor de acción, pero sí de excepción, se contrapone a la *stipulatio*, que sí produce acción para el acreedor. Los bizantinos, poniendo en primer lugar la vigencia del *consensos*, admitirán que se puedan agregar pactos a estos negocios. Así, respecto a la *stipulatio*, aprovechando la desvirtuación de este negocio en la época postclásica (D. 12.1.40; D. 2.14.4.3) y extendiéndolo al mutuo (D. 12.1.7). Pero le establecieron un límite, admitiendo los pactos que eran favorables al demandado (*pacta pro reo*), manteniendo una actitud distinta respecto de los que agravaban la situación del deudor, tales como el pacto de intereses D. 2.14.17.pr; D. 12.1.11.1). Sin embargo, admitieron la inserción en el mutuo de un pacto pro actore, como el pacto de solidaridad activa, que no hace a la naturaleza del mutuo y hubiera requerido una *stipulatio* (D. 46.1.71 pr; C. 4.2.5. pr, 9 y 12) y también el que permite al deudor hacer pagos parciales (D. 22.1.41.1)». BERGER, A.; *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia.Transaction of the American Philosophical Society (1953), new series. V. 43 – part. 2. Reproducido 2004 The Lawwbook Exchange, Clark, New Jersey, pp. 615. *«Pactum adiectum: (A non roman term). An additional agreement to a contract involving a change of the typical content thereof. Thus, for instance, a pactum adiectum in a sale was the addiction in diem, or Lex Commissoria. Pactum ex continenti et pactum ex intervallo: an additional clause (pactum adiectum) to a contract agreed upon by the parties at the conclusion of the contract. Ant. pactum ex intervallo= an agreement, reached afterwards, primarily in favour of the debtor.»*

de la voluntad de los contratantes. La declaración del pretor «*Pacta conventa... servabo*» (D. 2.14.7.4) , por la que protegía cualquier pacto no encuadrable en algunas de las categorías previstas por el *ius civile*, concediendo una excepción al demandado, ofrece un significado especial respecto de los acuerdos concluídos con ocasión de un contrato consensual, *pacta in continenti adiecta*. En estos casos, la *exceptio pacti* se consideraba inherente a los juicios de buena fe, sostiene Ulpiano en D. 2.14.7.5. Esto significa que, en los casos de *pacta adiecta*, para el supuesto de ser *ex continenti*, éstos no generan *actiones*, sino que la acción que nace es la del respectivo contrato, que conlleva en sí mismos estos pactos. Por eso, se dice que los *pacta adiecta inesse bonae fidei iudiciis*, (están contenidos en los juicios de buena fe), y que, a veces (*ex continenti*) forman parte de la misma acción por la cual se reclama en el contrato. En cambio, para los *pacta adiecta ex intervallo*, la consideración es distinta, por cuanto se los considera distintos y autónomos, y valen como simples pactos, no generan acciones, sino solamente excepciones[11].

El vocablo *conventio*, etimológicamente, viene de *cum venire*, (venir juntos)[12], según nos dice el *Thesaurus linguae latinae*: excepto en algunos pocos lugares no se lo encuentra antes de Salustio, resultando más frecuente a partir del siglo III d.C. En algunos textos del siglo I a.C. nos encontramos con expresiones que, si bien no se enuncian con el nominativo *conventio*, podrían ser entendidas por ciertos autores, en el sentido de convenciones. Así en la *Rhetorica ad Herennium* (2,13,19), encontramos que su autor dice que el *ius* proviene de estas partes: de la naturaleza, de la ley, de la costumbre, de la condena en juicio, de lo equitativo y lo bueno, del pacto. Esta lista enumerativa resulta extraña a la mentalidad de los juristas. La mención del *pactum* no nos puede inducir a

11. DI PIETRO; A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires,Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 278. «D. 2.14.7.5: "Antes bien, a veces forma (el pacto) la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Pero esto ha de entenderse así: que si los pactos subsiguieron inmediatamente están comprendidos también por parte del actor; mediando intervalo, ni lo estarán, ni valdrán si demandare, a fin de que el pacto no nazca acción... Sé que lo mismo respondió Papiniano, y que si, mediando intervalo después de la compra, se conviniese alguna cosa extraña a la naturaleza del contrato, no se puede por esta causa ejercitar la acción de compra conforme a la misma regla, para que no nazca acción del pacto; lo que también se habrá de decir en todos los juicios de buena fe. Pero por parte del demandado tendrá lugar el pacto, porque suelen también aquellos pactos, que después se interponen, producir excepciones». BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano.* Traducción de la 8º edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid. Ed. Reus, 1965, pp. 515 y ss. D' ORS, A.; «Cuatro logros del genio jurídico romano», *Revista La Ley T. 1984- B*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984, pp. 597.

12. MOSSET ITURRASPE, J.; *Contratos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998, pp. 21. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pág. 217, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «El término romano *conventio* aparece como el antecedente más remoto del carácter obligatorio de los pactos celebrados entre los contratantes a propósito de la *exceptio conventionis* (D. 2.14.36), con el mismo valor de la *exceptio pacti conventi*, en el marco jurídico del edicto del pretor. Precisamente, para la jurisprudencia romana el vocablo se concibe desde diversas perspectivas: ya como el instrumento hábil para obtener la resolución de un contrato de compraventa no cumplido (D.2.14.58); ya como un valor predominante omnipresente en el ámbito de los negocios (D. 18.5.5.pr- D. 46.3.38. pr); bien como un elemento inherente a todo contrato y a toda obligación (D. 2.14.1.3); o bien como un elemento común a todas las obligaciones nacidas *ex contractu*, de tal suerte que unos acuerdos privados producirían acción (contratos típicos) (D. 2.14.7.pr-1), en tanto que otros acuerdos atípicos solo generarían una excepción (*nuda pacta*) (D. 2.14.7.4)».

entender acá el vocablo como contrato, sino que puede ser entendido en el sentido de *nuda pactio*, la que genera excepciones o mejor aún, como *pactum adiectum*, o sea, el agregado a los contratos por voluntad expresa de las partes.[13] La palabra *conventio* es entendida a veces por los autores clásicos como un convenio que se identifica con el *pactum*, en donde la convención no genera acciones sino excepciones (D. 2.14.36; D. 2.14.33; D. 43.26.12.pr.). Y en otros supuestos el sentido de *conventio* se dirige a los denominados *pacta adiecta* en los contratos consensuales que tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium* (D. 2.14.58; D. 18.5.2; D. 46.3.80; D. 2.14.7.6; D. 18.5.5.1; D. 18.1.72; D. 18.1.9.1; D. 19.2.51.pr.).[14]

En la definición de *conventio*, en Ulpiano D. 2.14.1.3, el sentido de la palabra significa el género, consistiendo en el *consensus* por medio del cual dos partes llegan a un acuerdo (*consentiunt*), que puede ser ya para contraer un negocio (*negotii contrahendi causa*), o para excluir una *actio* por medio de una excepción (*ope exceptionis*). El *pactum conventum* es una de las dos especies que este jurisconsulto nos da de las *conventiones*, siendo la otra la *conventio* para contraer un negocio. Seguidamente cita a Pedio, el cual no dice que el contrato está fundado en la *conventio*, ni menos aún que se identifica con ella; sólo dice que todo contrato contiene en sí mismo una *conventio,* ya sea de obra o de palabra, es decir que hace referencia a las obligaciones que nacen *re y verbis*, en especial al caso del mutuo y la *stipulatio*. No figuran las *litteris*, ya que estaban en su ocaso, pero tampoco las nacidas, *ex consensu*, las cuales las trata en D.2.14.7.1.[15] Ulpiano, al tomar

13. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. «D' ORS, se expresa a favor de este último sentido, que el *pactum* aparezca frecuentemente en los retóricos como un tipo de documento, en Cicerón, *Part. orat.* 37, 130, cuando enumera entre las escrituras privadas el testamento escrito (*tabulae*), el documento contractual (*pactum conventum*) y la caución (*stipulatio*); de ahí también que se pueda decir que el *ius* nace del pacto: *ex pacto ius*. Y nos da como ilustración la función del pacto en la fiducia».

14. DI PIETRO, A; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 284 - 287. BERNARD; R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 225, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «En el Derecho Romano clásico en la conjunción, asimilación y práctica identidad de las nociones *pactum* y *conventio* (D. 50.12.3.pr - D.20.1.4), merced a la labor efectuada por el pretor cuando atribuyera a los pactos un valor jurídico del que hasta entonces adolecieron, lo que se reflejará en la concesión de la pertinente *exceptio* como remedio procesal.»

15. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 277, 282 y ss, 290 y ss. «Ulpiano al establecer como genérica la palabra *conventio*, está indicando la distinción que encontrará y desarrollará entre las *conventiones*, término que es genérico y que comprende no sólo a los pactos (*nuda pacta*), sino además a las formas de contraer un negocio». «D. 2.14.1.3: "La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para contraer un negocio o transigirlo consienten los que entre sí lo tratan; porque, así como se dice que convienen los de que diversos lugares se reúnen en un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención que como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación que se hace de palabra es nula sino tuviera el consentimiento». «Según Sargenti, está muy lejos de atribuir a la *conventio* la función característica del contrato». No tenemos elementos para considerar que es lo que realmente lo que se propuso Pedio al hablarnos de que la conventio está presente en todos los contratos, ni tampoco resulta claro por qué, por los ejemplos dados, solamente se refiere al caso

como básica la palabra *conventio*, establece tres clases de convenciones: las *ex causa publica* y *ex causa privata*, subdividiendo ésta última en *legitima* y en *ius gentium*. Las del primer grupo son ejemplificadas por las que se hacen por tratados de paz, cuando los generales pactan algo entre sí. Respecto de las segundas no define ni ejemplifica a qué llama *conventio legitima*. Las nacidas del *ius gentium*, algunas generan acciones y otras excepciones siendo estas últimas meros pactos *(nuda pacta)*. Las convenciones que producen acciones no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compraventa, locación, sociedad, comodato, depósito y los demás contratos semejantes (D.2.14.7.1)[16]. Si la convención no es admitida con el nombre propio de un contrato, pero subsistiera una causa, según le respondió Aristón a Celso, lo mismo hay una obligación. Así te di una cosa, para que me dieras otra. Sería el caso del llamado contrato innominado, en el cual Aristón ve un sinalagma. (Ulp., D. 2.14.7.2.)[17].

del mutuo, en el cual para el nacimiento de la obligación se requiere el traspaso de la cosa, y al de la stipulatio, donde son necesarias las formas verbales usuales en este negocio. Tampoco parece que sea este autor quien haya intentado construir una idea generalizada del contrato, basada en la necesaria conventio.» En igual sentido opina Dillon, G.; «La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el Código Civil Argentino», en *Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. Fortaleza- Ceará – Brasil*., Ed. Unifor, 2003, pp. 331. DI PIETRO, A; «La teoría del creditum en Álvaro D' ORS», *en el Libro Homenaje a Álvaro D'ORS*, Lima- Perú, Ed. Altuve- Febres y Dupuy S.C. R.L, 2001, pp. 102. "Lo que en realidad le ha interesado a Pedio es que hay obligaciones que no son contratos- el contrato es una especie dentro del género *obligatio*-, pero que también son convencionales, por ello es que menciona las nacidas *re* o *verbis*». DI PIETRO; A; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 189. «Según Ulpiano (D. 2.14.1.3.), la palabra *conventio* es un vocablo genérico que sirve para designar todo negocio, sea para celebrarlo o para transigir. Destaca que el elemento importante es el *consensus*, así como *con-venire* se dice respecto de dos o más personas que acuerdan "venir" y encontrarse en un mismo lugar, en el *consensus* hay un *con-sentire*, cuando por diversos movimientos del ánimo se encaminan a un mismo parecer. Y agrega la cita de Sexto Pedio, según la cual "no hay ningún contrato, ninguna obligación que en sí no contenga una convención, ya se haga de obra, de palabra; porque aún en la estipulación que se hace de palabra, es nula si no tuviera el consentimiento». «Los bizantinos le dieron prevalencia efectiva al *consensus*, es decir al aspecto subjetivo del negocio por encima de la naturaleza objetiva de las prestaciones obligacionales».

16. DI PIETRO, A; «La teoría del creditum en Álvaro D' ORS», *en el Libro Homenaje a Álvaro D'ORS*, Lima- Perú, Ed. Altuve-Febres y Dupuy S.C. R.L, 2001, pp. 102. «Ulpiano menciona los casos del Edicto XXIX, aunque alterando el orden del mismo, y cambiando el de *mandatum* por el de *commodatum* que carecía de una fórmula *in ius*. »

17. DI PIETRO; A; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 189. DI PIETRO; A; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 291y ss. «Respecto de la *conventio legitima*, Ulpiano no nos dice de que se trata. Sólo figura el texto de Paulo en D. 2.14.6, el que dice que la *convención legítima* es la que se confirma por alguna ley, y por lo tanto, a veces del pacto nace o se pierde una acción, siempre que esté apoyado en ley o senadoconsulto. Dentro de la línea consensualista, fueron los compiladores justinianeos quienes agregaron la mención de las *conventiones legitimae*, estableciendo que nacían por la fuerza obligatoria de determinadas Constituciones Imperiales . Suelen mencionar como ejemplos: el pacto dotal, el pacto de donación y el *compromisum arbitral*. (llamados pactos legítimos). Para Ulpiano, estas convenciones mencionadas, son *conventiones legitimae*.» «En el D. 2.14.1.4, los ejemplos de convenciones negociales mencionadas no significan que todas sean contratos. Se está refiriendo en general a las *conventiones* y lo único que nos dice es que en su mayoría no se las llama meramente convenciones, sino que pasan a tener otro nombre. Ello resulta claro en D.2.14.7.1, donde se establece que las convenciones que provienen del *ius gentium* y generan acciones no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato».

Por lo tanto, la expresión *conventio* era perfectamente adecuada a las ideas con una extensión general, mientras que la expresión *pactum* era dotada en la mayoría de los casos, de un sentido práctico y especial derivado del edicto del pretor.[18]

El vocablo *contractus*, en el sentido jurídico de contrato, no solamente no es usado por ninguno de los autores literarios ni historiadores de la época republicana, ni del período clásico. En latín se conoce el verbo *contrahere*, haciéndose de él muchas aplicaciones, ya sea para referirse a un hecho físico contraer la frente (*contrahere frontem*), respecto al acto de *contrahere captivos* (reunir los prisioneros), o en sentido moral como por ejemplo contraer una amistad (*contrahere amicitiam*). Es decir que este verbo arrojaba el significado de realizar, perpetrar, concitar, mas no se asociaba originariamente con el acto en sí de celebrar un contrato. Su primer uso no jurídico del que se tiene noticias es Varro (*de re rust.* 1.68): «habla de las uvas, manzanas y frutos que cuelgan, diciendo que se sabe cuando se las puede comer por el cambio de color y su estado de disecación (*contractu acionarum*)». Y el uso jurídico más antiguo lo encontramos en Aulio Gelio (*Noctae atticae,* 4.4), quien hablando de Servio Sulpicio aplica el vocablo a los *sponsalia*. «Se llama *sponsalia* al contraimiento de las estipulaciones y de las *sponsiones*». Esto debe ser entendido como un empleo generalizado del verbo *contrahere*. El que creó el substantivo de *contractus* y lo popularizo fue Gayo en sus *Institutas*, y lo hizo para explicar a sus alumnos el problema de la fuente de las obligaciones, recurrió a la expresión *contrahere obligationem* (contraer una obligación). Así como para la otra fuente existía una palabra precisa como ser *delictum, o maleficium*; para hablar de las formas voluntarias de contraer una obligación realizó un deslizamiento del verbo *contrahere* al participio pasivo *contractum* (lo contraído) y de allí resultó fácil gramaticalmente el paso al sustantivo *contractus*. A continuación, se refiere a lo que comúnmente se entiende que son clases de contrato y en realidad está hablando de las "obligaciones contraídas". Deja de usar el nominativo para decirnos que hay cuatro géneros de obligaciones: obligaciones contraídas por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escritos (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*). Con ello regresa al uso que era normal para su época de *contrahere obligationes* ya que en los negocios existen esas cuatro formas, pero no significa que todas esas sean propiamente "contratos" en el sentido que hoy día se le da al vocablo. Es decir que luego de haber sustantivizado *contractus* no utiliza las expresiones *contractus re, verbis, litteris, consensus*, sino que habla de las obligaciones. El *contractus* quedaba reservado en el Derecho Romano Clásico al negocio reconocido por el *ius civile,* creador y fuente de obligaciones, sin que ello supusiera necesariamente partir de la existencia de un previo acuerdo de voluntades (*consensus*).[19]

18. ESTÉVEZ BRASA, T.; «Los pacta en el Derecho Romano y su recepción el Código Civil Argentino». *Revista La Ley 1986–E*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1986, pp. 1073.

19. DI PIETRO, A.; Derecho Privado Romano, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 188 y ss. «No se corresponde con el lenguaje coloquial para ser referido a un negocio, lo comprobamos al encontrarlo ausente en autores como César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio, y en los dos Plinios (*maior* y *minor*). » «Para otorgarle una congruencia lógica, cabría sospechar que ha utilizado el vocablo *contractus* como "contraimiento de obligaciones", pero al establecer el nominativo *contractus* para todos los negocios establecidos entre dos personas, se estableció un uso posterior que se generalizó por los bizantinos, para que el contrato fuere la denominación genérica para designar convenciones bilaterales establecidas por las partes». BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»;

Otra interpretación surgió de una cita de Labeón, recordado por Ulpiano, (D. 50.16.19.), que no parece haber sido objeto de mayor manipuleo por los compiladores. Se dice allí que algunos asuntos «se hacen», es decir se realizan por un *actum,* como cuando se hacen por palabras (*verbis*) en la *stipulatio*, o por la entrega de una cosa (*re*) como en el mutuo. También debió haber figurado lo hecho por escrito (*litteris*) suprimido por los compiladores. Otras "se gestionan", son hechos de los que nacen obligaciones sin haberse convenido un acto previo (*negotiorum gestio*). Y otras "se contraen", esto ocurre cuando «la obligación se contrae en forma recíproca de uno respecto del otro», como ocurre en la compraventa, en la locación, en la sociedad (y debió haber agregado el mandato). A diferencia de lo expresado por Gayo, Labeón nos da un concepto restringido del *contractus*, aplicado a los contratos consensuales que son aquellos que los griegos denominaban propiamente *synallagma*, ya que son negocios bilaterales de los que surge la reciprocidad de las obligaciones *(ultro citroque obligatio)*. Éstos por ser "sinalagmáticos" son propiamente contratos[20].

RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 218 y ss., http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «El término *contractus* resulta posterior en el tiempo al del propio verbo *contrahere*, y su configuración podría haber sido obra de la jurisprudencia tardía republicana en el intento de designar concretamente la celebración de un acto jurídico, si bien el hecho incontestable de que fueran los contratos los actos jurídicos más habitualmente celebrados, explicaría tal asimilación y confusión, hasta el punto que la expresión *contractus* tendería a identificarse con la institución jurídica del contrato: "la obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad ...", esto es, una relación bilateral e incluso plurilateral proveniente de un acuerdo, cuya juridicidad radicaba en una obligación recíproca, de una y otra parte ("*ultro citroque obligatio*"), a saber, el intercambio de servicios concebido en un sentido amplio". "Aun cuando los juristas romanos no nos proporcionan una definición propiamente dicha del contrato, lo cierto es que la jurisprudencia republicana atribuyó a la voz contractus una connotación especial, a la vez que privilegiada, toda vez que comprendería el acuerdo de voluntades reconocido por el *ius civile*, cumplidas las formalidades requeridas por este ordenamiento, lo que le atribuiría la facultad de ejercer la correspondiente acción procesal como mecanismo de protección jurídica Sin embargo, dicha concepción hubo de matizarse desde el momento en que, por un lado, bajo la categoría de los contratos se incluirían determinados hechos lícitos que no constituían negocios jurídicos bilaterales, no obstante lo cual, constituyeran una fuente de las obligaciones; y, por otra parte, el *ius civile* no validaba las obligaciones emanadas de todo acuerdo de voluntades que no cumpliera con las formalidades y solemnidades requeridas, lo que se traduciría en la práctica en la consecuencia de que dicho acuerdo –*conventio*, mas no *contractus*- adoleciera del respaldo jurídico de la correspondiente *actio* procesal (Institutas de Gayo, 3-91). Gayo centrará la noción de *contractus* en el acuerdo de las partes, lo que aportará una nueva perspectiva de la figura como fuente de las obligaciones y, en tal sentido, le permitirá al jurista clásico reconducir y articular, fruto de un proceso de maduración jurídica, la noción de contractus como una unidad, motivo que justificaría la inserción en la categoría del contrato de los verbos *agere (re, verbis et litteris) y gerere.*» DI PIETRO, A; I*nstitutas. Texto Traducido y con Notas del autor*, La Plata, 1º Edición, Ed. Librería Jurídica, 1967, pp. 212 y ss. CASTRESANA HERRERO, A. *Derecho Romano. El arte de lo justo y de lo bueno*, Madrid, Ed. Tecnos, 2017, pp. 239.

20. DI PIETRO, A.; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 188 y ss. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 219 y ss., http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «En el texto de Ulpiano parafraseando a Labeón (D. 50, 16, 19) se utiliza una tríada de infinitivos (*agere, gerere, contrahere*) y, mientras que los primeros contaron con un mero valor descriptivo-clasificatorio en el Derecho Romano, sin embargo, el último, contuvo una gran potencialidad pues, amén de los contratos típicos allí mencionados –

Por lo tanto, podemos decir que surgieron dos concepciones del contrato, una concepción amplia, sostenida por Gayo, referida a los actos jurídicos por los cuales se contraen voluntariamente obligaciones y la otra restringida, sustentada por Labeón, que se refería solamente a los contratos sinalagmáticos.

En el período romano-helénico la esencia que diferenciaba el contrato de la convención y del pacto fue oscurecida, la distinción desapareció en el Derecho Justinianeo, perdiéndose en el Derecho Medieval. El resultado sustancial fue que, salvo las causas expresamente vedadas, todo negocio efectuado entre las partes en el Derecho Moderno viene a ser reconocido como contrato, es decir que, generalmente se engendra una obligación a base del mero consenso. [21]

Fue a partir del derecho bizantino que se acentuó el elemento común del *consensus*, lo cual alcanzó su punto culmine en Teófilo, (Paráfrasis, 3.13.2), que define el contrato como *conventio* y *consensus* dirigido a la constitución de obligaciones, por lo tanto todo contrato conlleva una convención[22]. Es decir, que gracias a la reelaboración de los

compraventa, arrendamiento, sociedad-, la referencia efectuada a la expresión genérica "*ultro citroque obligatio*" permitiría incorporar bajo su manto los acuerdos en los que las partes asumían obligaciones recíprocas, estuvieran o no comprendidas en alguna de las modalidades contractuales señaladas, de tal suerte que el incumplimiento del acuerdo facultaría al otro contratante a hacer valer en juicio su derecho mediante el genérico instrumento procesal de la actio praescriptis verbis». En el mismo sentido Garofalo, L., «Voz: Contrato e causa», en *AA.VV. 800 años de Historia a través del Derecho Romano*. Castresana, A. (Coord.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2019, pp. 157 y ss.

21. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 226 y ss., http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «Los compiladores justinianeos añadirán a la jurisprudencia clásica y a la legislación imperial su propia noción del *contractus*, lo que generará una nueva configuración de los pactos en el Derecho Romano, sobre la base de la aproximación, rayana a la sinonimia en la práctica, entre los términos *pactum* y *conventio*, una convergencia debida fundamentalmente a varias razones, entre las que podemos señalar la desaparición del pretor como magistrado titular de la *iurisdictio*; la mayor importancia progresiva adquirida por los pactos, desde la óptica procesal y sustantiva; o la irrupción en la escena negocial de los *pacta legitima*, cuya fuerza obligatoria se equipara a la de los contratos. Al mismo tiempo, se tiende a considerar los contratos como *pacta*». BURILLO LOSHUERTOS, J. «Los pactos en el Derecho Romano», *Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XXII*, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964, pp. 169. ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho Romano*. Córdoba- España, Ed. Publicaciones Universidad de Córdoba – España, 1995, pp. 85. STURM, F. I*l pactum e le sue molteplici applicazzioni. Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell´esperienza Tardo-Repubblicana. Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo*, Nápoles, Università Degli Studi di Reggio Calabria, Ed. Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, 1990, pp. 136 y ss. BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8º edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, Madrid, Ed. Reus, 1965, pp. 520 y ss. «Por esto en el Derecho Moderno la causa contractual casi desaparece, y ha pasado a segunda línea con respecto al consenso, y donde en el Derecho Romano constituye la causa objetiva del reconocimiento jurídico, los modernos la refieren al motivo subjetivo de las partes, la contraprestación o hasta el espíritu de liberalidad. Por ello, también el nombre de convención se ha hecho sinónimo de contrato, y el contrato mismo se ha hecho una categoría general y abstracta, en la que prevalece el significado del acuerdo».

22. DI PIETRO, A.; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires,Ed. Depalma, 1999, pp. 188 y ss. «El consentimiento, este aspecto subjetivo de la voluntad de las partes tuvo en el derecho bizantino una especial relevancia». «El sistema cerrado de contratos no se basó en la mera expresión de la voluntad verificada en el *consensus*. Había que atender siempre a la causa. Cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (Ulp., D. 2.14.7.4). Esta causa, tiene que ser admitida por la protección

bizantinos, las definiciones que comprenden en el concepto de *pactum,* de otra manera llamada *conventio,* todos los contratos nominados e innominados y además los acuerdos excluidos del amplio sistema contractual justinianeo; a ello se debe la minuciosa doctrina de los *pacta adiecta* con sus distinciones.[23]

Pacta sunt servanda su origen en el Derecho Romano

Entre los caracteres genéricos de los sistemas jurídicos de la antigüedad, el formalismo es el que tuvo una mayor incidencia en la regulación jurídica de las obligaciones contractuales. Su presencia definió la inexistencia de un concepto abstracto de contrato y en su ausencia, la aparición de un elemento de distintas formas de creación de obligaciones jurídicas, en función del modo predeterminado en que se produjeran los acuerdos entre las partes. La sanción jurídica de estos acuerdos se garantizaba a través de las acciones judiciales que se reconocían a los particulares para exigir su cumplimiento. La forma, en principio, tenía carácter ritual, ya que era el sacerdote la máxima autoridad encargada de imponer coactivamente cualquier actuación. Al separarse las funciones religiosa y jurídica, siguieron siendo indispensables los signos externos para que lo pactado resultase exigible ante las autoridades.[24]

jurisdiccional de una *actio* y las características de cada contrato es la que determina cuando este se perfecciona». BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 220 y ss., http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «Será en la época justinianea cuando el acuerdo de voluntades o consentimiento (*consensus*) alcanzará la cualidad de elemento esencial del contrato, lo que se traducirá en algunas consecuencias de enorme envergadura, entre ellas, que toda *conventio* de la que surgieran obligaciones sería reputada *contractus*; y que no sería tenido por *contractus* el negocio jurídico que adoleciera de un acuerdo de voluntades».

23. ARANGIO RUÍZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano.* Traducción de la 10º edición por J.M. Caramés Ferro, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 395. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires,Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 310 y ss. «De este modo, con la elaboración doctrinaria de la *natura contractus*, los bizantinos buscaron ampliar la posibilidad de vigencia de los pactos en los negocios contractuales. Pero también hay que dejar aclarado que con ello no llegan de ningún modo hasta el extremo de afirmar la libertad contractual sobre la base consensualista de que todo acuerdo entre las partes, es decir, la *conventio*, es directamente un contrato; sino que han conservado la tipicidad de las distintas figuras (incluídas también en la forma limitada por la cual admiten los contratos innominados, dependientes siempre del cumplimiento de una de las prestaciones de *datio*). Rotondi dice en *Natura Contractus*, en Scritti Giuridici, T. II, pág. 219 y ss. Todo contrato tiene por la ley (entendida como *ius*), un contenido típico, que forma su naturaleza normal. Pero se admite que esta naturaleza se amplíe, se restrinja, se transforme, tomando norma en la voluntad de las partes; y lo admite con tanta amplitud como para justificar expresiones generales del tipo de las ya recordadas, de tal modo que los pactos suelen cambiar la *natura contractus*, siendo que la *natura contractus* desciende del pacto».

24. KEES, A.; «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil», en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Kemelmajer de Carlucci, A. (eds), Santa Fe, Ed. UNL, 2005, pp. 239. «En los procedimientos de jurisdicción voluntaria, las partes, buscando para sus acuerdos los caracteres de irrevocabilidad, firmeza y ejecutoriedad, con el fin de dar mayor juridicidad a ese derecho surgido de la obligación contraída, utilizaba las antiguas fórmulas del proceso ficticio. No hubo por tanto, en este primer período un contrato como figura abstracta, sino únicamente distintas formas de generar obligaciones, varios tipos contractuales, cuyo número fue creciendo junto al desarrollo de las comunidades y de las necesidades

Por consiguiente, en Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad no tenía el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma, era indispensable el cumplimiento de las formas legales, no era sólo una cuestión de prueba. Primaba el concepto de que la mera voluntad no bastaba para crear obligaciones sino recibía el apoyo de la ley, para lo cual debían cumplirse las formalidades que ésta establecía.[25] Es decir, que el sistema romano, no se basó en la mera expresión de la *voluntas* en el *consensus*, había siempre que atender a la causa, cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (D. 2.14.7.4), y a su vez esta causa tiene que ser admitida por la protección jurisdiccional de una *actio*.[26]

Pero encontramos en el Derecho Romano antiguo ejemplos que demuestran la fuerza obligatoria y eficacia jurídica atribuida al pacto, tal como sucede en la Ley de las XII Tablas cuando, en materia procesal, recurre a la expresión *pacere* como expresiva de la consecución de la paz tras el cese del inicio o de la continuación de un pleito, como mencionamos anteriormente en la Tabla 8.2 que establece: «Si se rompiera un miembro, que sea talión», por lo que erige el pacto como antídoto frente a la rigurosa aplicación de la ley del talión, si bien la Ley Decenviral no especifica ni el proceder, ni las consecuencias de tal acuerdo, aun cuando en tal caso el *pactum* no hacía surgir una nueva relación obligacional, sino que eludía la aplicación de una norma concreta sobre la persona autora de una *iniuria*, y así evitar mediante el pacto una consecuencia aflictiva emanada directamente de la *actio iniuriarum*. Además, la tabla 1, 6-7 disponen: «Cuando haya pacto proclámese». «Cuando no lo haya resúmase la causa en el Comicio o en el Foro antes de mediodía. Cuando expongan sus razones, estén presentes ambos». También los numerales 8 y 9 de la tabla 1 establecen: «Después de mediodía resuélvase el litigio a favor de quien haya comparecido». «Si los dos están presentes, sea la puesta del sol el término improrrogable para resolver», los mismos aluden al pacto entre los litigantes y

de tráfico de los sujetos privados. ».

25. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 106. BORDA; G.; *Manual de Contratos,* Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, pp. 13. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 229 y ss., http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021).

26. DI PIETRO, A.; *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp.188. «El dogma modernista de la "autonomía de la voluntad" el cual las partes pueden establecer cualquier contrato simplemente porque éstas lo han convenido, no se da en el Derecho Romano y menos en muchos códigos modernos, de que por un contrato no solo se puede hacer nacer, sino también modificar o extinguir obligaciones. El sistema contractual romano se reduce a una serie limitada de "causas", de tal modo que cada una de ellas corresponde a una *actio*. La mera convención nada es sin la causa». RISOLÍA, M.; *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1958, pp.54 y ss. «Se remonta al pensamiento aristotélico la idea de contrato como ley hecha por los particulares en vista de un asunto determinado, sosteniendo que el derecho antiguo conoció la autonomía de la voluntad. Su argumentación se sustenta en que, en el Derecho Romano, su ritualismo litúrgico y los derechos de los pueblos germánicos de idéntico formalismo se invalidaban las convenciones desprovistas de *nomen* o de causa; pero no se negaba la potencia original que surge de la voluntad autónoma.» KEES, A.; «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil», *en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Kemelmajer de Carlucci, A. (eds), Santa Fe, Ed. UNL, 2005, pp. 240. «Los romanos de esta época optaron por interpretar las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la *actio* y no del derecho, por cuanto estos carecían de teoría elaborada, lo que no sucedía con las acciones».

quien los hubiera de juzgar (el magistrado en la fase *in iure*, o el juez en la fase *apud iudicem*). Por lo que no se confiere eficacia directa a un pacto acordado entre los litigantes, sino que su verdadero efecto radicaba en evitar la acción procesal interpuesta en tanto en cuanto se gestaba entre las partes una transacción sobre el objeto del litigio. Del mismo modo aplicaban, con los efectos señalados, los pactos celebrados en el caso de *furtum manifestum*, al evitar la imposición de la pena prevista por una norma concreta y determinada –*addictio*-, toda vez que, en su virtud, se posibilitaba la transacción a fin de evitar el triunfo de la *actio furti* « ... porque aún sobre el hurto permite la ley pactar» (D. 2, 14, 7, 14).[27]

El comentario realizado a la tabla 3 de la Ley de las XII Tablas, por el autor Aulo Gelio en Noches Áticas, destaca la facultad que existía entre el deudor condenado y el actor vencedor en su demanda de poder concretar un pacto cuyo objeto era evitar la aplicación del procedimiento ejecutivo.[28]

Los orígenes del principio *pactan sunt servanda* son remotos. En el D. 50.16.219, Papiniano expresaba que «en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras».[29] El fragmento del jurista Javoleno en D. 19.2.21 señala que los contratos tienen fuerza de ley por tratarse de un acuerdo pactado, así podemos obtener un punto de conexión fiable con el espíritu de este principio, en la medida que una de las fuentes de las obligaciones romanas resulta ser el contrato (I. 3.13.3), la voz *obligatio* (del verbo *obligare*- I. 3.13.pr.- D. 447.3) inspira y aporta la idea de sujeción, atadura, ligamen, que por derivación lógica se traslada también al escenario de los contratantes en virtud del contrato celebrado.[30]

27. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 235 y ss., http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*, *Vol.* 2, Roma., Ed. Athenaeum, 1928, pp. 367 y ss. FUENTESECA, P.; *Derecho Privado Romano*, Madrid, Ed. Gráficas, 1978, pp. 38 y ss.; 310- 318. BURILLO LOSHUERTOS, J. « Los pactos en el Derecho Romano», Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XXII, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964, pp 153. RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ J. M.; Ley de las XII Tablas. *Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid, Ed. Tecnos, 1993, pp. 3. GIOFFREDI, C., «Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale)», en el *Bulletino dell´Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja* Nº15- 1973, pp. 271 y ss.

28. AULO GELIO, *Noches Áticas*. Traducción al español de M. Carmen Barrigón Fuentes y Jesús M. Nieto Ibáñez, Madrid, Ed. Akal, 2009, pp. 709 y ss. Burillo Loshuertos, J. «Los pactos en el Derecho Romano», Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XXII, números 3-4, Murcia, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, 1964, pp.153. «El recuerdo de esta función jurídica de los pactos como paralizadores de acción, aflora etimológicamente bastantes centurias después en la definición de Ulpiano (D. 2. 14.1, 1-2): *pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nom-en appellatiim est) et est pactio duorum pluriumve in Ídem placitum et consensus*.

29. COLOMBO, L.; «El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad». *Revista La Ley: Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales*, *Tomo IV*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 269. «Si nos remontamos a épocas más lejanas esta norma figura en el Manava Dharma Sastra, conocido como leyes de Manú, en él se encuentran versículos que revelan la existencia implícita de la libertad de contratar siempre que se respetasen las imposiciones de la costumbre».

30. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 234, http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021).

Es necesario destacar el aporte efectuado por el Derecho pretoriano a la evolución del Derecho Romano en general y a la configuración del principio *pacta sunt servanda* en particular, ya que el pretor consecuente con los principios de las XII Tablas, le reconoce eficacia al pacto concertado por las partes con el fin de renunciar total o parcialmente a una acción actual o, eventual. Los juristas suelen mencionar el contenido del Edicto del Pretor, bajo la caracterización de este principio general, entendido como todos los pactos, como acuerdos de voluntad deben ser mantenidos y aplicados, puesto que incluso Ulpiano en D. 2.14.1.pr, manifestaba: «es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?» Sin embargo, de la lectura de D. 2.14.7.7 no surge generaran acciones para su cumplimiento. El pretor se refirió aquí a los pactos que generan *excepciones*. Por ello es que establece que estos pactos serán respetados y aplicados siempre y cuando no se encuentren en ellos ni dolo malo, ni nada contra las disposiciones legales que produzcan un fraude. Aunque dicha promesa mantenida por el pretor en su edicto concediera fuerza al pacto, tal circunstancia no debe interpretarse como un aval absoluto del consensualismo, tal cual si se tratara de una protección omnímoda de toda *conventio*, más aun cuando, en puridad, más que pretender constituir relaciones jurídicas, su finalidad era más bien evitar un potencial litigio a través del instrumento procesal de la *exceptio*, asumiendo el *pactum* un carácter accesorio, al quedar ligado a un contrato previo, o a una relación jurídica preexistente.[31]

El principio analizado también aparece presente en C. 2, 3, 12: «la equidad, así del

31. BURILLO LOSHUERTOS, J. *Los pactos en el Derecho Romano*, Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XXII, números 3-4, Murcia 1964, Ed. Publicaciones Universidad de Murcia, págs. 154 y ss. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 235- 237, http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «Se ratifica mediante la garantía aportada por el edicto del pretor a los pactos convenidos, al mantener su eficacia siempre que respetaran el Derecho del momento y no lo defraudaran, una garantía reflejada en la *exceptio pacti conventi,* que tendería a neutralizar toda *actio* contraria al *pactum* celebrado». DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004, pp. 280 y ss. «Esta reserva era algo que no correspondía indicar para los *pacta adiecta*, que forman parte del contenido de contratos consensuales, los cuales se tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium*, ya que en éste es el propio juez quien tiene la potestad de rechazar todo *pactum adictum* que contuviera algo doloso, ilícito o fraudulento. El pretor se refirió aquí a los pactos de exclusión de acción, principalmente a la *transactio* y no a los pacta *adiecta*, que quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe. Esto explicaría la ubicación del Edicto en sede procesal, donde se trataba de los preliminares del proceso. En el Libro II, Título XV, se trata el tema de las *Transactiones*. Al respecto, LENEL, había observado que tanto en este Edicto *De Pactis*, como en el de *quod metus causa*, con el anuncio allí efectuado *"pacta conventa....servabo"*, se ofrecía algo más que una simple *exceptio*. Ello ha hecho pensar a MAGDELAIN, en la posibilidad de una *actio*. Pero de ahí no se deduce que tal anuncio se refiera a verdaderas acciones, las cuales no se encuentran en el Edicto Pretorio. LENEL aclara que lo que hacía el pretor en *"De Pactis"* era la defensa de los pactos por dos trámites posibles, la *exceptio* que podía argüir el demandado y la *denegatio actionem*, por la cual el pretor, ante la presencia del *pactum*, podía rechazar la acción (D. 44.5).» LENEL, O; *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel,* Traducido por Frédéric Peltier, Tomo I, París, Ed. Larose & Forcel, 1901. (E.P § 20). PELLECCHI, L. «La posizione dell' exceptio pacti nell'Editto del Pretore», *Revue historique de droit français et étranger* Nº 87, Ed. Dalloz, París 2009, pp. 143-180. D´ORS, E. *Derecho Privado Romano,* Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1981, pp. 141. TALAMANCA, M.; «La storia dell 'edictum de pactis», *Labeo*, Nº 6,1960, pp. 278 y ss.

derecho, como de la cosa misma, exige, que deban guardarse los pactos más recientes». Por cuya razón, si en el convenio, que precedió, convino la parte contraria en que ella no lo utilizará, y sobre todo, si, como dices, también afirmó lo mismo en acta ante el presidente, no se te prohibirá ejercitar la acción que había habido sobre el primer convenio", donde se evidencia que la expresión "*servario portet*" equivale aquí a observar y cumplirlo pactado, del mismo modo que sucede con los pactos más recientes y solo estos con carácter excluyente, dando pie con ello, por argumento *sensu contrario*, a admitir como factible la posible revisión de los pactos que no son de fecha tan reciente, o incluso los que ya existen desde hace tiempo.[32]

Recepción en el Derecho Intermedio

En las Siete Partidas, el tema es abordado en forma directa. La Partida V, Título XI, Ley I, al referirse a la *promissio* dice que es «*el otorgamiento que fazen los omes unos con otros, por palabras e con entención de obligarse, auniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer, unos a otros. E tiene gran pro, a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razon. Ca aseguran a los omes, los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar. En fazese desta manera; estando presentes amos los que quieren fazer el pleyto de la promission, e diziendo el uno al otro: Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa; diciendola señaladamente, e el otro respondiendo, que si promete, o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras, o por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, e es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar, o de fazer: e maguer los que fazen tal pleyto non fablassen amos un lenguaje, como si el uno fablasse latino, e el otro arauigo, vale la promission; solamente que se entienda el uno al otro, sobre la pregunta, e respuesta. Esso dezimos, que seria, si fuessen amos de dos lenguajes, maguer non lo entendiesse el uno al otro, e estando amos presentes firmassen el pleyto entre si por alguna trujamania, en que se auiniessen amos a dos, valdria la promissio tambien como si se entendiessen, los que fazen el pleyto*». El mismo concepto se encuentra en su esencia en la Partida V, Título V, Ley VI, referente a la compraventa, diciendo que «*compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella, e la que faze con carta, es quando el comprador dize al vendedor: quiero, que sea desta vendida carta fecha. E la vendida que desta guisa es fecha, maguer se auengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta que la carta sea fecha, e otorgada: porque ante desto puede arrepentir cualquier dellos. Mas despues que la carta fuesse fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir, nin yr contra la vendida, para desfazerla. E sin carta se podria fazer la vendida, quando el comprador, e el vendedor, se avienen en el precio, e consienten amos en ello. Assi que*

32. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 238 y ss., http://www.ridrom.uclm.es (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «C. 2.3.12: *"pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat. Quapropter si conventione, quae praecessit, diversa pars usuram se non ese consensit, et maxime si, ut proponis, id etiam apud acta praesidis asseveravit, actionem, quae super prima conventione fueart, exercere non prohiberis"* (*Constitutio* 3 de las calendas de marzo 230 d.C., bajo el consulado de Agrícola y de Clementino).»

el comprador e el vendedor, se pagan cada uno de la cosa, e del precio, non faziendo mencion de carta. Ca entonces dezimos que seria acabada la vendida que assi fiziessen, maguer non diesse señal ninguna el comprador al vendedor, porque serian ambos tenudos de cumplir el pleyto, que assi ouiessen puesto».[33]

El significado de los términos convención, contrato y pacto. Análisis comparativo en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y en el actual Código Civil y Comercial

El artículo 1.137 del derogado Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield disponía: «hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de la voluntad común, destinada a reglar sus derechos».

¿Los términos contrato y convención son sinónimos desde el punto de vista jurídico? Etimológicamente el vocablo contrato proviene del verbo latino *contrahere*, es decir de contraer (obligaciones); por lo tanto, se lo relaciona a este concepto a los acuerdos de voluntades que tiene por objeto crear, transformar o modificar obligaciones entre las partes. En cambio, la locución convención, abarca todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones. Entonces, la convención sería el género y el contrato la especie. Muchos autores citados en la nota del artículo 1.137 del Código Civil velezano se pronunciaban en este sentido. Por su parte, nuestro codificador Vélez se inclinó por el concepto de Savigny, de Maynz y Domat, citados en dicha nota, para los cuales contrato y convención jurídica son términos equivalentes.[34]

33. COLOMBO, L.; «El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad». *Revista La Ley: Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales, Tomo IV*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 269. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.; *Códigos Antiguos de España, Tomo I*, Madrid, Ed. Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado principal, 1885, pp. 528 y 547.

34. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II,* Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 103 y ss. «Así, Freitas, es el más claro en la materia y expresa que "habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios, es decir que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, o que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores". Por lo que la idea de contrato presupone una idea superior de convención. Por otro lado, Aubry y Rau define «convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y un contrato es la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera. Duranton, "distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden sólo a los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o cláusula que las partes tengan en mira. Además, cita a Pothier y el artículo 1101 del Código de Napoleón, que define "el contrato como la convención por la cual una o más personas se obliga, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Savigny, opinaba "que es preciso, tener en consideración el objeto de la voluntad, que para que derive en contrato tiene que ser relativo a una relación de derecho. Si pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso, la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho", la diferencia radica entonces en el carácter jurídico del objeto. Maynz, por su parte, consideraba que "los contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones, en el mismo sentido opinaba Domat, pero concebía en forma

Pero aquí se planteaba una controversia porque el artículo 1.169 del Código Civil establecía que la prestación objeto de un contrato podía consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria. La expresión contrato se reservaba a los negocios de contenido patrimonial y convención se aplicaba no sólo a los patrimoniales sino también a los extrapatrimoniales. La norma citada decía "puede" y no "debe", por consiguiente, el artículo mencionado no limitaba el concepto de contrato a las convenciones de carácter patrimonial, sólo había una coalición entre el artículo 1.137 y 1.169 que debía resolverse en el sentido amplio que le asignaba al concepto de contrato definido en el artículo 1.137 del Código Civil. La redacción que utilizó nuestro codificador, al definir el contrato en este artículo del Código Civil Argentino fue poco feliz, puesto que en ella se incluía toda declaración destinada a reglar los derechos de las partes, fórmula no sólo comprensiva de los pactos que crean derechos, sino también de los que los modifican o extinguen; desde este punto de vista nuestra legislación no hacía distinción entre contrato y convención. La doctrina concluía en ese momento que el Código Civil definía más bien el concepto de convención que propiamente el de contrato. Cabe agregar que, aunque estaba la doctrina muy dividida a cerca del alcance de las figuras jurídicas, distinguía entre contrato, convención y pacto. La convención era el género aplicable a toda especie de acto o negocio jurídico bilateral, que las partes tenían en mira, ya sea que se trate de negocios patrimoniales o familiares. El contrato actuaba, aunque con amplitud, en el campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales. El pacto aludía a las cláusulas accesorias que modificaban los efectos normales o naturales de los contratos típicos, o sea, a aquellos efectos previstos por el legislador de un modo supletorio y que las partes podían excluir o bien ampliar o reducir, (ej. pacto comisorio, en la teoría general y los previstos para la compraventa: pacto retroventa, reventa, mejor comprador, etc.)[35]

más amplia el universo del contrato». Borda; G.; *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, pp. 7 y ss. ESTÉVEZ BRASA, T.; «Los pacta en el Derecho Romano y su recepción el Código Civil Argentino». *Revista La Ley* 1986–E, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1986, pp. 1072. «Savigny da la siguiente definición de contrato, es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas». SALVAT, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1957, pp. 19 y ss. ALTERINI, A.; AMEAL, O. Y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot 1996, pp. 652. «El Esboço, distinguió con claridad el contrato, la convención jurídica y la simple convención: "habrá contrato cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones" (art. 1830); "si acordaren entre sí la extinción de tales obligaciones, u obligaciones a que no correspondan derechos creditorios, que puedan sin embargo ser judicialmente demandadas, u otras relaciones regidas por este Código, habrá una convención jurídica, pero convención y no contrato" (art. 1831); "si acordasen relaciones no regidas por este Código, u obligaciones que no pueden ser judicialmente demandadas, o hechos que no producen obligaciones, habrá una convención, pero convención que tampoco es contrato"(art. 1832)». SCHIPANI, S.; *Código Civil de la república Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*, Buenos Aires; Ed. Rubinzal- Culzoni, 2007 pp. 391- 392.

35. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, Buenos Aires Ed. Perrot, 1998, pp. 103 y ss. BORDA; G.; *Manual de Contratos, Buenos Aires*, Ed. Perrot, 1983, pp. 7 y ss. «Cuando hablamos de convención, nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica que es un acuerdo de partes sobre relaciones ajenas al campo del derecho». GARRIDO, R.; Y ZAGO, J.; *Contratos*

El contrato al que aludía el Libro II, Sección III, Título I, del Código Civil Argentino derogado era generador de obligaciones. Las figuras que allí aparecían eran fuentes de las obligaciones, con la sola excepción de la sociedad conyugal, cuya defectuosa ubicación se explicaba porque Vélez la creyó asimilable a la sociedad como contrato *stricto sensu* (artículo 1262 Código Civil).[36]

El actual Código Civil y Comercial regula la materia de los contratos por medio de una parte general en el Libro Tercero "Derechos Personales", Título II, en el Capítulo I. El artículo 957 del cuerpo legislativo establece: «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». Esta definición brinda mayores precisiones, aclara que el contrato es un acto jurídico, lo que permite aplicar analógicamente las reglas legisladas sobre tal instituto a éste, para complementarlo o en aquellos temas que no se hubiera legislado en forma concreta por tratarse de su causa fuente (y no sólo en lo relativo al objeto como lo hacía el art. 1.167 del Cód. Civil derogado, o por remisiones aisladas de otras normas). Luego se incorpora el concepto de parte a la definición, estableciéndose así que la formación del contrato no necesita acumular sujetos de derecho, sino verificar la existencia de distintos centros de interés, aún para el caso de un único sujeto actuando por intereses diferentes. Se aclara la terminología jurídica utilizada en el sentido de que se hace hincapié en que es el consentimiento el presu-

Civiles y Comerciales. Parte general, Buenos Aires, Ed. Editorial Universidad, 1993, pp. 35. «La postura de nuestro codificador ha sido relativamente restrictiva, pero en el artículo 1137 en cambio ha definido al contrato en el sentido asignado a la convención jurídica, yendo aún más allá de quienes interpretan que el contrato permite no sólo crear sino también modificar, transformar y extinguir obligaciones patrimoniales jurídicamente exigibles». ESTÉVEZ BRASA, T.; «Los pacta en el Derecho Romano y su recepción el Código Civil Argentino», *Revista* La Ley 1986 –E, Ed. La Ley, 1986, pp. 1075. «La convención era el acuerdo. También el pacto, el convenio, la estipulación (no la romana) genérica, lo tratado por las partes, no el tratado sino el trato, el contrato. Pero no había sinonimia, la convención era el presupuesto del contrato, los términos en que ese contrato tendría vida jurídica». ALTERINI, A.; AMEAL, O. Y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot 1996, pp. 652. «Llambías sostenía que acto jurídico, convención y contrato, eran expresiones de la voluntad que estaban en una línea progresiva de particularización. El concepto más amplio era el de acto jurídico que se refería al hecho humano voluntario lícito efectuado con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944). Dentro de ese género, la convención abarcaba los actos jurídicos bilaterales, y dentro de éstos eran contratos los que tenían contenido obligacional, es decir las convenciones que creaban, modificaban, o extinguían obligaciones, en el sentido técnico que tenía el concepto.» MOSSET ITURRASPE, J.; *Contratos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998, pp. 27 - 28. BUERES, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pp. 555. Lorenzetti, R.; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020), M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 529 y ss.

36. ALTERINI, A.; AMEAL, O. Y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot 1996, pp. 652 -653. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 104 y ss. «La Sección Tercera, del Libro Segundo lleva por título "De las Obligaciones que nacen de los contratos"; en los primeros artículos se reúnen las disposiciones generales sobre los contratos y luego se trata de los contratos en particular, entre los que se incluye la sociedad conyugal. Lo más importante del método del Código es la reunión de las disposiciones comunes a todos los contratos en un título preliminar que constituye una verdadera teoría general de los contratos. Este título se ha separado del conjunto de las obligaciones en general, inspirándose en el Código francés y en Freitas, criterio seguido luego por el Código Civil brasileño y el italiano».

puesto relevante para arribar a la constitución del contrato y no la simple declaración de voluntades, porque ello no necesariamente implica la intensión de alcanzar esta figura jurídica; esto también permite determinar que el contrato será un acto jurídico bilateral o plurilateral en su caso. Finalmente se ratifica y confirma el seguimiento de la tesis amplia de la noción de contrato, al indicarse de forma expresa que el contrato no solo tiene la función de colocar a derecho a la parte (como lo hacía la anterior definición), sino que cubre todas las variables generadoras de efectos jurídicos por tratarse de un acto jurídico (crear, regular, modificar, transferir o extinguir), y atinentes a cualquier clase de derecho patrimonial (además de personales, los reales e intelectuales) y no sólo relativo a las obligaciones. La preposición "para" empleada en el texto pone de manifiesto la importancia de la finalidad en el contrato. Ella es esencial, pues todo contrato importa una disposición sobre la libertad que, en tanto no se violen los límites a ella razonablemente establecidos, debe ser protegida.[37]

37. BUERES, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pp. 555 y ss. HERRERA, M., CARAMELO, Y G., PICASSO, S.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*, Buenos Aires, Ed. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 335 y ss. «El CCC define al contrato como una especie del género acto jurídico, es voluntario y lícito que tiene la particularidad de que se establece por el consentimiento de dos o más partes. La voluntad a la que se hace referencia debe ser expresada por sujetos capaces; adecuadamente exteriorizada; no encontrarse afectada por algún vicio de error, dolo o violencia, ni haber dado lugar a un acto jurídico que adolezca de lesión, simulación o fraude; a lo que se agrega que dicho acto debe respetar las exigencias que, en materia de objeto y causa, establece el propio Código». «Como acto jurídico, el contrato tendrá por objeto diversas operaciones que proyectarán sus efectos sobre la realidad en la que se produce. La construcción jurídica elaborada por las partes habrá de crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (referidas a derechos personales, reales o intelectuales) y tal es el elemento que distingue al contrato de cualquier otra forma de acuerdo al que pueden arribar dos partes, pues será contrato cuando la relación jurídica establecida sea patrimonial, aunque no pueda recibir ese calificativo el interés por el que ella se concreta, como claramente se prevé en el art. 1003 CCC." "Quien contrata persigue una determinada finalidad que le interesa en grado tal que está dispuesto a sacrificar sus posibilidades de destinar recursos personales y materiales a otros fines, para alcanzar los propuestos». LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*, M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 531 y ss. «La definición del artículo 1137 del código derogado evocaba al mismo tiempo la noción de acto jurídico bilateral. Bastaba para ello con pasar lectura a los artículos 944y 946 de dicho código, para que se concluyera que el contrato es un acto jurídico, dado que el fin inmediato era establecer entre las personas relaciones jurídicas. Se afirmaba que una noción más precisa de contrato requiere sustituir la expresión "personas" por "partes", ya que la posibilidad de que una persona represente simultáneamente a dos partes, en los supuestos de doble representación y autocontrato (art. 1919, C. Civ.), o la de que varias personas constituyan una sola parte ponen de manifiesto que lo que interesa a la noción de contrato es la existencia de partes contractuales contrapuestas o un centro de intereses». «El nacimiento a la vida jurídica del contrato requiere el consentimiento, y éste, a su vez, resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando con que ambas declaraciones de voluntad se intercambien y lleguen al mutuo conocimiento de quienes las emitieron, siendo menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente, de modo tal que se produzca una coincidencia de las voliciones de ambas partes con relación al objeto y a la causa del contrato. Siendo el contrato un acto jurídico bilateral y patrimonial, ya quedó expresado que requiere de partes que, con intereses opuestos, acuerden mediante una declaración de voluntad crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Complementariamente, el contrato no es apto por sí solo para constituir derechos reales en forma inmediata. Sirve como "título", pero el perfeccionamiento del derecho real sobre inmuebles exige, además, la satisfacción del

El principio pacta sunt servanda y su recepción en la legislación argentina

Se ha sostenido que la gran creación de la modernidad ha sido el hombre libre, autorregulador de su vida y sus intereses. El pensamiento francés del siglo XVIII, sobre todo en la obra de Rousseau, El contrato social, fue construyendo la noción que lo desataba de las tradicionales ataduras con el monarca y le daba a sus decisiones el valor supremo. La corriente política, desde entonces hasta nuestros días, hizo de la voluntad humana el sustento de toda obligación. En la versión anglosajona de esta línea de pensamiento prevaleció la idea individualista, que fundamenta todo avance en la creatividad y en la decisión del hombre como dueño de sí mismo. Pruebas de esta concepción develan los planteos de los contractualistas clásicos de John Locke, Thomas Hobbes, o más moderadamente John Rawls o Ronald Dworkin. Emanuel Kant, en la escuela alemana, predicaba "cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es posible cuando decide para sí mismo". Así, el consensualismo, acogido como fundamento de las relaciones en el contorno del Derecho Privado, acuñó en las obras de Domat y Pothier el axioma a tenor del cual *solus consensus obligat*. Esta consideración suprema de la voluntad humana es lo que la tradición jurídica contractual ha concebido como el principio de autonomía de la voluntad o como el poder de la voluntad de ser el órgano productor de derecho. El pensamiento capitalista clásico afirma que el hombre es dueño de su voluntad y nadie mejor que él para conocer sus necesidades y el modo de subvenirlas. El papel del estado es respetar y proteger esa voluntad.[38] Fouille decía: ... "los contratos eran válidos porque eran queridos; lo que era libremente querido era justo". Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como resultado de un acuerdo entre los hombres. [39]

"modo", que está dado por la tradición (arts. 750 y 1892). Finalmente, cabe señalar que si bien el contrato es el resultante de una manifestación del consentimiento, esa manifestación de voluntad está dirigida a lograr fines (propósitos) prácticos o empíricos (más concretamente a satisfacer intereses o necesidades de las partes) tutelados por el ordenamiento jurídico». «La reforma constituye un logrado intento de mejorar la definición contenida en el artículo 1137 del Cód. Civ. derogado. En efecto, desde un punto de vista, concluye el debate abierto en tiempos lejanos sobre la interpretación restrictiva que debía suministrarse a la definición. En ese sentido, inicialmente Lafaillel y luego Acuña Anzorenau sostenían que la expresión contrato se circunscribía sólo a la creación de derechos creditorios, por lo que correspondía el empleo de la palabra "convención" para referir a la creación, extinción y modificación de los vínculos. La reforma opta decidida y correctamente por la tesis amplia al enunciar las cinco funciones del acto jurídico: crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas».

38. KEES, A.; «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil», en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Kemelmajer de Carlucci, A. (eds), Santa Fe, Ed. UNL, 2005, pp. 242 y ss. «Todos estos autores parten de la premisa originaria consistente en la imprescindibilidad de un acuerdo fundacional previo al Estado, que difiere en su índole según los autores, pasando por un acto de voluntad colectiva a una organización superadora de los equívocos de aquella situación primitiva. El Estado mismo es, entonces, una creación de la voluntad del hombre». «La Revolución Francesa le dio a la autonomía de la voluntad carta de ciudadanía y la codificación del derecho civil la consagró definitivamente, en el siglo XIX, bajo la influencia de factores de diversa índole».

39. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II,* Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 106 y ss. BORDA; G.;

El Código de Napoleón de 1804, recogió el principio de autonomía contractual reconociéndolo plenamente en el artículo 1.134, el mismo dice, "las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes", y agrega en el artículo 1.135 "y obligarán no sólo a lo que expresen, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza".[40]

Vélez recogió la idea del art. 1.134 del Código de Napoleón, en el art. 1.197 del Código Civil Argentino, pero modificándola ligeramente y mejorándola, «las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma». Este era el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato era obligatorio porque era querido, la voluntad era la fuente de las obligaciones contractuales, reinaba soberanamente en todo este sector del derecho. La fuerza obligatoria del contrato quedaba equiparada a la de la ley. El principio voluntarista del *pacta* sunt *servanda* que se encontraba vertido en este artículo, representaba uno de los parámetros liminares de nuestro sistema contractual. La regla que establecía que la palabra dada libremente por las partes debía ser respetada, sin embargo, no podía ser aplicada de forma mecánica ni indiscriminada, puesto que dentro del mismo ordenamiento existían otras normas rectoras que el juzgador tenía también el deber de no omitir. La sabiduría de Vélez Sarsfield consistió en elaborar una obra que permitió al intérprete de la época valorar el principio de la autonomía de la voluntad particular, en lo que tiene de saludable, sin caer en exageraciones lesivas de la justicia y del bien común. Cuando la libertad se desorbita, desentendiéndose del bien del hombre para el cual ella existe, el intérprete encontraba en el ordenamiento jurídico argentino, los resortes apropiados que le permitían rectificarla y encauzarla.[41]

Manual de Contratos, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, pp. 14. LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*, M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 536.

40. COLOMBO, L.; «El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad». *Revista La Ley: Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales, Tomo IV*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 269. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 106. BORDA; G.; *Manual de Contratos, Buenos Aires*, Ed. Perrot, 1983, pp. 14. KEES, A.; «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil», en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Kemelmajer de Carlucci, A. (eds), Santa Fe, Ed. UNL, 2005, pp. 244. LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*, M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 537 y ss.

41. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 107 y ss. «Nuestro codificador tomó el artículo de Marcadé, la fórmula allí expresada significa que las convenciones no tienen el lugar de la ley, ni hacen la ley, ni son la ley. Tan sólo forman una regla privada que obliga como la ley, es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato y únicamente sobre el fundamento de una obligación moral como lo quiere Ripert, la obligación civil permanece incólume. Los contratos concluídos con entera libertad deben cumplirse por las partes. Corresponde hacer honor a la fe empeñada. He aquí es sustrato ético del artículo 1197 del C. Civil Argentino y del artículo 1134 del C. Civ. Francés». BORDA; G.; *Manual de Contratos, Buenos Aires*, Ed. Perrot, 1983, pp. 14. BUERES, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pp. 556 y ss. «Derivados del principio de la autonomía de la voluntad al que consagrado como principio general del derecho, se le ha otorgado su fuente en la Constitución Nacional, art. 19 (última parte), el art. 1197 del Código Civil preveía de forma concreta el concepto de libertad contractual (autorregulación), al indicarse que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma». «Otro de los pilares del contrato, era su fuerza

La importancia que posee como principio general del derecho la autonomía de la voluntad, el artículo 958 del actual CCC, dispone: «Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres». El mismo se ha focalizado en dar mayor claridad a la regla de la autorregulación (libertad contractual), al mencionarse el derecho de las partes de acordar el contenido del contrato, y se ha introducido de forma concreta el otro aspecto del principio general indicado, que es la autodecisión (libertad de contratar), lo que implica que la parte puede o no querer celebrar un contrato. Lo destacable es que se reconoce que dichos principios no resultan absolutos, como Vélez remarcaba en la

obligatoria, al establecerse que las partes al celebrar un contrato quedaban sometidas jurídicamente con los mismos alcances que si se tratara de una ley, lo cual implicaba que, si conforme al art. 1 la ley era obligatoria, también lo era el contrato, mereciendo sanción su incumplimiento». HERRERA, M., CARAMELO, G., Y PICASSO, S.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*, Buenos Aires, Ed. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 336 y ss. RISOLÍA, M.; *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1958, pp. 60 y ss. «Se establecen dos premisas: 1) Que la locución que nos ocupa recogida en los textos aludidos no puede conducir a una equiparación simple, fomentada por el exceso revolucionario, pero carente de toda verosimilitud. 2) Que ella involucra la ponderación jurídica de una regla moral, que la ley recoge tras un proceso lento pero seguro de la espiritualización del derecho privado. Esa regla, entrañablemente unida al régimen de las obligaciones y a la estabilidad y seguridad del comercio jurídico, es la que postula el respeto fiel y celosos de la fe empeñada». «El sentido de la fórmula en el momento de la codificación se dijo que ella implicaba la garantía de la autoridad de los contratos, de la buena fe que debe reinar en la ejecución de las convenciones y en la fortuna de los particulares. Savigny, proporcionaba argumentos con que establecer que no iba en ella una equiparación real apta para concluir en una explicación genética, en una posición lógica respecto del problema de las fuente. Advertía que colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho es confundirlo todo. El fin de la locución aludida nos es erigir a la convención privada en una ley propiamente dicha, dice Demolombe, sino expresar de una manera enérgica, el lazo que resulta de ella para las partes. En efecto, éstas están ligadas por su consentimiento tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador». SALVAT, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1957, pp. 25. «Harol J. Lasky decía en *Introducción a la política*, que : todo el mundo sabe que la vida es imposible si los hombres no cumplen sus promesas, y Sumner Maine opinaba en *L' ancien droit*., que el deber de mantener la propia palabra es una de las conquistas más lentas de la civilización». TRIGO REPRESAS, F.; Y LÓPEZ MESA, M.; *Código Civil y leyes complementarias anotados*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 655 y ss. CIFUENTES, S.; *Código Civil, comentado y anotado. Tomo III*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, pp. 89. LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo II*. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1995, pp. 314 y ss. «Esa fórmula que pone en un pie de igualdad al contrato y a la ley, muestra la estima que el pensamiento jurídico del siglo pasado tuvo por la voluntad de los particulares, a cuya libertad se dio la mayor expansión. Diversamente, en la primera mitad del siglo XX, el movimiento de las ideas siguió una dirección opuesta, subestimándose extremadamente la función de la voluntad particular frente a la autoridad avasallante del Estado. La organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego y superar el falso antagonismo de libertad y autoridad para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes coadyuva al bien común de la sociedad y a la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en lo que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda los fueros de la justicia». LLAMBÍAS, J.; Y ALTERINI, A; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1982, pp. 145. MOSSET ITURRASPE, J.; y Piedecasas, M.; *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2008, pp. 386 y ss.

nota del art. 943 del Cód. Civil, al enseñar que dado el consentimiento en forma libre el contrato resultaba irrevocable, lo que luego no podía sostenerse por la propia normativa de la ley, la revisión judicial y los nuevos casos incorporados con la ley 17.711 que restringían esa regla. Ahora con la consagración de ambos pilares del contrato, se indica de forma precisa que los mismos deberán ejercerse dentro de los parámetros y restricciones allí descriptas. El artículo 959 del CCC establece que: «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de parte en los supuestos en que la ley lo prevé». Se ratifica la función e importancia del efecto vinculante para los contratos como anteriormente ocurría en el Código Civil de Vélez. Lo interesante de la norma es que se aleja de la referencia a la asimilación del contrato con la ley, para así permitir que la misma pueda servir de restricción y diferenciar su jerarquía, limitándose a establecer la obligatoriedad del mismo, lo que necesariamente se explica como la imposición de un deber jurídico para la parte. Lo destacable de la redacción es que se establece la pauta de que la obligatoriedad del contrato proviene de su validez, lo que viene a ratificar la relatividad de la voluntad declarada cuando las partes se apartan de las pautas legales. La obligatoriedad para las partes de lo acordado en un contrato es un axioma legal básico de un sistema jurídico de derecho privado en una economía de mercado, lo que se reitera en el derecho comparado. Los cambios de reglas afectan la previsibilidad y deben darse cuando existen razones sólidas para ello, pues de lo contrario, la natural aversión al riesgo de las personas genera una retracción en su disponibilidad para negociar e invertir. Además el artículo 960 del CCC complementa y refuerza el artículo antes mencionado estableciendo que: «Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público»; son las partes las que pueden celebrar, modificar o extinguir un vínculo contractual, en ejercicio de la libertad contractual de la que gozan y que los jueces deben en principio respetar. Sin embargo, y por ser una circunstancia de la realidad económica moderna, el rol del juez resulta muchas veces importante para paliar situaciones de abusos o de desigualdades entre las partes y su fuerza negocial de los términos contractuales; por ello se indica, ratificando el sistema anterior, que el juez podrá inmiscuirse en los términos contractuales sólo cuando una de las partes se lo solicite y esto esté permitido por la ley (pues cambiará la extensión de esa facultad de acuerdo si se trata de un contrato discrecional, uno predispuesto, uno de condiciones generales o uno por adhesión), o cuando se encuentre afectado el orden público que, sobre la base del principio de *iura nivit curia*, le impone el deber al juez de intervenir de oficio. El artículo 961 del CCC regula que: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor». No sólo se reproduce lo relativo a la aplicación de la buena fe que se halla prevista en el Código Civil derogado (conf. ley 17.711), sino que se introduce el principio de razonabilidad como una obligada derivación del exordio. Y ello en razón de que se retorna al texto originario del artículo 1.198 del Código Civil de Vélez, en cuanto establecía que «los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieren sido virtualmente comprendidas

en ellos»; y se añade a continuación: «...con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor». La norma constituye una aplicación específica del principio general sistémico de buena fe, enunciado en el art. 9° CCC, que actúa como directriz para establecer los alcances del principio de obligatoriedad; establece cuáles son los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más allá del enunciado expreso de las estipulaciones del contrato que las vincula. La buena fe tiene gravitación en todos los momentos de la contratación, se exige en la etapa de negociaciones previas a la concreción de un contrato (art. 991 CCC), como en la fase de su celebración, en su etapa funcional o de ejecución y hasta en la post-contractual, cuando las partes se restituyen bienes empleados en la ejecución del contrato concluido. No debe olvidarse que la buena fe también alcanza y compromete a la parte a no reclamar aquello que no le corresponde. El principio de buena fe es, asimismo, el criterio rector que guía la interpretación de las disposiciones contractuales (art. 1.061 CCC). La considerada es la buena fe-confianza o buena fe-lealtad, que debe ser evaluada según un estándar objetivo medio, el de "un contratante cuidadoso y previsor".[42]

42. BUERES, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pp. 556 y ss. LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*, M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 538 y ss. «La consagración legislativa del principio de autonomía de la voluntad significa el reconocimiento de la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos. Todo lo expresado, dentro de los límites legales (arts. 90, 10, 12, 958 y 960)». «Si bien el Código reconoce la fuerza del principio condicionado a la validez del contrato, enuncia restricciones al contenido, entre ellas, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo, siempre y cuando lo sea por acuerdo de partes o "en los supuestos en que la ley lo prevé", así como la facultad de los jueces de modificar "las estipulaciones" cuando lo autoriza la ley, o de oficios cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público». «Respecto a la buena fe, ha sido nuevamente acogida como directiva de celebración, interpretación y ejecución de los contratos, y calificada como la primera regla a la que se hallan sometidas las partes, la piedra angular para la interpretación de los contratos». «Ha sido concebida como la convicción de obrar conforme a derecho». HERRERA, M., CARAMELO, G., PICASSO, S.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*, Buenos Aires, Ed. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 336 y ss. «La libertad en sentido amplio es un derecho fundamental. La libertad de contratar es presupuesto de la autonomía, de la potestad de autorregulación de contenido y deriva de lo previsto en la última parte del art. 19 CN, según el cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, ni obligado a hacer lo que ella no manda. Como toda libertad, su ejercicio no es absoluto y encuentra su límite en la afectación perjudicial de los derechos de terceros ajenos al contrato (art. 1022 CCC) y en los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. La libertad de contratar tiene una doble faz, pues en su contracara se encuentra, claro está, la libertad de no contratar, que también se ve en cierto grado restringida por circunstancias inherentes a una sociedad compleja, plagada de cosas y de actividades riesgosas, en la que a menudo el legislador, con fundamento en el poder de policía del Estado, obliga a quien realiza una actividad a celebrar determinados contratos (de seguros, de servicios médicos, etc.), en miras de la protección de quienes pudieran resultar de algún modo afectados por su práctica. Esta norma define los límites dentro de los que se despliega la libertad contractual de las partes, mientras que el art. 961 CC C establece los alcances de su desarrollo más allá de lo expresamente convenido». «El principio de obligatoriedad actúa como un resguardo para el de libertad contractual, pues establece la base necesaria para que este pueda desplegarse con confianza, en un ámbito donde debe imperar la buena fe». «La buena fe es fuente de deberes secundarios de conducta que se agregan a los deberes primarios propios de cada contrato; es fuente de interpretación, regla de integración, límite al ejercicio de los

Límites a la autonomía de la voluntad: la cláusula rebus sic stantibus

Si bien de la legislación se desprende la libertad de contratar o no y, por otro lado, la libertad de fijar el contenido del contrato o libertad contractual, existen limitaciones. El *pacta sunt servanda* no puede ser mantenido a todo trance cuando por el apego mecánico a sus términos y consecuencias se lesionan valores superiores como la justicia, la equidad y a cuya debida guarda debe tener un adecuado ejercicio la función jurisdiccional. La autoridad de los contratos no es ilimitada, existen circunstancias graves en las cuales la letra de las convenciones debe ceder ante la evidencia de la injusticia que encierran en sí, tal es el caso de los períodos de crisis económicas que renace la cláusula *rebus sic stantibus*, como excepción y límite al principio *pacta sunt servanda*.[43]

El criterio que impulsa las limitaciones a la autonomía, tiene antecedentes en el pensamiento de Portalis, que afirmó que «la libertad de contratar no puede estar limitada más que por la justicia, por las buenas costumbres, por la utilidad pública», pero más precisamente para D' Alembert, que consideró, que en «el comercio no todos pueden tener la misma parte en las ventajas, aunque todos tengan el mismo derecho a ellas», fustigando ese derecho de desigualdad llamado ley del más fuerte; y Montesquieu que «la libertad de comercio no es una facultad concedida a los negociantes para que hagan lo que quieran», y que "en los países libres es donde el negociante encuentra contrariedades sin número», lo cual «molesta al comerciante, pero favorece al comercio».[44]

En el actual Código Civil y Comercial se prevén institutos que, como el de la lesión, para problemas originarios (art. 332 CCC), o el de la imprevisión para conflictos sobrevinientes, que posibilitan la generación de cambios a los términos de un contrato (arts. 1.090 y 1.091 CCC). No se trata de modificaciones que se vayan a producir por el mero imperio de la ley, pues en su resultado sigue teniendo incidencia la voluntad de las

derechos y puede operar también como eximente de responsabilidad».

43. TRIGO REPRESAS, F.; Y LÓPEZ MESA, M.; *Código Civil y leyes complementarias anotados*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, pp. 655 y ss. LLAMBÍAS, J.; Y ALTERINI, A; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1982, pp. 145. MOSSET ITURRASPE, J.; Y PIEDECASAS, M.; *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2008, pp. 386 y ss. BERNARD, R.; «Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda»; *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano, on line* 26-2021, ISSN 1989-1970, pp. 251, http://www.ridrom.uclm.es. (última consulta realizada el 30 de Agosto de 2021). «La cláusula rebus sic stantibus, como excepción y modulación al principio *pacta sun servanda*, no fue prescrita ni formulada por la jurisprudencia romana, lo cierto es que su formación y aplicación por parte de los glosadores, se proyectó posteriormente en la Edad Media a las compilaciones canónicas y a otras leyes». HERRERA, M., CARAMELO, G., PICASSO, S.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*, Buenos Aires, Ed. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 338 y ss. «La obligatoriedad para las partes de lo acordado en un contrato es un axioma legal básico de un sistema jurídico de derecho privado en una economía de mercado, lo que se reitera en el derecho comparado. Los cambios de reglas afectan la previsibilidad y deben darse cuando existen razones sólidas para ello, pues de lo contrario, la natural aversión al riesgo de las personas genera una retracción en su disponibilidad para negociar e invertir».

44. ALTERINI, A.; Y LÓPEZ CABANA R.; L*a autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. La Ley 1990 –D, 1296, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1990, pp. 1296.

partes. Por otra parte, más allá de la regulación protectoria desarrollada en materia de contratos de consumo, que tiene su propio subsistema normativo, también se sancionan día a día normas destinadas a proteger a los vulnerables jurídicos, mencionados en el art. 75, inc. 23 de la CN, u otras que prohíben determinadas actividades o la comercialización de determinados productos, por razones de interés público. Es necesario destacar que en nuestro país se ha desarrollado a lo largo del tiempo otra regulación heterónoma, vinculada con la emergencia económica, con efectos habituales aun a las obligaciones en curso. Ella ha dado lugar a la denominada "doctrina de la emergencia económica", generada a partir del dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la sentencia en el conocido caso "Ercolano" (1922) en el que la mayoría del tribunal sostuvo que: «Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectiva; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico».[45] Es que la emergencia afecta la base del negocio y, como consecuencia de ello, impacta en la correspectividad de las prestaciones, generando una excesiva onerosidad sobreviniente que es corregida por el juez o por la ley. A partir de allí han sido numerosos los pronunciamientos en los que el Máximo Tribunal convalidó normas que, dictadas en razón de situaciones de emergencia, generaban alteraciones en las previsiones establecidas por las partes en contratos de diversa naturaleza, pautándose como recaudos generales para su admisibilidad constitucional que: a) exista una situación de emergencia definida por el Congreso; b) se persiga un fin público; c) las medidas adoptadas sean de carácter transitorio; y d) se respete el principio de razonabilidad, que el medio empleado sea proporcional y adecuado para el fin público perseguido. [46]

45. «CSJN, Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta", 1922, Fallos: 136:170. Se trató de un caso en el que se discutía la constitucionalidad de normas por las que se congelaban los precios de los alquileres de viviendas y se suspendían los desalojos y la Corte se pronunció por su constitucionalidad». «Además se debe mencionar el fallo Avico- CSJN, "Avico c/ De la Pesa", 1934, Fallos: 172:29».

46. BUERES, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pp. 296 y ss. – pp. 623 y ss. «Art. 332 CCC. Lesión Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad 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. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción». «Art. 1090 CCC. Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay

¿Crisis de la autonomía de la voluntad o del contrato?

Se ha relacionado a la crisis de los contratos con ”la declinación de la voluntad contractual”, ya que las normas existentes que los regulan establecen restricciones sobre los acuerdos entre las partes, y además, se ha producido una proliferación de contratos de adhesión con fórmulas predispuestas. Por consiguiente, la crisis contractual está interpretada dentro del marco jurídico en que fue creada la autonomía de la voluntad. En la actualidad, algunos doctrinarios consideran que es ilógico hablar de crisis de los contratos dado que los mismos se multiplican, debido a las relaciones negociales que van en aumento. Además, se han creado y legislado nuevas figuras contractuales que se adaptan a las necesidades y obligaciones que anteriormente no habían sido contempladas. Cabe afirmar que el contrato no ha muerto ni se halla en situación de crisis. Por el contrario, se recrea y se halla en pleno apogeo. Los viejos moldes con arreglo a los cuales se modelaban los contratos tienden a desaparecer o sufren profundas modificaciones, que resultan inútiles para estampar en ellos las modernas convenciones. El contrato ha cambiado de fisonomía al perder sus rasgos esenciales. Ni es por esencia un acuerdo de voluntades, ni tiene fuerza de ley entre las partes.[47]

derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.» «Art. 1091 CCC. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia». HERRERA, M., CARAMELO, G., PICASSO, S.; C*ódigo Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*, Buenos Aires, Ed. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 338 y ss. SABSAY, D.; Y ONAINDIA, J.; *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 1995, pp. 213 y ss.; pp. 225 y ss. «Art. 75 inc. 23 de la CN: Corresponde al Congreso: ... Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad». LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*, M. F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 544 y ss. «En el Código los límites a la fuerza obligatoria del contrato son los que provienen de la ley, del orden público, la moral, las buenas costumbres (art. 958) y del carácter imperativo de las normas (art. 962). Esto significa que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes». «La convalidación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, pero se debe tener en cuenta los límites que le son inherentes como, por ejemplo, que, a pedido de una de las partes (art. 959), el juez modifique el contrato cuando lo habilita la ley o de oficio cuando lo estipulado afecte de modo manifiesto el orden público (art. 960). Otras aplicaciones en que declina la fuerza obligatoria del contrato por acuerdo de partes se encuentran en el caso de rescisión de los contratos de larga duración en que la parte que la decide debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociarlo (art. 1011, 3er párr.). Lo propio acontece en los supuestos de Frustración de la finalidad (art. 1090) e Imprevisión (art. 1091).»

47. RISOLÍA, M.; *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1958, pp. 116 y ss. LORENZETTI, R.; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020),* M. F. De Lorenzo

El principio *pacta sunt servanda* es la base del derecho en los pueblos libres. El hombre es libre de contratar, pero una vez hecha la convención la misma debe ser respetada. Los jueces deben hacer cumplir las estipulaciones contractuales, pudiendo interpretarlas e incluso prescindir de lo convenido cuando ello importa la transgresión de una ley imperativa. El principio debe ser el cumplimiento, toda interpretación que permita evitar el cumplimiento debe ser hecha con criterio restrictivo. Es ventajoso para la sociedad que los contratos sean cumplidos, pues de lo contrario nadie contrataría. El hombre es un ser social que necesita de los demás, necesita intercambiar prestaciones y es mucho más fácil cuando se sabe que las promesas van a ser cumplidas.[48]

La llamada crisis del contrato es más bien una evolución reclamada por las circunstancias, particularmente económicas, en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno, que se revela contra toda

y P. Lorenzetti (coord.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 543 y ss. PIERRE, J.; «De la autonomía de la voluntad y de los contratos», *Revista La Ley 1991-D, 1173*, Ed. La Ley Buenos Aires 1991, pp. 1173. «La crisis del contrato existe y la institución se halla sometida a un ser o no ser. Desde fines del siglo pasado y los primeros años del presente, ha aparecido otra concepción del contrato, caracterizada principalmente por el debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad, por la intervención de fórmulas legislativas y por la autoridad judicial que intervino anulando contratos y cláusulas impuestas por una de las partes a la otra». SALVAT, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1957, pp. 21 y ss. «Desde el punto de vista del acuerdo de voluntades el contrato va perdiendo, su fisonomía. Impuestas sus cláusulas unas veces por la exclusiva decisión de unas de las partes y otras veces por expresa disposición legislativa, la libertad contractual sólo existe en principio, pues si bien ella se manifiesta en el hecho de poder entrar cuando se quiere en el contrato, resulta impotente para condicionar su permanencia en él o fijar el término de duración al vínculo obligacional. Como lo destaca Gastón Morín, y lo reconocen otros autores, "en el contrato, la libertad existe para entrar en él, no para salir. El contrato es el hombre que se ha encadenado a sí mismo, pero es el hombre encadenado" ». D' ORS, A.; «Ante la crisis del contrato», *Revista E. D., T. 1979- D*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 1979, pp. 717. «La crítica se dirige contra el presupuesto de que el contrato se perfecciona por la voluntad libre de las dos partes que en él intervienen. La realidad es distinta: en primer lugar, porque los tipos contractuales están fijados por la ley y no dependen de los contratantes más que en sus elementos accidentales; en segundo lugar, porque cada día son más frecuentes los contratos en que la decisión de una de las partes se reduce a adherirse a un esquema impuesto por la otra».

48. ETCHEVARNE BULLRICH, C.; «La fuerza del contrato», Revista *La Ley 1983-C, 989*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1983, pp. 989. «Las restricciones a la libertad contractual fortifican a los contratos encuadrados en la ley.» CROVI, L.; «La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad», *Revista J.A, 2001 – II*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 856. «Se ha hablado mucho sobre la crisis de la autonomía de la voluntad y de la crisis del contrato en general, pero el axioma del *pacta sunt servanda* sigue siendo el pilar básico de todo el ordenamiento contractual y tiene vigencia en diversos códigos extranjeros, como el ya conocido artículo 1134 del Código de Napoleón y el artículo 1372 del Código Civil Italiano. Pero actualmente, además de la libertad de contratar existen otros valores que deben protegidos. Por eso, en los contratos modernos la palabra empeñada sólo puede ser amparada en los contratos "entre iguales", pero cuando las partes no se encuentren en un pie de igualdad, la justicia impone restablecer el equilibrio de la relación de cambio, antes que atarse al doga de la autonomía de la voluntad». ALTERINI, A.; Y LÓPEZ CABANA R.; «La autonomía de la voluntad en el contrato moderno», *Revista La Ley 1990 –D, 1296*, Ed. La Ley, Buenos Aires 1990, pp. 1296. «Es deseable que el legislador deje a los contratantes el máximo de libertad, pero esto no puede ser bajo una reserva: la libertad contractual no debe atentar contra otras libertades más esenciales y asumiendo la decadencia de la autonomía de la voluntad, se expresa que la libertad contractual no es más que un factor entre otros y que no puede servir de explicación única, ni sin duda siquiera principal, a las disposiciones del Código Civil relativas al contrato.»

forma de injusticia. El intervencionismo del Estado en el contrato de trabajo ha restablecido la igualdad entre las partes; las nuevas formas contractuales permiten un ajuste más realista de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas; el contralor judicial por vía de la lesión o la teoría de la imprevisión permiten una mejor realización de la justicia conmutativa. No se ha producido ni inseguridad, ni pérdida de confianza en el contrato como instrumento de regulación espontánea de las relaciones interpersonales. En ningún momento de la historia humana ha sido más activa e importante la contratación privada.[49]

Conclusiones

Si bien en Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad de las partes no imperaba en los negocios jurídicos, dado que sólo era relevante la forma para que surtieran efectos, esto fue evolucionando ya que el principio *pacta sunt servanda* fue plasmado en diversos pasajes del Digesto, como en D.2.14.1.pr y D.50.16.219, en donde se establece que las partes deben cumplir con lo pactado, y se debe atener a la voluntad de lo que ellos expresaron.

Este precepto fue recepcionado y legislado por los Códigos modernos. Actualmente, en nuestro Código Civil y Comercial lo encontramos legislado en los artículos 958 y 959, los cuales expresan que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, pero si bien los contratantes pueden regir sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades, siempre lo tienen que hacer dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres; además el contrato es obligatorio para las partes. Por lo tanto, podemos constatar, una vez más, que el Derecho Romano simboliza uno de los ejes fundamentales de nuestro derecho.

La sociedad va evolucionando y mutando, al igual que los valores, esto no puede ser desconocido por el ordenamiento jurídico, que debe ir adaptándose a la nueva realidad, es por ello que este principio no está en crisis sino que se encuentra en un proceso de transformación y adecuación en relación al contexto económico contractual, además de la situación sanitaria que estamos atravesando mundialmente hoy en día por la pandemia del COVID-19; ya que el respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad generaría situaciones de inequidad, de injusticia y de conflictos socioeconómicos.

Bibliografía

Adame Goddard, J. (226; «Los pactos en las Sentencias de Paulo : Análisis del título I del libro primero. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. tomo 1. pp.1-30.*

49. BORDA; G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II,* Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998, pp. 114 y ss. BORDA; G.; *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, pp. 20 y ss.

Adame Goddard, J. (2010). Comentario histórico jurídico al libro I de las Sentencias de Paulo», En: *Serie de doctrina jurídica*. (509):59-88.

Alburquerque, J. M. (1995). *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho Romano*. Córdoba : Publicaciones Universidad de Córdoba.

Alterini, A.; Ameal, O.; López Cabana, R. (1996). *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Alterini, A.; López Cabana R. (1990). *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires : La Ley.

Arangio Ruíz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. 10ª ed. Buenos Aires : Depalma.

Aulo Gelio. (2009). *Noches áticas*. Madrid : Akal.

Berger, A.; *Encyclopedic dictionary of Roman law. Philadelphia.Transaction of the American Philosophical Society,(1953), New series. V. 43 – part. 2*. Reproducido 2004 The Lawwbook Exchange, Clark, New Jersey.

Bernard, R. (2021). Covid-19 y Derecho Romano : raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda. En: *Revista Internacional de Derecho Romano on line*. 26:209-307. URL: http://www.ridrom.uclm.es

Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. 8ª ed. Madrid : Reus.

Borda; G. (1983). *Manual de contratos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Borda; G. (1998). *Tratado de derecho civil: obligaciones*. tomo 1. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación : analizado, comparado y concordado*. tomo 1. Buenos Aires : Hammurabi.

Burillo Loshuertos, J. (1964). Los pactos en el Derecho Romano. En: *Anales de la Universidad de Murcia*. 22(3-4):151-170.

Castresana Herrero, A. (2017). *Derecho Romano : el arte de lo justo y de lo bueno*. Madrid : Tecnos.

Cifuentes, S. (2008). *Código civil : comentado y anotado*. tomo 3. Buenos Aires : La Ley.

Colombo, L. (2009). El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad.

En: *Revista La Ley*.

Crovi, L. (2001). La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad. En: *Revista J.A*.

Los Mozos Touyá, J.J. de. (2014). Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del ius commune. En: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano : Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*. (27):127-128.

De Vaan, M. (2008). *Etymological dictionary of Latin and other Italic languages*. Leiden : Brill.

Dillon, G. (2003). La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el código civil argentino. En: *Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. Fortaleza- Ceará – Brasil*.

Di Pietro, A. (1967). *Institutas*. La Plata : Librería Jurídica.

Di Pietro, A. (1999). *Derecho privado romano*. Buenos Aires : Depalma.

Di Pietro, A. (2001). La teoría del creditum. En: *El libro homenaje a Álvaro D'Ors*.

Di Pietro, A. (2004). *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*. Buenos Aires :. Depalma.

D'ORS, A. (1979). Ante la crisis del contrato. En: *Revista E. D. T*.

D' ORS, A. (1984). Cuatro logros del genio jurídico romano. En: *Revista La Ley*. pp.594- 599.

D´ORS, E. (1981). *Derecho privado romano*. Pamplona : Universidad de Navarra.

Ernout, A.; Meillet, A. (1951). *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 3º ed. Paris : Klincksieck.

Estévez Brasa, T. (1986). Los pacta en el Derecho Romano y su recepción el código civil argentino. En: *Revista La Ley*.

Etchevarne Bullrich, C. (1983). La fuerza del contrato. En: *Revista La Ley*.

Fernández De Buján, F. (2004). *Sistema contractual romano*. Madrid : Dykinson.

Fuenteseca, P. (1978). *Derecho privado romano*. Madrid : Gráficas.

García del Corral, I. (1987). *Cuerpo de derecho civil romano*. tomo 1. Barcelona : Lex

Nova.

Garofalo, L. (2019). Voz : Contrato e causa. En: *800 años de historia a través del Derecho Romano*.

Garrido, R.; Zago, J. (1993). *Contratos civiles y comerciales : parte general*. Buenos Aires : Editorial Universidad.

Gioffredi, C. (1973). Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale). En: *Bulletino dell´Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*. (15).

Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires : Infojus.

Kees, A. (2005). La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del derecho civil. En: *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*.

Lenel, O. (1901). *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel*. tomo 1. París : Larose & Forcel.

Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. tomo 5. Santa Fe : Rubinzal Culzoni.

LLambías, J.; Alterini, A. (1982). *Código Civil anotado : doctrina y jurisprudencia*. tomo 3. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

LLambías, J. (1995). *Tratado de derecho civil : parte general*. tomo 2. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Maltby, R. (1991). *A lexicon of ancien Latin etymologies*. Leeds : Cairns.

Martínez Alcubilla, M. (1985). *Códigos antiguos de España*. tomo 1. Madrid : Administración Arco de Santa María.

Mosset Iturraspe, J.; Piedecasas, M. (2008). *Código Civil comentado : doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Mosset Iturraspe, J. (1998). *Contratos*. Buenos Aires : Ediar.

Pellecchi, L. (2009). La posizione dell' exceptio pacti nell'Editto del Pretore. En: *Revue historique de droit français et étranger*. (87):143-180.

Perozzi, S. (1928). *Istituzioni di diritto romano*. vol. 2. Roma : Athenaeum.

Pierre, J. (1991). De la autonomía de la voluntad y de los contratos. En: *Revista La Ley*.

Rascón García, C.; García González J. M. (1993). *Ley de las XII tablas : estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid : Tecnos.

Risolía, M. (1958). *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Sabsay, D.; Onaindia, J. (1995). *La Constitución de los argentinos : análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. Buenos Aires : Errepar.

Salvat, R.(1957). *Tratado de derecho civil argentino: fuentes de las obligaciones*. tomo 1. Buenos Aires : Tipográfica Editora Argentina.

Schipani, S.. (2007). *Código civil de la República Argentina*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Sturm, F. (1990). *Il pactum e le sue molteplici applicazzioni* : *Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell´esperienza Tardo-Repubblicana : Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo*. Nápoles : Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro.

Talamanca, M. (1960). La storia dell 'edictum de pactis. **En:** Labeo. (6).

Torrent- Ruíz, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid : Edisofer.

Trigo Represas, F.; López Mesa, M. (1999). *Código civil y leyes complementarias anotados*. Buenos Aires : Depalma.

El aforismo jurídico latino "nullum crimen nulla poena sine lege" a la luz del Derecho Romano

Daniela Valeria Serra[1]

1. Universidad de Buenos Aires.

Introducción

La formulación del aforismo jurídico latino *nullum crimen nulla poena sine lege* que recoge el principio de legalidad en materia penal ha sido tradicionalmente atribuida a Von Feuerbach. Sin embargo, consideramos que su origen puede rastrearse en el Derecho Romano republicano, y en particular, de la época clásica, tomando en consideración varios pasajes de juristas clásicos, recogidos por el Digesto de Justiniano, entre ellos, uno en particular de Ulpiano, donde se establece que: «*poena non irrogatur, nisi quae queque lege vel quo alio iure specialiter hule delicto imposita est*», lo cual puede ser traducido como: «no se establezca más pena que la impuesta especialmente por una ley u otro derecho para cada delito.»

Ahora bien, ¿podemos afirmar la existencia de un principio de legalidad tal como lo conocemos ahora, en el derecho penal romano? Las fuentes romanas aparecen de forma aislada en el pensamiento ilustrado, y hasta en algunos casos se ha omitido directamente la cita a los precedentes clásicos. Por otra parte, autorizada doctrina penal argentina ha sostenido que el principio de legalidad no era conocido por el Derecho Romano[2].

Sin embargo, entendemos que, más allá de que la formulación del aforismo latino que hoy nos ocupa sea una creación del siglo XIX, podemos encontrar rasgos propios de un principio de mera legalidad penal en la reflexión de los juristas romanos de la época clásica, quienes introdujeron sus nociones fundamentales, y que en cierta medida perviven hasta ahora, tal como se expondrá en las siguientes líneas.

El origen del principio de legalidad en materia penal

La postura tradicional

Los actuales sistemas penales, producto del Estado moderno, fueron justificados por los pensadores de los siglos XVII y XVIII en una serie de fundamentos filosóficos, jurídicos y políticos a los que se identificó con una compleja trama de vínculos y garantías establecida para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo, evitando que quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán[3] en términos del contractualismo, configurando así el modelo hoy conocido como Estado de Derecho[4].

El principio de legalidad es uno de los símbolos más característicos de este Estado de Derecho, pues garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos

2. V. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 98.

3. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. de la 2ª ed. alemana por D. Luzón-Peña), t. 1, Madrid, Thomson - Civitas, 2008, p. 137 y ss. Ver también ANITUA, Gabriel I., Historias de los Pensamientos Criminológicos, 1ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 78-84.

4. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, (trad. de P. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés), 9ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 21 y ss.

y rijan para todos sin excepción[5]. Es la máxima garantía que posee el individuo frente al poder punitivo del Estado[6], y significa que no puede castigarse ninguna conducta que no haya sido previamente declarada como delito en una ley[7].

Esta garantía fue incluida en casi todos los códigos penales europeos a lo largo del siglo XIX[8], y ha sido receptada por todas las constituciones de América. Nuestro ordenamiento jurídico positivo consagra el principio de legalidad en la parte dogmática de la Constitución Nacional, especialmente en sus artículos 18 y 19, y en los tratados sobre derechos humanos incorporados a la misma[9], conforme establece el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna[10].

Por su parte, este principio también ha sido reconocido y consagrado en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y más recientemente, en los artículos 22 y 23 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

El principio de legalidad o *nullum crimen nulla poena sine lege* comprende cuatro prohibiciones: analogía (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta)*, utilización del derecho consuetudinario para fundar o agravar la pena (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta)*, retroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia)* y leyes pena-

5. HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, Valencia, 1999, p. 24, cit. en: JAÉN VALLEJO, Manuel, *Legalidad y Extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, 1ª ed., Barcelona, Editorial Atelier, 2006, p. 19.

6. Cfr. BARBERO, Natalia, «El Principio de Legalidad en Derecho Penal Internacional», en: DONNA, Edgardo (dir.); BARBERO, Natalia (coord.), *Revista de Derecho Penal: Edición Extraordinaria: Derecho Penal Internacional, Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 326.

7. V. CEREZO Mir, José, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, B de *f*, 2008, p. 201.

8. La fórmula de FEUERBACH fue incluida en el Código Penal bávaro de 1871 y en el Código Penal francés de 1810, en su art. 4º (cfr. DONNA, «Precisiones sobre el Principio de Legalidad», op. cit., pp. 510-512). En España figura en todos los códigos penales, salvo en el de 1850, en el que se establecía el principio de legalidad de los delitos, pero no de las penas. Por su parte, en Inglaterra no se llevó a cabo el proceso de codificación y por lo tanto, no triunfó el principio de legalidad, fruto del racionalismo francés continental europeo. Inglaterra se rige por el common law¸ regido por la costumbre, el precedente judicial y completado por algunas pocas leyes (statute law), que bastaban para dar seguridad a las instituciones jurídicas. V. Cerezo Mir, op. cit., p. 197. Por lo tanto, en los sistemas jurídicos basados en el common law sólo se exige la verificación del aspecto temporal del principio, es decir, la ley previa (v. Barbero, «El Principio de Legalidad...», op. cit., p. 328).

9. Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Articulo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas...» En sentido similar, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Artículo 15, ap. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos...» El principio de legalidad también ha sido reconocido desde sus inicios por nuestro Máximo Tribunal: «La Constitución Nacional, en su artículo 18, prohíbe la aplicación de una condena penal si no existe una ley previa que mande o prohíba esa acción bajo amenaza de pena» (Fallos: 309:5; 237:636; 254:315; 293:378; 301:385; 302:1626, entre otros).

10. Ver QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel A.; CENICACE-LAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, t. I, p. 393; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 1, p. 611 y ss., cit. en: DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos – Teoría de la Ley Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, t. I, p. 354.

les indeterminadas o imprecisas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa)*[11]. Es decir, que «por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley.»[12]

Si bien, tal como adelantáramos, la máxima latina con la que se lo identifica –*nullum crimen, nulla poena sine lege*- fue acuñada recién en 1801 por Feuerbach[13], encontramos antecedentes de este principio en el Derecho Romano.

¿Principio de legalidad en el Derecho Romano?

Sin perjuicio de la formulación moderna del aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege,* sostenemos que el Derecho Romano conocía la esencia de este principio, pudiendo encontrarse en el Digesto algunos precedentes de la existencia de una suerte de prohibición de retroactividad, la cual constituye una de las facetas del principio de legalidad[14], dando lugar a lo que se denomina principio de mera legalidad.

En este sentido, podemos mencionar un célebre fragmento de Marciano, que establece que: «*facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius volutati mandatur, sed legis auctoritati reservatur*» (Digesto, Libro 48.16.1.4), donde -citando a Papiniano- advierte que, asi como el análisis fáctico del delito es prerrogativa del juez, la pena queda reservada a la autoridad de la ley.

En sentido similar, recoge el Digesto la cita de Ulpiano: «*...poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*» (Digesto, Libro 50.16.131.1), que reafirma que sólo se puede imponer una pena a los ciudadanos si ha sido impuesta por la ley. De igual manera, podemos citar también a Modestino, quien también sostuvo que no es posible sancionar un delito si no está definido en una norma (Digesto, Libro 48.4.7.3)[15].

Estos precedentes que surgen del Digesto nos revelan que el Derecho Romano clásico conoció una suerte de principio de legalidad en materia penal, basado en el respeto a leyes dictadas con anterioridad al hecho cometido, que puede equipararse a lo que hoy conocemos como la prohibición de retroactividad, o, para citar el aforismo que nos ocupa, el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que en la actualidad, impide la creación de leyes *ex post facto* que no favorezcan al imputado, y que ha sido, incluso, incorporado al conjunto de normas que integran el derecho penal internacional.

Así también lo destacan autores como Ruiz Robledo, quien señala que el derecho justinianeo consagra la prerrogativa de que no se establezca más pena que la impuesta especialmente por una ley u otro derecho para cada delito[16].

11. Cfr. ROXIN, op. *cit*., p. 140.

12. *Idem*, p. 137.

13. Cfr. FEUERBACH, Johann P. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deustchland gültigen Peinlichen Rechts,* Giessen, 1801, cit. en: AMBOS, Kai, *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 35.

14. Cfr. ROXIN, *op. cit*., p. 141.

15. «*... si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est*» (Digesto, L. 48.4.7.3).

16. V. RUIZ ROBLEDO, Agustín, «El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española», en: *Revista de*

Por ello, aun cuando consideremos al *nullum crimen* como una garantía que posee un valor esencialmente político[17], cuya formulación proviene del Iluminismo, vinculada al principio de división de poderes, donde solo el Poder Legislativo tiene la facultad de limitar el ámbito de las libertades individuales, a fin de evitar abusos tanto por parte del Poder Ejecutivo como del Judicial, coincidimos con Bertoldi en que ello no impide sostener que no pueda configurarse también en otros ordenamientos jurídicos, incluso careciendo de las características de democracia y liberalidad propias de la concepción de Estado ilustrado[18].

Con esto, lo que queremos destacar es que la necesidad de una seguridad jurídica, donde las pautas para el sujeto queden claras con antelación a la autodeterminación de su conducta provienen de etapas históricas muy anteriores a la Ilustración, y ya se conocían en el Derecho Romano.

Justamente, lo que se buscaba con estas reglas era brindarle al destinatario de la norma la posibilidad de conocer de antemano las consecuencias legales de su conducta para que pudiera elegir libremente qué hacer y qué no hacer en una situación concreta determinada.

En este punto resulta interesante señalar que el origen del derecho penal público romano se ha ubicado en la sanción de la *Lex Valeria de Provocatione* del 499 a.C. obra de los cónsules Lucio Valerio Potito y Marco Horacio Barbato, mediante la cual se brindó al ciudadano romano el derecho de apelar la pena capital impuesta por los magistrados ante los comicios (*ius provocatione ad populum*). De esa época también data la Ley de las XII Tablas (c. 451-449 a.C.), en la cual se regularon ciertos delitos, fijando sus penas o imponiendo la composición obligatoria[19].

Ahora bien, sería ilusorio afirmar que basta con la referencia a estos fragmentos del Digesto para poder sostener la plena existencia de un principio de legalidad penal en Roma tal como lo conocemos en la actualidad. Recordemos que, durante la época imperial, fueron abolidas estas limitaciones republicanas merced las cuales la pena capital debía ser confirmada por los comicios, lo cual pasó a ser potestad del Emperador, quien no se encontraba limitado por ninguna restricción ni principio de ley previa, lo cual implicó un grave retroceso en las garantías penales republicanas de los ciudadanos.

De hecho, el pasaje *supra* citado atribuido a Modestino (*«si non tale sit delictum,*

Derecho Político, nro. 42, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997, en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1996-42-01B998BE/PDF (última consulta realizada el 8/12/2021).

17. Cfr. VASSALLI, Giuliano, *«Nullum crimen, nulla poena sine lege»* en: *Digesto delle discipline penalistiche*, t. VIII, Torino, 1994, p. 285.

18. V. BERTOLDI, Federica, *«L'origine Romanistica Del Principio Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege»*, disponible en: https://forhistiur.net/2016-10-bertoldi/?l=it# (última consulta realizada el 29/8/2021).

19. Ambas leyes fueron importantes conquistas populares, sancionadas como fruto de la lucha de los plebeyos que comenzó en el 493 a.C. con la llamada «Secesión de la Plebe», cuando decidieron retirarse al Monte Sacro. La negociación determina el retorno a la ciudad, con el compromiso de creación del Tribunado de la Plebe, de carácter sacro y con derecho a veto, el edil de la plebe y el *Concilium Plebis*. La finalidad de estas reformas era lograr superar la situación de desigualdad frente a los patricios. V. COSTA, José C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007; en sentido similar, BECERRA OLIVA, Guillermo, *La República Romana. Organización política. Luchas sociales y guerras civiles*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 51.

quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est», Digesto, L. 48.4.7.3), se inserta en un contexto que termina por demostrar el exceso punitivo por parte del poder público frente al ciudadano, ya que hace referencia a la punición de crímenes de lesa majestad o *Crimen Maiestatis*, aquel en el cual la conducta punible es todo aquello que se ha cometido contra el pueblo romano o su seguridad («*Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur*»), de allí que tal amplitud pudiera incluso alcanzar a palabras, dichos o conversaciones contra el emperador. Si bien el comentarista advierte que en estos casos hay que evaluar si la persona que emitió tales comentarios era un insano, en cuyo caso debe tratársele como tal y no castigarlo, el fragmento concluye que, aun si se tratara de una persona insana, que profirió tales comentarios debido a su condición mental, deberá ser castigado, siempre que lo que dijo resulte delito conforme la letra de la ley («*vel ex scriptura legis descendit*»), o si analógicamente puede entenderse en ella comprendido («*vel ad exemplum legis*»).

Entonces, ¿a qué nos referimos cuando sostenemos la presencia de esta suerte de prohibición de retroactividad en el Derecho Romano, como una de las facetas del aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*?

En este punto es necesario hacer una distinción entre principio de "mera legalidad" y principio de estricta legalidad. Ferrajoli nos enseña que: «Mientras el principio de mera legalidad [equivalente a la mera reserva de ley] al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general del derecho público, [en cambio] el principio de estricta legalidad [o principio de absoluta reserva de ley], en el sentido que se le ha asociado (...) que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal.»[20]

Mientras que, en la actualidad, el sistema de garantías penales se sostiene sobre el principio de legalidad estricta, estos primeros antecedentes a los que nos estamos refiriendo en el Derecho Romano fueron la génesis del principio de mera legalidad, conquistada en épocas republicanas por los plebeyos. Una de las grandes diferencias radica en la analogía, admitida en el derecho penal romano, pero totalmente prohibida dentro de la actual formulación del *nullum crimen nulla poena sine lege* por afectar el principio de *lege stricta*, o garantía de precisión de la ley penal, que excluye la analogía *in malam parte*.

Donna define a la analogía como "la aplicación de una regla jurídica a los casos que ciertamente no se ajustan a su tenor literal, pero que son similares al que se ha regulado por lo que parece conveniente darles el mismo tratamiento[21].

La analogía no desaparecerá de los sistemas penales occidentales hasta que los postulados de la Revolución Francesa y el Iluminismo consagren su prohibición en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, postulados en los que también se enroló nuestra Constitución Nacional y otras constituciones americanas.

Por otra parte, ¿qué podemos decir de la exigencia de que la ley sea escrita como excluyente de la costumbre como fuente del derecho penal, en un sistema como el romano donde la costumbre era indiscutida fuente de derecho? Hoy afirmaríamos que una

20. Cfr. FERRAJOLI, *passim*.

21. Cfr. DONNA, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 374.

sanción punitiva basada en la costumbre no cumple con las exigencias que se atribuyen al principio de legalidad, tales como la reserva de ley, la prohibición de retroactividad y analogía y el principio de máxima taxatividad penal[22]. Es por ello que, en la actualidad, en sistemas como el argentino, únicamente la ley penal dictada por el Congreso es fundamento de la creación de delitos, de la pena y de sus agravantes y de la medida de seguridad[23].

De allí que autores como Stratenwerth afirmen que, si bien el primer antecedente del principio de legalidad lo podemos encontrar en Cicerón, este origen remoto guarda diferencias esenciales con nuestra actual concepción y formulación del principio de legalidad[24].

Por lo tanto, lo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos es que en la larga y tortuosa evolución del principio de legalidad, consagrado a partir de la Ilustración en el aforismo jurídico latino *nullum creen nulla poena sine lege* nace o al menos encuentra sus primigenios precedentes en el Derecho Romano republicano, bajo la forma en sus comienzos de un primitivo principio de mera legalidad, que con los siglos ha devenido en el principio de estricta legalidad -o de absoluta reserva de ley, en términos de Ferrajoli -, que obliga al legislador a crear normas claras y precisas, y que ampara nuestras garantías penales en la actualidad, constitutivo de la gran barrera ante las arbitrariedades del poder político frente a los ciudadanos.

En este contexto, es procedente lo afirmado por Pergami, cuando sostiene en referencia a los fragmentos antes citados del Digesto, que: «estas reglas connotarán, por cierto, toda la experiencia jurídica del mundo romano, incluso de la época posclásica y justiniana: en la época imperial, de hecho, las leyes generales identificaron con gran precisión todas las posibles conductas ilícitas, fijando una sanción específica para cada uno y encomendando al órgano judicial exclusivamente la verificación del cumplimiento efectivo del delito. Fue la prueba de la vigencia de un principio de legalidad, centrado en el predominio de la ley sobre cualquier otro precepto y en la necesidad de su cumplimiento por parte de los distintos órganos del Estado: lo que

22. V. GIL GIL, Alicia, «Principio de Legalidad y Crímenes Internacionales. Luces y Sombras en la Sentencia del TS en el Caso "Scilingo"», en: RIGHI, Esteban (dir.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nro. 23, años XIV/XV, 2009/2010 - Segunda Época, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 289. En igual sentido, se ha afirmado que: «En la imagen ideal de una justicia penal exitosa conforme al Estado de Derecho, legislador y juez se dan la mano mutuamente», porque «... las personas saben con precisión qué reacciones y qué procedimiento acarrean ciertas conductas, y los juristas penales saben qué hacer...» V. HASSEMER, Winfried, cit. en DONNA, *Derecho Penal*. Parte General, t. I, *op. cit.*, p. 370 y ss. A diferencia de muchos autores alemanes, tanto CEREZO MIR como ROXIN distinguen entre costumbre y jurisprudencia, entendiendo que, si bien la primera está completamente vedada como fuente del derecho penal, la segunda muchas veces toma decisiones en relación a amplios campos abiertos dejados en las teorías generales del derecho penal, porque así se los ha encomendado el legislador. Para ampliar más sobre el punto, v. DONNA, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 371 y ss.

23. Dicho postulado surge claramente de los artículos 18 y 75, inc. 12º de la Constitución Nacional. Cfr. DONNA, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 374.

24. V. STRATENWERTH, cit. en ABREGU, Martín y DULITZKY, Ariel, «Las Leyes *"Ex Post Facto"* y la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales como Normas de Derecho Internacional a ser Aplicadas en el Derecho Interno», en *Separata de Lecciones y Ensayos*, Nº 60/61, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 117.

en definitiva da a todo ciudadano la oportunidad de conocer las reglas que deben observarse y las consecuencias de su violación.»[25]

Conclusión

Nuestro actual principio de legalidad en materia penal ha sido consagrado en la formulación del aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege* como colofón del proceso político que dio lugar a la Revolución Francesa y al dictado del sistema de normas que en la actualidad aun resguardan al individuo frente a los abusos del Estado.

Este principio, sin embargo, encuentra sus antecedentes en el Derecho Romano clásico, donde encontramos este primigenio sentido de legalidad como prohibición de retroactividad, y fue reconocido por los juristas clásicos (Ulpiano, Modestino, entre otros), de lo cual nos da cuenta el Digesto de Justiniano, por cuanto podemos de esta forma observar que este principio de legalidad transita toda la época imperial y llega hasta Justiniano, con sucesivas idas y vueltas cuyo análisis excede el presente trabajo y que podrán ser base de profundización en estudios venideros.

Sin embargo, no se trataba de un principio de legalidad en el sentido que lo entendemos ahora, ya que nuestro actual principio de legalidad contempla cuatro facetas o prohibiciones, que a su vez pueden resumirse en cuatro estrictas instrucciones para el legislador y el juez penal: la exclusión del derecho consuetudinario como fuente del derecho penal; mandato de certeza en la formulación de la norma; la prohibición de analogía, y la irretroactividad[26]. Este es el principio de legalidad en sentido estricto, que como vemos, difería con el antiguo principio de mera legalidad que conoció el Derecho Romano.

Por lo tanto, mientras que el principio de mera legalidad, vinculado a la irretroactividad de las leyes penales, se limitará a exigir que los presupuestos de las sanciones estén establecidos con anterioridad por un acto del órgano legislador; el principio de estricta legalidad – como corolario de la prohibición de analogía (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione*) «deberá contener referencias empíricas que permitan su aplicación en proposiciones verificables y presuponga por consiguiente, la materialidad de la acción, la

25. *«Tali regole connoteranno, per vero, tutta l'esperienza giuridica del mondo romano, anche di epoca post-classica e giustinianea: in età imperiale, infatti, le leggi generali individuavano con grande precisione tutti i possibili comportamenti illeciti, fissando per ciascuno una pena determinata e affidando all'organo giudicante esclusivamente la verifica sull'effettivo compimento della fattispecie delittuosa. Era la prova vigesse un principio di "legalitarismo", incentrato sulla prevalenza della legge sopra ogni altro precetto e sull'esigenza del suo rispetto da parte dei vari organi dello Stato: ciò che, in definitiva, conferisce ad ogni cittadino la possibilità di conoscere le regole da osservare e le conseguenze delle loro violazione»* (la traducción es personal), V. PERGAMI, Federico, "Nullum crimen, nulla poena sine lege: los orígenes del principio de legalidad en el derecho penal", disponible en: https://www.pergamipototschnig.it/2018/03/le/ (última consulta realizada el 1/09/2021).

26. Cfr. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy* (trad. de Patricia Ziffer), Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 21-22, cit. en: DONNA, «Precisiones sobre el Principio de Legalidad», *op. cit.*, p. 532. V. MAURACH, ZIPF y GÔSSEL, cit. en DONNA, *op. cit.*, t.1., p. 364. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, puede consultarse el compendio editado por la Konrad Adenauer Stiftung: Schwabe, Jûrgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las Sentencias más Relevantes*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

lesividad del resultado y la culpabilidad de la persona»[27].

Por todo lo expuesto, podemos concluir que, a pesar de las diferencias entre mera legalidad y estricta legalidad, el aporte romano se mantiene en su esencia, y demuestra la pervivencia actual de las normas romanas, aun en ámbitos tan discutidos en doctrina como lo son el derecho penal y su sistema de garantías.

Bibliografía

Abregu, M.; Dulitzky, A. (1994). Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno. En: *Separata de Lecciones y Ensayos*. (60/61)

Ambos, K. (2008). *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona : Atelier.

Anitua, G. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires : Del Puerto.

Araujo Granda, M. (2021). El principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales. URL: http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales

Becerra Oliva, G. (1944). *La República Romana : organización política. luchas sociales y guerras civiles*. Buenos Aires : Depalma.

Bertoldi, F. (2016). *L'origine Romanistica Del Principio Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*. URL: https://forhistiur.net/2016-10-bertoldi/?l=it#

Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho penal : parte general*. Buenos Aires : B de F.

Costa, J. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Lexis Nexis.

Donna, E. (2008). *Derecho penal : parte general*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni.

Donna, E., dir.; Barbero, N., coord. (2012). Revista de Derecho Penal : Edición Extraordinaria: Derecho Penal Internacional. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni.

Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón : Teoría del Garantismo Penal*. 9ª ed. Madrid : Editorial Trotta.

27. V. ARAUJO GRANDA, María Paulina, "El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales", disponible en: http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales (último consulta realizada el 1/9/2021).

Gil Gil, A. (2011). Principio de Legalidad y Crímenes Internacionales : Luces y Sombras en la Sentencia del TS en el Caso Scilingo. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. 15(23).

Jaén Vallejo, M. (2006). *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*. Barcelona : Atelier.

Pergami, F. (2018). *Nullum crimen, nulla poena sine lege : los orígenes del principio de legalidad en el derecho penal*. URL: https://www.pergamipototschnig.it/2018/03/le/

Quiroga Lavié, H.; Benedetti, M.; Cenicace-Laya, M. (2001). *Derecho constitucional argentino*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal : Parte General : Fundamentos : La Estructura de la Teoría del Delito*. 2ª ed. Madrid : Thomson-Civitas.

Ruiz Robledo, A. (1997). El principio de legalidad penal en la historia constitucional española. En: *Revista de Derecho Político*. (42). URL: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1996-42-01B998BE/PDF

Sagüés, N. (1997). *Elementos de derecho constitucional*. 2ª ed. Buenos Aires : Astrea.

Schwabe, J., comp. (2009). *Jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán : extractos de las sentencias más relevantes*. Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung.

Zaffaroni, E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2007). *Manual de derecho penal : parte general*. Buenos Aires : Ediar.

Error communis facit ius. Origine ed evoluzione di un principio

Andrea Trisciuoglio[1]

1. Università di Torino - Dip. Studi Storici.

Premessa

Il principio secondo il quale un errore di fatto generalizzato determina nuovo diritto, *rectius* una nuova situazione giuridica (*facit ius*) [2,] non è enunciato nelle fonti romane ed in particolare nel titolo D.50.17 dedicato alle *regulae iuris antiqui*. Esso viene per la prima volta affermato in epoca post-giustinianea e in particolare nella Magna Glossa ordinaria a commento di un celebre passo ulpianeo inserito nel titolo D.1.14 dedicato all'*officium* dei pretori [3;] probabilmente per mano dello stesso Accursio [4].

L'opera da cui è tratto il frammento è il commentario *ad Sabinum* e il testo, nel suo contesto originario, doveva presentare un qualche collegamento con i poteri del pretore esercitati nel campo della tutela dativa [5]. Ivi si affronta in particolare il problema dell'incidenza del vizio di legittimazione del pretore sugli atti da lui stesso emessi (editti, decreti); nel caso di specie, abbiamo uno schiavo – chiamato *Barbarius* o *Barbatius Philippus* – che si fa eleggere dal popolo alla pretura di Roma, probabilmente al tempo del secondo triumvirato, non avendo i necessari requisiti di libertà e cittadinanza [6]. La

2. L' espressione '*facere ius*' nel senso di creazione di una nuova situazione giuridica è usata nelle fonti romane in relazione a quelle sentenze del giudice che potessero avere efficacia anche nei confronti di soggetti estranei alla contesa giudiziaria, per esempio la sentenza di inofficiosità del testamento (v. D. 49.1.14 pr.; inoltre, D. 5.2.17.1 [*ius...fieri*]); fedeli poi a tale significato della massima «*sententia facit ius*» si mostrano i glossatori civilisti; si veda al riguardo G. PUGLIESE, voce «*giudicato civile (storia)*», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 748, 771.

3. Cfr. gl. *'reprobari'* ad D.1.14.3: «*Notatur hic quod circa factum error communis facit ius*»; H. ROLAND - L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain* II. *Adages*, Lyon, Editions L'Hermès, 1978 (rist.), p. 278; P. FEDELE, «Il funzionario di fatto nel diritto canonico», in *Studi in onore di Francesco. Scaduto*, Firenze, Casa Editrice Carlo Cya, 1936, p. 338; D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, VI Aufl., München, Verlag c.H. Beck, 1998, C. 45, p. 47 s.; N. RAMPAZZO, *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 438 ss., 468 ss.; G. ROSSI, *Representation and Ostensible Authority in Medieval Learned Law*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann GmbH, 2019, pp. 35 nt. 60, 37 ss.

4. Cfr. G. ROSSI, *Representation and Ostensible Authority cit.*, p. 21.

5. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000 (rist.), p. 1158; P. Voci, «D.1,14,3. Note in tema di esercizio di fatto di pubbliche funzioni», in *Studi di diritto romano*, vol. I, Padova, Cedam, 1985, p. 626 s.; A. GUARINO, «La pretura di Barbario Filippo», ora in *Pagine di Diritto Romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 1994, p. 412.

6. D.1.14.3 (Ulp. 38 *ad Sabinum*): «*Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. Et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est*». Il passo è stato oggetto di numerosi commenti che spesso sottolineano incongruenze e difficoltà interpretative, avanzando proposte di emendazione. Oltre agli autori citati nelle note precedenti, mi limito a ricordare tra i più recenti contributi: A. PALMA, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 111 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero* I, Napoli, Loffredo, 2000, p. 92 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 141 ss.; G.J. BLICHARZ, «Giudicare una decisione del pretore. La relazione tra diritto e fatto nel passo di Paolo (D. 1,1,11) e nel caso di Barbarius Philipus (D. 1,14,3)», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 29, 2016, p. 346 ss. Il mio specifico interesse è qui rivolto alla rilevanza, colta nel testo ulpianeo da Accursio,

questione è ovviamente se gli atti di quello che noi chiamiamo il "funzionario di fatto" sono validi (come ritengono Ulpiano e i giustinianei) o non sono validi. Nei nostri tempi, come è noto, si condiziona la validità ed efficacia di tali atti alla buona fede (ignoranza del vizio di legittimazione) di chi li riceve [7].

Diffusione del principio in diversi ambiti e casi

Va dunque ancora sottolineato che la massima '*error communis facit ius*' non è del diritto romano, ma è una creazione medievale che riflette una volontà di generalizzazione e di sistematizzazione tipica degli interpreti medievali, come ha sottolineato già il Pothier [8]. Il principio ha avuto ampio riconoscimento a partire dall'epoca medioevale, ed è stato altresì precisato con acume [9], non solo nel diritto pubblico, ma anche nel diritto canonico, per il quale il diritto civile della tradizione romanistica ha valore sussidiario ove non disapprovato espressamente [10; nel] diritto privato inoltre ha fondato l'importante teoria generale dell'apparenza, elaborata dalla giurisprudenza francese dopo la pubblicazione del Code Napoléon nell'Ottocento e poi adottata anche in Italia (con qualche critica) [11]. Anche in Inghilterra ha avuto accoglienza (ancora con qualche critica) [12], come pure nelle supreme corti latinoamericane [13]. Come ha evidenziato poi Rolf Knütel

dell'*error communis*.

7. Cfr. A. TRISCIUOGLIO, *Temas de derecho administrativo romano comparado*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 47 s.

8. Cfr. specialmente D. DEROUSSIN, «Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancient droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence», *Droits* 37, 2003, p. 195.

9. Cfr., tra i commentatori, Cino da Pistoia laddove osserva in riferimento alla gl. '*reprobari*' (v. *supra*, nt. 2): «quod communis error non facit ius, sed facit quod errantes excusantur». Ossia: l'ignoranza diffusa non introduce in senso proprio una nuova regola generale ma scusa semplicemente solo chi è caduto in errore. Cfr. in proposito P. FEDELE, «Il funzionario di fatto» cit., p. 346 s.

10. Cfr., per la citazione di Alfonso Maria de' Liguori a proposito della *lex Barbarius*, R. KNÜTEL, «Barbatius Philippus und seine Spuren. Falsus praetor, parochus putativus, Scheinbeamter», in D. Schwab *et alii* (herausg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin, Duncker & Humbolt, 1989, p. 354 nt. 45; tale articolo è ora ripubblicato in H. Altmeppen, S. Lohsse, I. Reichard, M.J. Schermaier (herausg.), *Rolf Knütel. Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2021, p. 871 ss.

11. Cfr. H. ROLAND - L. BOYER, *Locutions latines cit.*, p. 278 s.; specialmente P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*. Vol. II. *Istituti giuridici*[3], Torino, Giappichelli, 2018, pp. 325 ss. e 328 (sull'opposizione di parte della civilistica italiana alla dottrina dell'apparenza). Nella civilistica italiana M. D'AMELIO, voce «*Apparenza del diritto*», in *Novissimo Digesto Italiano* vol. I, Torino, UTET, 1957, p. 716, distingue acutamente la dottrina dell'apparenza dalla massima '*error communis facit ius*', osservando che: «L'*error communis* è l'opinione errata della collettività, è la convinzione generale in forza della quale tutti ritengono che lo stato di fatto corrisponda allo stato di diritto. Costituitasi cotesta opinione generale, è essa stessa che trae in inganno le persone di buona fede, indipendentemente dal contegno o comportamento della persona, cui l'errore si riferisce. Nell'apparenza del diritto gioca, invece, principalmente il detto contegno, che è causa dell'inganno del terzo. Esempio tipico dell'*error communis*, il caso di *Philippus Barbarius*; dell'apparenza del diritto, l'erede apparente (art. 893 C.Civ.)».

12. Cfr. H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims Classified and Illustrated*[10], London, Sweet & Maxwell Lim., 1939, p. 86 s.

13. Cfr., per esempio, Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., Bogotá 16.8.2007, ref. Expediente no. 25875 31 84 001 1994 00200 01: «el adagio error communis, tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma

[14], la massima *error communis facit ius* è posta alla base delle decisioni della Commissione ricorsi dell'Ufficio Europeo Brevetti. Dunque possiamo parlare di un'ampia diffusione nel mondo giuridico a livello dottrinario e giurisprudenziale, e mi piace ricordare, in un congresso organizzato a Buenos Aires, che nel Codice civile argentino del 1869, Vélez Sarsfield, nella nota all'art. 981 (dedicato a «instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito [suyo]»), richiamava la massima in questione insieme al passo ulpianeo [15]. E non basta. Il principio viene poi anche evocato dai glottologi per affermare la libera evoluzione del mezzo linguistico continuamente plasmato dall'uso popolare spontaneo, anche deviante rispetto alle regole grammaticali codificate [16].

Vale la pena allora di considerare, brevemente e senza pretese di esaustività, la casistica per vedere dove, a partire dal XIII secolo (circa a.1230), il principio è stato invocato a giustificazione della soluzione giuridica favorevole alla validità dell'atto compiuto dal legittimato putativo.

Diritto pubblico

Il valore nomopoietico dell'*error communis,* sulla base di D.1.14.3, viene valutato (non sempre approvato) innanzitutto per gli atti di un pubblico ufficiale (pseudo-magistrato o pseudo-notaio) che presenta un vizio (ignorato) nella nomina, o è stato segretamente deposto, o ancora quando i suoi atti hanno trovato esecuzione in un distretto che è fuori dalla sua competenza territoriale [17]. L'errore "*communis*", va tuttavia evidenziato,

al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pié de igualdad de la realidad. La máxima error communis aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley [...]. La cabal aplicación de esta máxima requiere, como en esa misma providencia lo subrayara la Corte, de un lado, que se trate de un error generalizado, es decir, "de un error no universal pero sí colectivo", y, de otro, que ese error haya sido invencible, moralmente inevitable, vale decir, de tal hondura que la más prudente y avisada de las personas igualmente lo habría cometido».

14. Cfr. R. KNÜTEL, «Diritto romano e ius commune davanti a Corti dell'Unione Europea», in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, vol. III, Napoli, Jovene, 1997, p. 553.

15. Art 981 Cod. civ. Arg. 1869: «Son sin embargo válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito». Nota: «"Error communis facit jus". L. 3, tít. 14, lib. 1, Dig.»; R. KNÜTEL, «Barbatius Philippus und seine Spuren» cit., p. 361.

16. Cfr., tra gli altri, C. MARCHI, *Siamo tutti latinisti*, Milano, Rizzoli, 1986, p. 73 s.

17. Cfr. G. ROSSI, *Representation and Ostensible Authority cit.*, pp. 463 ss., 470 ss., a proposito di Baldo degli Ubaldi. Per la dottrina olandese di tradizione romanistica (in particolare Johannes Voet) del XVII-XVIII secolo, tendenzialmente sfavorevole a riconoscere forza normativa all'*error communis,* si veda P. FEDELE, «Il funzionario di fatto» cit., p. 361 s.; inoltre T. GEHLEN, «La signification de la lex Barbarius Philippus (D.1,14,3) pour le notariat en Hollande et Zelande aux 17ème et 18ème siècles», in L. De Ligt, J. De Ruiter, E. Slob, J.M. Tevel, M. Van de Vrugt, L.C. Winkel (edd.) *Viva vox iuris romani. Essays in honour of J.E. Spruit*, Amsterdam, J.C. Gieben, 2002, p. 51 ss.; spec. p. 54 s. V. anche la nota di Vélez Sarsfield (*supra,* nt. 14) all'art. 981 Cod. civ. Arg. 1869, dedicato, come abbiamo visto, agli «instrumentos hechos por funcionarios

non è quello (sui requisiti di un candidato) di un corpo elettorale plurisoggettivo chiamato a nominare il funzionario (come presumibilmente nell'interpretazione accursiana di D.1.14.3, dove il *communis* va riferito, come si dirà meglio dopo, al popolo romano elettore), ma riguarda piuttosto gli atti dello stesso pubblico ufficiale e in particolare la loro legittima provenienza, creduta in generale dai consociati che al funzionario si rivolgono usualmente.

Diritto canonico

Per i canonisti l'*error communis* relativo alla scomunica che ha colpito un giudice, che non è più dunque legittimato a svolgere le funzioni, è di ostacolo alla nullità della sentenza pronunciata dallo stesso [18]. A certe condizioni inoltre l'errore comune (*communis aestimatio*) sulla legittimazione del delegato a celebrare un matrimonio (che in passato doveva essere un sacerdote e non un laico) salva la validità dello stesso [19]. Lo stesso principio trova applicazione per l'assoluzione data da un confessore, del quale è dubbia la facoltà di esercitare la potestà d'ordine [20]. E anche nelle *Decisiones* della Sacra Rota Romana non mancano accenni all'incidenza dell'*error communis* sulla validità dell'atto viziato a causa della provenienza [21].

Diritto privato

Tra i casi, invece, del diritto civile successivo all'età delle codificazioni risolti dalla giurisprudenza sulla base della massima *error communis facit ius* possiamo ricordare

fuera del distrito».

18. Cfr. gl. '*Innodatus*' al c. *Ad probandum* (c. 24, *Liber Extra*, II, 27); P. FEDELE, «Il funzionario di fatto» cit., pp. 340 nt. 59, 349.

19. Cfr. P. Fedele, «Il funzionario di fatto» cit., p. 365; a proposito del matrimonio celebrato dal *parochus communiter existimatus* v. altresì R. Knütel, «Barbatius Philippus und seine Spuren» cit., p. 355 s.

20. Cfr. P. FEDELE, «Il funzionario di fatto» cit., p. 369; R. Aspe, «La suplencia de la facultad para confesar (can. 144, § 2)», in *Periodica de re canonica* 99.4, 2010, p. 583 ss., e specialmente, per l'influenza esercitata dalla *lex Barbarius* sulla dottrina canonistica, p. 592 ss.

21. Cfr. la *decisio* del secolo XVIII riportata da P. FEDELE, «Il funzionario di fatto» cit., p. 374 e nt. 132: «Communis error praestat causam validitatis actus, etiam in iurisdictionalibus et spiritualibus». Nel nuovo codice di diritto canonico del 1983 (Can. 144, §§ 1-2), tuttavia, l'*error communis* rileva solo più per la conservazione degli atti di governo esecutivo (non quelli di carattere legislativo e giudiziario) e per altre facoltà tra le quali quella di assistere alla celebrazione del matrimonio; cfr. I. ZUANAZZI, *Prospettive di confronto sull'esercizio di fatto di pubbliche funzioni nella Chiesa e nello Stato*, in R. Bertolino, S. Gherro, L. Musselli (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 162 s.; R. Aspe, «La suplencia de la facultad» cit., p. 601 s. Per la dottrina canonistica anteriore al nuovo codice cfr. S. ALONSO, «En caso de error comun, la Iglesia suple la jurisdicción», in *Revista española de derecho canonico* 3.9, 1948, spec. p. 1227 ss.; A. BRIDE, «Erreur commune et suppléance de la jurisdiction», in *Revue de droit canonique* 3, 1953, p. 278 ss.

(per la Francia) quello dell'alienazione dell'eredità effettuata dall'erede apparente [22], inoltre quello della testimonianza resa dal falso maggiorenne per la validità di un testamento per atto pubblico [23].

A proposito dell'error communis visto da accursio in d.1.14.3.

Vorrei brevemente richiamare ora l'attenzione sul seguente quesito: in relazione a quale manifestazione di volontà Accursio ha visto in D.1.14.3 l' '*error communis*' di cui non v'è alcuna traccia nel testo [24] ? Penso invero che tale errore sia quello che compare in posizione secondaria nel ragionamento ulpianeo. Dopo aver argomentato per la validità degli atti alla luce del criterio dell'*utilitas singulorum- utilitas communis* [25] (che conferisce superiore *humanitas* alla soluzione), Ulpiano pare affermare nella parte finale del frammento (assai discussa dagli interpolazionisti) che era tale il potere del popolo romano elettore che lo stesso era in grado di eleggere efficacemente un candidato pretore anche ignorando la sua condizione di schiavo [26]. Siamo di fronte ad un'affermazione del tutto conforme con la esaltazione della volontà popolare manifestata in sede elettorale nella repubblica, epoca nella quale, come dice Varrone, il "*magistratus vitio creatus*" è "*nihilo setius magistratus*" [27].

L'errore sullo *status* del candidato non è pertanto un errore di chi riceve gli atti ma l'errore *in qualitate personae electi* condiviso dai *cives* votanti. Accursio, pur in

22. Cfr. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato cit.*, p. 325; *adde* R. PENNAZIO, «Apparenza e obbligazioni "propter rem"», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 59.3, 2005, p. 991 e nt. 18.

23. Cfr. SOCIETÀ DI AVVOCATI, *Manuale forense, ossia confronto fra il Codice Albertino, il diritto romano e la legislazione anteriore. Con rapporto e illustrazioni dei corrispondenti articoli del Codice civile francese ed austriaco*, vol. IV, Torino, G. Pomba e Comp. Editori, 1839, p. 348.

24. L'ho riportato *supra* in nt. 5.

25. Per tale criterio composito si veda M. NAVARRA, *Ricerche sull'utilitas cit.*, p. 145 s.

26. Lo si desume, a mio avviso, dall'espressione "*sed et*" nella frase: «*...cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset...*», che segna una contrapposizione del caso di *Barbarius Philippus* all'ipotesi di conoscenza dello *status servitutis* e successiva liberazione (attraverso l'elezione) del candidato, ipotesi nella quale l'errore non è evidentemente configurabile; in tal senso v. anche A. GUARINO, «La pretura di Barbario Filippo» cit., p. 416, laddove afferma: «Ulpiano sembra voler dire questo: il popolo romano (quello delle assemblee deliberanti) può attribuire (*decernere*) la *potestas praetoria* anche ad uno di cui non sa che sia schiavo»; la contrapposizione non è vista invece da P. Voci, «D.1,14,3. Note in tema di esercizio di fatto» cit., p. 637, il quale vede il presupposto della *scientia* della condizione servile anche nella frase «*cum-potestatem*». La soluzione interpretativa qui accolta, che intende evidenziare l'*ignorantia populi*, coincide invero con la lettura di D.1.14.3 offerta da Pietrino Belli da Alba nel *De re militari et Bello Tractatus*, p. I, tit. XX, *De officio praetoris*, § 5, Alba, Fondazione Ferrero, 2006 (rist., con traduzione italiana di C. Cascione, dell'ed. Venezia, Francesco de Portonariis, 1563), p. 110: «Praetorem servum esse posse, si ignorante populo eligatur, statuitur in l. Barbarius. ff. de off. praeto.».

27. Cfr. Varr. *De l.l.* 6.30; J.M. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 292.

modo implicito, sembra riconoscerlo [28]; Bartolo espressamente parla di "*error populi*" [29]. In altre parole, l'errore non è quello di un insieme di cittadini che ricevono concretamente una *tutoris nominatio,* un altro tipo di decreto, o qualche mezzo processuale, ma quello del *populus* in sede di voto elettorale. Siamo dunque ben distanti dalla nostra tendenza a riferire l'errore (invero "non comune") o la buona fede, rilevanti per la conservazione degli atti del funzionario di fatto (direi *utilitate singulorum*), a chi riceva tali atti.

Tale distanza tuttavia si accorcia se noi consideriamo gli altri testi del *Corpus Iuris* giustinianeo in base ai quali Accursio costruisce il principio generale '*error communis facit ius*' [30]. Tra questi di particolare interesse è D.14.6.3.pr. [31], dove Ulpiano afferma la disapplicazione del senatoconsulto Macedoniano quando il *filius* mutuatario crea l'apparenza della condizione di *pater familias* e conclude contratti, svolge *munera* etc., instaurando rapporti con soggetti inconsapevoli della condizione di *filius*. Se dunque il mutuante cita in giudizio il figlio per la restituzione della somma data a prestito, a quest'ultimo, *pater* putativo creatore dell'apparenza, non può giovare la richiesta al pretore di una *exceptio ex senatusconsulto*. Ebbene la frase usata da Ulpiano («*..sed quia publice pater familias plerisque videbatur...*») rinvia inequivocabilmente ad un errore comune sulla condizione di *filius* [32], ma si tratta di un errore condiviso da chi è entrato in rapporto col *filius*, non certo di un *error populi* riferibile ad un anteriore momento (rispetto ad atti di rilevanza esterna) di attribuzione di un potere, come nel caso di *Barbarius Philippus* (D.1.14.3).

Brevi conclusioni

La considerazione della dimensione casistica del diritto romano, e dunque la riconducibilità esclusivamente a ben determinate fattispecie delle soluzioni dei giuristi romani,

28. Condivido quanto afferma G. ROSSI, *Representation and Ostensible Authority cit.*, p. 30: «It is important to observe that Accursius invokes (without explaining) the maxim communis error ius facit, not with regard to the validity of Barbarius' deeds, but of his praetorship: the deeds become valid because (and inasmuch as) the authority of Barbarius acquires legitimacy».

29. Nel suo commento alla *lex Barbarius* (D.1.14.3) si legge: «Error populi pro veritate habetur; ut hic et jus facit»; cfr. al riguardo H. ROLAND - L. BOYER, *Locutions latines et adages cit.*, p. 278.

30. Su alcuni di essi cfr. in particolare R. KNÜTEL, «Barbatius Philippus und seine Spuren» cit., p. 352 s.; si veda altresì W.M. GORDON, «Communis error facit ius», in A. Burrows, D. Johnston, R. Zimmermann (edd.), *Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 451 s.; tale Autore, in rapporto ai testi che la Glossa pone a fondamento della nostra massima, scorge, quale elemento accomunante e giustificativo della stessa, il perseguimento di un interesse pubblico.

31. D.14.6.3.pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): «*Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum*»; per un commento romanistico v. S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 186 s.; cfr. altresì C.4.28.2. Nella gl. '*reprobari*' (già citata *supra*, nt. 2) il passo è richiamato con la locuzione "ad macedo. l. III".

32. Sul punto cfr. D. Deroussin, «*Réalité vécue*» cit., p. 196 s.

permette a mio giudizio di smascherare quei disinvolti accostamenti delle fonti romane che sono serviti agli interpreti medievali per costruire un nuovo edificio giuridico sulla base del *Corpus iuris* [33]. È quel che è capitato per l' 'errore comune'. Sotto tale categoria Accursio colloca infatti sia l'*error populi* di matrice repubblicana (D.1.14.3) sia l'errore delle parti negoziali che, vittime di un inganno che ha colpito una pluralità di soggetti, entrano in rapporto con il legittimato apparente (D.14.6.3.pr.); per giungere a dire che in generale l'errore comune "*facit ius*", cioè permette di conservare le situazioni giuridiche segnate dall'apparenza. Si tratta, tuttavia, di errori assai diversi tra di loro, come pure sono diverse le ragioni (rispetto della sovranità popolare repubblicana, tutela dell'affidamento) che hanno suggerito la soluzione conservativa. Il romanista, interessato al momento genetico del principio, ne deve tener conto.

33. Sul metodo di lavoro dei glossatori e sulle glosse che contengono richiami di passi paralleli per sottolineare le concordanze cfr. *praecipue* L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo* I. *Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 64 s. (con indicazione di altra lett.).

Libertas inaestimabilis res est (D.50.17.106)

Mónica Villagra[1]

1. Universidad Nacional de Córdoba.

Desde un punto de vista filogenético, consideraba Erich Fromm en *El miedo a la libertad*[2] «la historia del hombre puede caracterizarse como un proceso de creciente individuación y libertad», donde existencia humana/libertad aparecen como «inseparables desde un principio». Se refiere a la «libertad de» en sentido negativo, como «liberación de la determinación instintiva del obrar».

El acto de desobediencia en el mito del paraíso perdido y la caída del hombre, en la visión antropocéntrica, constituye -a su entender- el «primer acto humano» como «acto de libertad» y es el comienzo de la razón, más allá de que ese destierro divino se viva como de sufrimiento correlativo, sensación de inseguridad, aislamiento e impotencia frente a la inmensidad.

Cuando la Asamblea Nacional Constituyente Francesa en la Revolución de 1789 sancionó un documento fundante de los Derechos Humanos de la modernidad, la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano», asentó su ideal ético-político que aún hoy enarbolan la República Francesa y de Haití: '*liberté, égalité, fraternité*'.

Establece, entre otras disposiciones que: «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...» (art. 1); el objeto de toda asociación política es «la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre que son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» (art. 2); «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley» (art. 4); que «la ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda».

Este documento fue la base de la posterior «Declaración Universal de Derechos Humanos» proclamada por la Asamblea Gral. de la ONU en 1948 en la posguerra y, como señala Al Hussein, «el poder de la Declaración Universal es el poder de las ideas para cambiar el mundo» (DUDH: VII).

El primer concepto de sus considerandos es la libertad, junto a la justicia y la paz. En su art. 1 sanciona «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...»; en su art. 3 «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» y, su correlativo art. 4, «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre...». Especialmente, el art. 13 establece «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2- ...tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

Ya se postulaba en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1853 de nuestra naciente República Argentina el objeto de «asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino».

Estos fines desde el acto de creación del orden constitucional argentino, resultan normas programáticas y -como refiere Quiroga Lavié[3] «marca el nítido perfil liberal de nuestra Constitución, que protege tanto la libertad civil y económica como la política, muy opuesta a los sistemas autocráticos, autoritarios y totalitarios».

2. FROMM, E.,*El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1947, p. 57

3. QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 3° ed. , 2000, p. 8

En consonancia con la libertad de vientres que ya había sido dispuesta por Asamblea del Año XIII -verdadero hito de la independencia argentina y anterior a su declaración de 1816-, el art. 15 de la C.N. abolió para siempre la esclavitud: «en la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución... Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República».

Entre otros derechos -agregados, luego, como de segunda y tercera generación -, se garantiza el de locomoción o de tránsito, circulación sin aduanas interiores ni pago de derechos (arts. 10 y 11), de navegación (arts. 12 y 26); de permanecer, transitar y salir del territorio argentino (art. 14). Con igual énfasis se protege el derecho a la intimidad (art. 19); la libertad de culto (art. 14); la libertad de elección en relaciones de consumo (art. 42); etc.

Al respecto, corresponde poner de resalto que la CSJN (caso Olmos. F. 307:1430) ha calificado a este derecho de locomoción o de tránsito como «precioso derecho individual e importante elemento de la libertad».

En consonancia con aquellos principios que impregnaron la DDHC establece que: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe» (art. 19), comprendido como 'Principio de reserva legal', que se completa con el de 'limitación y razonabilidad de la reglamentación' (art. 28), así como el de Legalidad, Supremacía de la Constitución y del Derecho Federal (art. 31), entre otros.

A su vez, la «Convención Americana sobre Derechos Humanos» o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, reafirma su propósito de «consolidar dentro del marco de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre», incorporando como art. 7 el 'Derecho a la Libertad personal': «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales»; de conciencia y religión (art. 12); de pensamiento y expresión (art. 13); de asociación (art. 16); de circulación y residencia (art. 22) entre otros.

Incluso el Preámbulo de la Constitución de la Nación española también coloca el ideal de establecer la justicia y la libertad y, especialmente, en su título preliminar (art. 1), se constituye como «Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

De los párrafos precedentes surge sin hesitación alguna que la libertad es para nosotros un valor sublime e inconmensurable, ideal y paradigmático. Por tanto, creemos que nunca ha cobrado más sentido y actualidad el inveterado aforismo acuñado en nuestro preciado Derecho Romano: '*libertas inaestimabilis res est'*, tal como lo considerara Paulo *L. 2 Ad Ed.* en la cita del epígrafe (D.50.17.106).

Este ideal transitó latente toda la época medieval para renacer en el pensamiento de la ilustración post renacentista raigambre de aquella revolución. Al respecto, Eco sostenía[4] que «la Edad Media, paradójicamente, bajo su apariencia inmovilista y dogmática, fue un momento de «revolución cultural». Agregaba que, al oscurantismo y decadencia de la Alta Edad Media, desde la caída del Imperio romano de Occidente hasta el año 1000, se enfrenta la Baja Edad Media que desde el año 1000 renace al Humanismo, y muchos ha-

4. ECO, U. et alt., *La nueva edad media*, Madrid, Alianza Editorial, 1° Ed. 1994 4° Reimpr. 1997, p. 12-34

blan de «una época de pleno florecimiento», en «tres Renacimientos: uno carolingio, otro en los siglos XI y XII Y el tercero el conocido como Renacimiento propiamente dicho».

Por ello, cuando Fromm[5] se ocupó de analizar el significado de la libertad para el hombre moderno, se colocó en la escena cultural europea desde la Baja Edad Media y el comienzo de la Edad Moderna, resaltando: «en este período la base económica de la sociedad occidental sufrió cambios radicales que se vieron acompañados por transformaciones igualmente radicales en la estructura de la personalidad humana. Se desarrolló entonces un nuevo concepto de libertad, que halló sus más significativas expresiones ideológicas en nuevas doctrinas religiosas: las de la Reforma».

Ésta constituye la raíz del paradigma de libertad y autonomía humanas que se postulan en las modernas democracias y que fundamentan nuestra concepción actual de los derechos humanos.

Impronta romanista en la evolución del concepto: ¿Qué era la 'libertad' para los romanos?

Nos enseña Iglesias[6] que «la teoría de las personas físicas o naturales implica el examen del *status personarum u hominum* es decir, de la condición en que se encuentra una persona respecto de una determinada situación -*status*- que puede afectar la capacidad jurídica, «en cuanto que no goza de ésta quien no tiene libertad – *status libertatis*- o la ciudadanía – *status civitatis*–».

De otra parte, dice, sólo la distinta situación en la familia – no la situación familiar misma, el *status familiae*- influye en la capacidad jurídica. En efecto, «tanto el *homo sui iuris, como el homo alieni iuris,* tiene un *status familiae,* pero únicamente el primero es capaz de hecho».

El título V del Libro I del Digesto Justinianeo trata *De statu hominum*. En D.1.5.3 se refiere a la *summa de iure personarum divisio* estableciendo que todos los hombres son o libres o esclavos. Y dentro de los libres, o son ingenuos o son libertos, en absoluta coincidencia con las Institutas gayanas y justinianeas (G. 1.11; D.1.5.6; I.1.4. pr.)

En un primer avance, podríamos colegir que, en una faz cualitativa, la *libertas* se definiría por su oposición a la *servitus,* es decir, a la condición de esclavitud que padece un *servus,* aquel cautivo que el *imperator* «*vendere, ac per hoc servare nec occidere solent*» (D. 1.5.4.2).

Como bien reconoce Florentino -jurisprudente del alto Imperio del s. III, quien habría escrito 12 libros *Institutionum*-, «*servitus est constitutio iuris Gentium*» (D.1.5.4.1) que va «*contra naturam*», lo que implica que, por derecho natural, todos los hombres son libres (como se ratifica en I.1.5.pr.) y es, por tal causa, que, a través de la manumisión, el *ius civile* permite que recuperen su libertad.

La libertad es, entonces, una condición del hombre que no es esclavo de otro. No obstante, puntualiza Iglesias[7] , hay esclavos que carecen de dueño, es decir, son *servi sine*

5. FROMM, E., *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1947, p. 67

6. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel Derecho, 11° ed. revisada 1993, p. 108

7. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel Derecho, 11° ed. revisada 1993, p. 111

domino y, pese a ello, continúan siéndolo hasta que no sean manumitidos. Recién una vez manumitidos, se transforman así, en 'libertos' o 'libertinos' (G.1.5.6).

Antes de la llegada del cristianismo, la corriente de la escuela estoica es la que ejerció gran influencia en torno a la evolución y humanización de la esclavitud en el Derecho Romano. No es extraño, entonces, que Florentino (D.I.5.4.pr.) defina intrínsecamente a la libertad como «*naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*», es decir, como una facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo es prohibido por la fuerza o por el derecho (*id*. I.1.3.1).

La génesis estoica resulta evidente al comparar las ideas de Cicerón en su *Paradoxa Stoicorum* donde a su pregunta sobre «¿Qué es la libertad?» se responde: «El poder de hacer lo que se desee».

Al respecto, Amunátegui Perelló[8] advierte que Cicerón «desarrolla el concepto señalando que el hombre sabio es quien ejerce la auténtica libertad, puesto que actúa sin estar constreñido por la fuerza o el derecho, sino por su propio albedrío». Refiere que esta influencia se hace sentir en la DUDHC de 1789 con «expresa referencia a la doctrina de los derechos naturales».

Lo que le llama la atención de la definición de Florentino es que hable de '*facultas'* cuando en el pensamiento jurídico romano no existía una teoría de los derechos subjetivos, como así también, que mencione como dos límites de la libertad: el derecho (*iure)* y la violencia *(vi)*.

La facultad de 'actuar dentro del marco del derecho' coincide con el pensamiento de Cicerón (*De L. Agr.* 2.202*)* cuando afirma que «*libertas in legibus consistit*». Y, frente al uso ilegítimo de la fuerza o el *metus,* la víctima continúa gozando de *status libertatis, «*aunque no pueda ejercer tal libertad» y, por ello, se puede recurrir a la *vindicatio in libertatem,* para recobrar su ejercicio, como señala Amunátegui Perello.[9]

En Roma, el estado de un hombre libre quedaba garantizado mediante la institución de la '*causa liberalis'*, «juicio en que se ventila la condición del hombre en los estratos sociales durante los períodos históricos del Reino, la Republica o el Imperio...» y muestra, refiere dicho investigador, «la inclinación de los romanos, especialmente en los jurisconsultos, al servicio de la libertad se expresa permanentemente bajo la expresión '*favor libertatis'*».

Refiere Pomponio en *Ad. Sab.* (D.50.17.20) que, «cuando es dudosa la interpretación de la libertad de una persona, debe decidirse la cuestión a favor de la libertad». Así, vg. frente a la posibilidad de redención del esclavo a cambio de un precio en una *manumissio* testamentaria (D.29.2.7.1); o cuando un esclavo es a la vez objeto de legado y *manumissio* testamentaria prevalece, en ambos casos, el favor de la libertad (D.31.14). Esto es precisamente porque, como bien dice Iglesias[10] «aun aplicándose al estado de esclavitud normas o principios del derecho de las cosas no se negó al esclavo la personalidad natural» ni se lo equiparó plenamente a las cosas ni a los animales, postura que compartimos.

8. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., «El Digesto y su definición de libertad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]XLII (Valparaíso, Chile, 2020)[pp. 97-143]*, pp. 98-100

9. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., «El Digesto y su definición de libertad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]XLII (Valparaíso, Chile, 2020)[pp. 97-143]*, pp. 102-103

10. IGLESIAS, j., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel Derecho, 11° ed. revisada 1993, p. 112

Por el contrario, la corriente humanitaria al calor de la doctrina estoica y, luego, de la religión cristiana, fue reconociendo paulatinamente el derecho a la vida e integridad personal y moral del esclavo. Tal el caso de la *Lex Petronia* que prohibió la condena *ad bestias repugnanda*; o la declaración de libertad del esclavo abandonado por el dueño *ob gravem infirmitatem* en época del Emp. Claudio (C.7.6.3); o la calificación de *homicidium* a la muerte intencional del esclavo sancionada por Emp. Constantino (C. Thl 9.12.2), entre otras, hasta que «Justiniano, bajo la influencia de los principios cristianos, considera iguales a todos los hombres proclamándose a sí mismo *fautor libertatis»* (C.7.7.2.2).

En esta postura, que deja sin vigencia ciertas causas de esclavitud, admite nuevas formas de liberación, con o sin *manumissio*, rectifica los límites augústeos a manumisiones y prohíbe todo tipo de crueldad. Y, sin bien llegada la edad media, el cristianismo no había logrado abolir en forma total la esclavitud, es indudable que habría hecho que evolucionara hacia una institución más piadosa.

La paradoja de la época imperial: mejoras en la condición de la esclavitud e inversa 'precarización' de la libertad

El origen de los adscripticii

No pretendemos, en esta ponencia, hacer foco en los esclavos sino en la situación de los 'libres', que fueron perdiendo a lo largo de los siglos tal calidad y sólo la conservaron a nivel jurídico 'formal'.

Es que, paralelo al proceso de mejora en la condición de los esclavos, observamos una creciente precarización de la situación jurídica de algunos campesinos, ingenuos o libertos, de *status* libre que se encontraban en la condición de colonato. Pues, como bien ha señalado Iglesias [11]: «el auge del colonato coincidió con la agonía de la esclavitud».

Etimológicamente, el *colonus* es '*qui terram colit',* es decir quien cultiva la tierra. Algunos autores equipararon al colono de época arcaica con el cliente. Pero, a partir del s. III a C., se advierte una mutación del término que pasa a significar el ciudadano de una colonia romana o latina.

Más adelante, se utiliza el vocablo '*colonus'* para referir al '*conductor praedii rustici'* por oposición al '*inquilinus',* o '*conductor praedii urbani'*. En otras fuentes, se diferencia entre '*conductor',* arrendatario que no cultiva la tierra personalmente, mientras que se reserva '*colonus'*, para aludir a quien cultiva como subordinado del *conductor.* [12]

Estos colonos, si bien tienen, en su origen, «personalidad jurídica con capacidad patrimonial, matrimonial y procesal», terminaron por hallarse «adscriptos permanentemente, con sus familiares a la tierra». *'Servi terrae', 'glebae adscripti',* como los llamarán los padres de la Iglesia; '*membra terrae', 'agrorum iuris pars',* como figuran en los Códigos

11. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel Derecho, 11° ed. revisada 1993, p. 124

12. LÓPEZ-HUGUET, M. L., «Originarii et adscripticii: análisis de su diferente condición jurídica, administrativa y fiscal», *Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 16, pp. 193-220, 2016, Universidad Externado de Colombia, DOI: 10.18601/21452946.n16.10*, p. 195

(C.11.48 (47), 23.pr.; C. Th. 5.10.2).

Éstos debían abonar el pago del canon al propietario *(annua funciones, redditus, télos)* con sus propios bienes, ya sea en especie o en dinero; en el Bajo Imperio no podían separarse ni ser separados del fundo; y podían perder su libertad pues, si trataban de huir, podían ser encadenados y reducidos a esclavitud.

Respecto a esa transformación de 'agricultor libre' a 'campesino dependiente' durante el Bajo Imperio, la mayoría de los investigadores advierten la confluencia de causas de orden socio-productivo, de índole fiscal o de ambas. Así, en un excelente estudio de enfoque diacrónico que pondera los previos sobre el tema (Bravo, Carrié, De Martino, entre otros), López-Huguet[13] señala que, en general, la doctrina ha diferenciado cinco clases de colonos: *originarii, adscripticii, inquilini, tributarii* y *servi*.

Al respecto, aclaramos que, a su vez, Iglesias[14] considera *Tributarii o adscripticii* con referencia a la administración fiscal; *coloni o inquilini*, con relación al señor territorial y *originarii,* respecto a su lugar de nacimiento.

Aquella autora, en un interesante recorrido, se centra en discriminar a los *coloni originarii* de la parte occidental de los *adscripticii* de la parte oriental, sosteniendo que ambos formaban el estrato de *humiliores*. Afirma -siguiendo a Bravo- que dicha institución estuvo caracterizada «por dos rasgos esenciales: uno de orden fiscal, en cuanto grupo sujeto al impuesto de la tierra que cultivaba estuviera o no adscripto a ella; y otro de orden social, en cuanto clase de *humiliores* que sufrió una progresiva degradación socioeconómica con la consiguiente pérdida de derechos».

Los orígenes de esta paulatina precarización de la libertad de los colonos se pueden encontrar ya en el s. III en la reforma fiscal de Dioclesiano. Ésta, si bien, en sí, no implicaba un cambio de *status* jurídico nuevo, extendía «a todo el Imperio el *tributum capitis* y unificaba el impuesto territorial y el personal (*iugatio-capitatio)* remitiendo la responsabilidad fiscal, no a las fortunas personales valoradas en dinero, sino a los principales recursos de cada dominio censado, a sus tierras *(iugatio),* animales y hombres *(capitatio),* exigiendo la recaudación impositiva sobre la base de las declaraciones censales, lo que supuso el ligamen formal del colono al fundo en que había sido censado y la restricción de su libertad de movimientos que será sancionada legalmente por los emperadores sucesivos».

Esta situación del campesinado fue agravándose en forma progresiva mediante distintas constituciones que restringían aún más su libertad, tales como, entre otras, la obligación devolución del colono a su lugar de origen y aplicación de castigos como si fueran esclavos para impedir su huida (Emp. Constantino en 332, C. Th. 5.17 (19).1)); la confirmación del carácter hereditario del vínculo de colonato ordenando la restitución de colonos, sus hijos y nietos, que hubieran clandestinamente realizado otros oficios o estuvieran en el ejército (Emp. Valente en 364) o la obligación de que los colonos e inquilinos retornaran a su domicilio de origen, donde estaban registrado, *educati natique,* es decir, donde habían nacido y sido educados (Emps. Valentiniano y Valente en 366).

13. LÓPEZ-HUGUET, M. L., «Originarii et adscripticii: análisis de su diferente condición jurídica, administrativa yfiscal» , , p. 196 *Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 16, pp. 193-220, 2016, Universidad Externado de Colombia, DOI: 10.18601/21452946.n16.10*

14. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, Barcelona, Ariel Derecho, 11° ed. revisada 1993, p.125

Esta última constitución, señala López-Huguet[15], sería «el punto de inflexión» para que los colonos pasaran «a estar sujetos de manera perpetua y hereditaria, no ya a su origen en cuanto tributarios, sino directamente al suelo cultivado en su condición de colonos». Luego, otras constituciones regionales en 371, 383, 386 y hasta el 400 con el Emp. Teodosio disponen medidas para que los campos de pueblos bárbaros se sometan, igualmente, a colonato hereditario y, además, dicta medidas para endurecer las penas contra colonos fugitivos.

Lo cierto es que el tema del colonato dista mucho de ser pacífico y ha producido un largo debate historiográfico pues, en las fuentes romanas, no existe un significado unívoco. El investigador Perelman Fajardo[16] da cuenta de ello en *Estado y Aristocracia en el Imperio Romano: la cuestión del colonato* donde revisa críticamente las posturas ´fiscales' de Hardy, Johnson y West, Gascou, Goffart, Carrié-Grey, para proponer un nuevo abordaje más 'privatista' de la cuestión «desde las necesidades de movilización de mano de obra rural en un contexto de acumulación económica de la elite», aristocracia terrateniente precapitalista que nunca perdió poder ni fue desplazada por la dominación estatal como, por el contrario, sí sucedió en los imperios tributarios orientales.

A nuestro entender, más allá de cuál sea la perspectiva con que abordemos la institución compleja del *colonato* -fiscalista o privatista-, es fácil vislumbrar la relación inversamente proporcional a la involución de la esclavitud 'tradicional'. El progresivo avance del sistema de colonato, obligatorio y hereditario, resultó clave en la evolución de todas las vinculaciones a la tierra hacia la configuración del sistema feudal medieval que recién se buscaría abolir de la mano de la Revolución francesa y sus postulados libertarios.

Desde las disposiciones fiscales de Diocleciano en albores del s. IV, ya se observa este declive de la libertad de esos 'libres' en ambas divisiones del Imperio. La caída del de Occidente por la invasión de los bárbaros precariza aún más la situación hasta involucionar en la edad media prefigurándose la institución del vasallaje y la consideración de los 'siervos' de la gleba. Estos, en principio, eran hombres 'libres', porque si no, no hubieran tenido capacidad jurídica para pactar, feudo, beneficio u homenaje. Eras libres, respecto del señor y constituían una continuación del colonato romano del Bajo Imperio, pero eran siervos de la tierra (gleba) vinculados a ella en condición de *servitus*.

La ausencia de libertad en el hombre medieval

Muñoz García[17], refiriéndose a la condición del hombre en Edad Media, señala que: «Con ella les vinculaba su servidumbre; con la tierra que cultivaban y de la que obtenían su subsistencia. Vinculación del hombre con la tierra en que vivía y de la que vi vía. Lo irónico del caso es que, para pagar su tributo, debían trabajar; pero esto no era sino en

15. LÓPEZ-HUGUET, M. L., «Originarii et adscripticii: análisis de su diferente condición jurídica, administrativa y fiscal», Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 16, pp. 193-220, 2016, Universidad Externado de Colombia, DOI: 10.18601/21452946.n16.10, p. 198

16. PERELMAN FAJARDO, M., *Estado y aristocracia en el Imperio romano: la cuestión del colonato Anuario del Centro de Estudios Históricos Prof. Carlos S. A. Segreti Córdoba (Argentina), año 19, n° 19, 2019, pp. 19-33*

17. MUÑOZ GARCÍA, A., «La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?», RF [online].2007,vol.25 n.57, pp. 115-142, p. 120

una tierra ajena, por cultivar la cual habían de pagar y a la que, a pesar de ser ajena (o precisamente por ello), quedaban vinculados de por vida; sin poder nunca liberarse, por cuanto jurídicamente ya eran libres y no esclavos. A cambio, el señor les brindaba protección militar, y avituallamiento, en lo posible, en épocas de hambruna».

Más allá de poderse o no discutir la naturaleza jurídica de aquel *status,* como refiere Fromm[18] «lo que caracteriza a la sociedad medieval es la ausencia de libertad individual». Ésta es la realidad fáctica, más allá de que la denominación de servidumbre jurídica -en principio- no implique sujeción a otra 'persona', sino a la 'tierra'. Inmovilidad física territorial; inmovilidad de oficio; imposibilidad de salir de esa condición servil hereditaria adscripta a la tierra... muy lentamente llevó al imperioso y resonado grito de 'libertad'.

Por ello, refiere el sociólogo [19] «la historia europea y americana desde fines de la Edad Media no es más que el relato de la emergencia plena del individuo. Es un proceso que se inició en Italia con el Renacimiento y que tan sólo ahora parece haber llegado a su culminación. Fueron necesarios más de cuatro siglos para destruir el mundo medieval y para liberar al pueblo de las restricciones más manifiestas» y, desde allí recibimos la ola de libertad que hizo nacer el respeto a todos los derechos humanos relacionados *in limine*.

El mito del eterno retorno ¿estamos transitando o caminamos hacia una nueva edad media?

Eco[20] ya en 1974 postulaba que estamos asistiendo a una «época de «transición permanente» para la cual habrá que utilizar nuevos métodos de adaptación: el problema no será tanto el de conservar científicamente el pasado, cuanto de elaborar hipótesis sobre el aprovechamiento del desorden y entrar en la lógica de la conflictividad. Nacerá, como ya está naciendo, una cultura de la readaptación continua, alimentada de utopía. ... una inmensa operación de *bricolage* en equilibrio entre nostalgia, esperanza y desesperación... Naturalmente, todo el proceso se caracterizó por pestes y matanzas, intolerancia y muerte. Nadie dice que la nueva Edad Media represente una perspectiva absolutamente alegre».

Pestes, intolerancia y muerte...Nos parece tan, tan actual. Por ello lo rescatamos con especial énfasis durante este bienio de crisis pandémica que nos ha forzado a sentirnos, en cierta medida, 'prisioneros' y casi como 'adscriptos' a nuestro propio domicilio, a nuestra propia tierra, a nuestro propia ciudad y país; solitarios y alejados de los afectos nutrientes; imposibilitados de despedir con su debida honra a nuestros muertos; financiera y económicamente empobrecidos y con un futuro desconcertante, sombrío, de 'la nueva normalidad' augurada por medidas autoritarias auto fundamentadas en la emergencia sanitaria de nivel global y mundial.

18. FROMM, E., *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1947, p. 67

19. FROMM, E., *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1947, p. 62-63

20. ECO, U. et alt., *La nueva edad media*, Madrid, Alianza Editorial, 1° Ed. 1994 4° Reimpr. 1997, p.34

La ya augurada 'nueva normalidad'

La OMS en su «Informe de políticas La COVID-19 y la cobertura sanitaria universal» de octubre de 2020[21], señala que en 9 meses desde el inicio de la pandemia «la COVID-19 se propagó a más de 190 países, que notificaron más de 30 millones de casos y más de un millón de muertes» que ha provocado suspensiones de servicios, excepto esenciales y que recién «es probable que los servicios se reanuden el contexto de una nueva normalidad, cuyas características principales sean el riesgo continuo de transmisión de la COVID-19 y la reaparición de brotes locales o de trasmisión en la comunidad...».

Hay autores que hablan de una nueva 'estatalidad' en el futuro después del COVID-19. Así, Canelo[22] refiere que «en la pandemia actual, el Estado no sólo es visto como una solución, sino como la única...La resolución de la pandemia, en el sentido de la construcción de una nueva normalidad, es una disputa que se resolverá en acto, en proceso, a medida que avanzamos hacia ella. Por eso, es ahora el momento de discutir cuál es la nueva estatalidad que queremos para nuestro futuro».

Que se hable de una 'nueva normalidad' y que no se tome a esta pandemia como un acontecimiento transitorio, pasajero, que está sólo actualmente aquejando a toda la humanidad, no deja de resultarnos altamente preocupante, pues fácilmente hemos observado en todo el mundo cómo, enarbolando una emergencia sanitaria, se ha aprovechado para dar por tierra el derecho a la libertad de los ciudadanos por cuyo reconocimiento tanta lucha se ha llevado a cabo desde las entrañas del ánimo revolucionario francés, grito de cansancio de una sociedad sumida por las monarquías y los abusos de privilegios nobiliarios.

Incluso la UNESCO se encuentra realizando una campaña sobre «la nueva normalidad» [23], pues la pandemia «ha puesto en tela de juicios nuestras prioridades, nuestros modos de vida y el funcionamiento de nuestras sociedades». Con el lema «Ahora es el momento de construir algo mejor que lo normal» lanzó una película de 2.20 minutos para cuestionar nuestra percepción de la normalidad creada por la agencia DDB de París desde junio de 2020 que 'simplemente' -según refiere- «presenta información objetiva sobre el mundo antes y durante la pandemia. En conjunto, estos hechos invitan a los espectadores a reflexionar sobre lo que es normal, sugiriendo que hemos aceptado lo inaceptable durante demasiado tiempo. Nuestra realidad anterior ya no puede ser aceptada como normal. Ahora es el momento de cambiar».

No obstante compartir algunos preceptos, no deja de turbarnos el ánimo la mera posibilidad de que las medidas restrictivas tomadas a ultranza puedan ser consideradas como 'lo nuevo normal', pues la exageración y el abuso han estado a la orden del día en numerosos de los países afectados por la COVID-19 y, muchas veces, las 'emergencias' declaradas, se han transformado en cuestiones de rutina.

21. https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/uhc_spanish.pdf (última consulta realizada el 09-12-21)

22. CANELO, P., «Igualdad, solidaridad y nueva estatalidad. El futuro después de la pandemia», https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/el_futuro_despues_del_covid-19.pdf, (última consulta realizada el 09-12-21), p. 20

23. https://es.unesco.org/campaign/nextnormal (última consulta realizada el 09-12-21)

La normativa argentina en el marco de la pandemia

Refiriéndonos a nuestra República, especialmente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 260/2020 de fecha 12-3-2020 DECNU-2020-260-APN-PTE-Coronavirus (COVID-19), con fundamento en la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del nuevo coronavirus como 'pandemia' el día 11-3-2020 que, a esa fecha, ya afectaba 110 países con un total de 118.554 infectados y 4.281 muertes.

Lo curioso del caso es que se utilizó el marco de una declaración de 'emergencia pública en materia sanitaria' que había sido declarada en un paquete de cariz político en el art. 1° de la ley 27.541 del 23-12-2019, es decir, cuando ningún brote de coronavirus había alcanzado estado público por difusión masiva. Gracias a la pandemia declarada por OMS se 'amplía' la emergencia sanitaria por un año, o sea, hasta el 31-12-2020. ¿Estaba escrita en algún oráculo sibilino la pandemia de modo que ya en 2019 se sabía lo que ocurriría a partir de marzo del año próximo en materia sanitaria?

Lo cierto es que aquella «Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública» 27.541, delegaba en el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) un amplio espectro de facultades hasta el 31-12-2020 en materia: económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social (art. 1).

En lo atinente a salud, su artículo 2 inc. f) establece como base de dicha delegación: «Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional de Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales». Recién a partir del art. 64 al 85 de dicha ley, se regulan las facultades del Ministerio de Salud.

Y como desde hace varias décadas que los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) vienen siendo la moneda corriente de gobernar nuestro país, tanto por parte de los gobiernos de facto como de los democráticos, y, por mucha que sea la queja de la ciudadanía, continúan siendo la forma de evadir el sistema legisferante, es decir, el curso normal para sanción de una ley no hubo reparos para dar curso al DNU260/2020.

En su consecuencia, en aquél decreto, se faculta al Ministerio de Salud (art. 2), como autoridad de aplicación, para «recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas» (inc. 4); «instar a las personas asintomáticas procedentes de zonas afectadas a abstenerse de viajar hacia la República Argentina, hasta tanto cuenten con un diagnóstico médico de la autoridad sanitaria del país en el que se encuentren, con la debida certificación que descarte la posibilidad de contagio» (inc. 5); «coordinar con las distintas jurisdicciones la adopción de medidas de salud pública, para restringir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subterráneos o trenes, o el aislamiento de zonas o regiones, o establecer restricciones de traslados, y sus excepciones» (inc. 12); «establecer la declaración jurada de estado de salud como medida de control sanitaria obligatorio para viajeros y otras que se estimen necesarias, incluso al momento de la partida, antes o durante su arribo al país» (inc. 13)

y una norma amplia final (inc. 6) que permite «adoptar cualquier otra medida que resulte necesaria a fin de mitigar los efectos de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS)».

En cuanto a acciones preventivas, el art. 7 del DNU establece la medida de «aislamiento obligatorio» distinguiéndose a quienes son «casos sospechosos» (inc. a); casos confirmados (inc. b); «contactos estrechos» de los comprendidos en los incs. a y b (inc. c). Caso sospechoso se considera a quien «presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a zonas afectadas o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19». Distingue también a quienes arriban al país habiendo transitado por zonas afectadas, los que «deberán brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible..., sin excepción» agregándose expresamente que «no podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa...», -salvo pocas excepciones- (inc. d); quienes hayan arribado al país en los 14 días previos al DNU, habiendo transitado por zonas afectadas disponiendo que «no podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes que no den cumplimiento a la normativa ...salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria »(inc. e).

La faz delictiva no se dejó de vislumbrar cuando se autoriza a cualquier autoridad, funcionario, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos, etc., para radicar la correspondiente denuncia penal por posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y conc. del Código Penal, es decir, dentro de los que atentan contra la Seguridad Pública (Tit. VII), específicamente el contemplado como Delito contra la salud pública en su Cap. IV (art. 205) y contra la Administración Pública (Tit. XI) como atentado y resistencia contra la autoridad (art. 239).

Mientras el art. 205 sanciona que «será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia», el art. 239 reprime «con prisión de quince días a un año», a quien «resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal».

El DNU 260/2020 fue modificado sucesivamente por los Decretos 274 del 16- 3-2020, 287 del 17-3-2020 y 945 del 26-11-2020. Luego de que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) autorizara diversas vacunas contra la COVID-19 y comenzado el proceso de vacunación, fue prorrogado por el Decreto 167/2021 (DECNU-2021-167-APN-PTE) el 11-3-2021 hasta el 31-12-2021.

De la normativa antes transcripta, se modifica el inc. 4 del art. 2 estableciendo recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas y desde o hacia las zonas afectadas de mayor riesgo, dando intervención a las instancias competentes para su implementación.

A su vez, sustituye el art. 7 sobre 'Acciones preventivas y Aislamiento obligatorio' que diferencia los casos confirmados, sospechosos y los contactos estrechos manteniendo la obligación de aislamiento, pero con reducción del término de aislamiento a 10 días para los casos de COVID-19 confirmados desde inicio de síntomas o del diagnóstico en

caso asintomático. En casos de contactos estrechos podrá reducirse a 10 días según lo recomiende la autoridad sanitaria nacional. Se establece un «seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas».

Se agrega una lista de «salvedades y particularidades» para cada supuesto, o «por el plazo que en el futuro determine la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica y las recomendaciones sanitarias nacionales» que abarca a personal diplomático, funcionarios, representantes del Estado Argentino ante organismos internacionales, extranjeros no residentes autorizados por Migraciones para desarrollar «actividad laboral o comercial esencial», los nacionales o extranjeros en tránsito por menos de 24 hs. en aeropuertos nacionales, transportistas y tripulantes internacionales en ejercicio de su actividad.

Lo que se modifica mayormente es lo relativo a la llegada al país desde el exterior, ya no distinguiendo si viene de zona afectada o no: «quienes arriben al país desde el exterior, en las condiciones que establezca la autoridad sanitaria nacional, salvo las excepciones dispuestas por esta o por la autoridad migratoria y las aquí establecidas, siempre que den cumplimiento a las condiciones y protocolos que dichas autoridades dispongan».

En especial, se prevé la posibilidad de modificaciones por parte de la autoridad sanitaria «cuando sospeche la existencia de riesgo de propagación del virus, en especial cuando procedan de zonas afectadas de mayor riesgo» y de «dejar sin efecto cualquiera de estas excepciones, con el fin de prevenir contagios». Al arribar del exterior se debe informar sobre itinerario, domicilio en el país, someterse a examen de salud, tener «constancia de test- RT-PCR no detectable para COVID-19 con toma de muestra de no más de SETENTA Y DOS (72) horas previas al embarque», salvo excepción por la Autoridad sanitaria.

A los extranjeros no residentes en Argentina, además, se les pide «la declaración jurada un seguro de viajero especial para la atención de la COVID-19 en el país», sancionándose que, si no cumplen las normativas del país, los extranjeros «no podrán ingresar ni podrán permanecer en el territorio nacional»

En el ámbito del Ministerio Público Fiscal (MPF) para denuncias por incumplimiento del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) se estableció una línea nacional 134 o por vía email vg. denuncias@fiscalias.gob.ar. Según reporte de la agencia de noticias Télam versión digital se hicieron al 23-10-2020 «más de 150 mil denuncias por violar el aislamiento...en 10 provincias del país», caso de Córdoba, Entre Ríos, Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Mendoza, San Luis, Neuquén, Tierra del Fuego y Río Negro. Sólo en Córdoba se labraron 29.611 multas por infracción a la ley provincial 10.702 del Régimen Sancionatorio Excepcional de Emergencia Sanitaria en vigencia desde el 27-4-2020 con sanciones que oscilan entre $5.000 a $500.000 por incumplimiento de los protocolos sanitarios.[24] Ya para el 4-8-2021 se habrían hecho más de 1200 denuncias penales en todo el país, y la justicia actúa, incluso, ejecutando un rastreo de señales telefónicas para constatar la veracidad o no de las razones del incumplimiento. [25]

24. https://www.telam.com.ar/notas/202010/528054-provincias-nuevos-casos-coronavirus.html (última consulta realizada el 09-12-21)

25. https://www.infobae.com/politica/2021/08/04/citan-a-indagatoria-a-un-viajero-que-no-cumplio-el-aislamiento-dijo-

Además, por incumplimiento de la cuarentena obligatoria de los viajeros al ingresar al país desde el exterior, para junio de 2021 se habrían iniciado unas 287 denuncias penales, pues un 40 % de los viajeros no cumplieron el aislamiento normado.[26] Entre los que incumplieron de viajeros provenientes de EE. UU, México y Paraguay, se encontraba uno de los que ingresó contagiado con la variante Delta de Coronavirus.[27]

Por Decreto 297/2020 (DECNU-2020-297-APN-PTE) con fecha 19-3-2020 se dispuso el «Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio» (ASPO) frente a la velocidad de propagación del coronavirus y el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional. El primer caso registrado en Argentina fue el 3-3-2020 y, a la fecha del decreto, ya había 97 casos de infectados en 11 jurisdicciones con 3 de ellos fallecidos, por lo que se admite una crisis sanitaria y social sin precedentes, según reza en la exposición de motivos. En su art. 2 se establece que durante la vigencia del ASPO, «las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00.00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas... solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos».

Se disponen por art. 3 controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos, en forma concurrente con las jurisdicciones provinciales; previéndose que, ante la infracción, se formule la denuncia penal. Cesan los eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas y «cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas» (art. 5), quedando exceptuadas las autoridades superiores y trabajadores esenciales del sector público de los gobiernos nacional, provincial y municipal, el personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, migraciones, bomberos, personal de servicios de justicia de turno, personas que asistan a discapacitados, mayores, niños, etc. entre otros. (art. 6). Se mantuvieron, por esta razón, cerrados los centros educativos y comenzó a darse educación a distancia por medios virtuales tanto en los niveles de preescolar, primario, secundario y universitario.

Luego, se distinguieron zonas de Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (DISPO) por DNU 875/2020 del 7-11-2020 disponiéndose en el art. 4 los límites a la circulación: « Queda prohibida la circulación de las personas alcanzadas por la medida de distanciamiento social, preventivo y obligatorio dispuesta por el artículo 2° del presente, por fuera del límite del aglomerado, departamento o partido donde residan, salvo que posean el Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19 ...las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán dictar nor-

que-estaba-en-una-clinica-pero-su-celular-lo-ubico-en-la-costa/ (última consulta realizada el 09-12-21)

26. https://www.eldiarioar.com/sociedad/coronavirus/migraciones-iniciara-287-denuncias-penales-incumplimiento-cuarentena_1_8060084.html (última consulta realizada el 09-12-21)

27. https://www.argentina.gob.ar/noticias/migraciones-detecto-que-uno-de-los-ingresantes-con-variante-delta-incumplio-la-cuarentena (última consulta realizada el 09-12-21)

mas reglamentarias para limitar la circulación por horarios o por zonas, con el fin de evitar situaciones que puedan favorecer la propagación del virus SARS-CoV-2...En caso de detectar situaciones de riesgo de propagación del virus SARS-CoV-2, y con la finalidad de prevenir dicha propagación para proteger la salud pública de la población, facultase a los Gobernadores y a las Gobernadoras de las Provincias y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a disponer el aislamiento preventivo respecto de personas que ingresen a la provincia o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires provenientes de otras jurisdicciones, previa intervención de la autoridad sanitaria jurisdiccional y por un plazo máximo de CATORCE (14) días», con ciertas excepciones.

Cabe, por último, señalar, que toda esta normativa es de orden público tal como reza en el art. 24 del DNU 260/2020 y se establece en su art. 21 la vigencia de los derechos y la obligación de recibir trato digno: «Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I - el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II - el derecho a la atención sin discriminación; III – el derecho al trato digno» No obstante estos postulados de mínima, el trato recibido por la ciudadanía en general no cumplió este último carácter.

La privación ilegítima de la libertad y la deshumanización durante la emergencia

Las medidas tomadas fueron extremas y los abusos del poder público no tardaron en hacerse notar -como si de una dictadura militar se tratase- demostrando lo que ha sido más aberrante durante esta pandemia: la deshumanización y cosificación a la que los habitantes, supuestamente, por derecho, 'libres' ya que «en la Nación Argentina no hay esclavos...» (art. 15 C.N.), hemos sido expuestos. Sometidos todos al poder político de turno, los habitantes quedamos durante estos casi ya dos años a la merced del sinsentido.

La normativa resultó a tal punto tan estricta -y al extremo abusiva de la libertad de circulación y la libertad individual en todos sus sentidos- que existieron casos dramáticos paradigmáticos como el de un padre que vino desde Neuquén a Córdoba (más de 1200 km) para poder ver a su hija, Solange, dos semanas antes de que ésta falleciera de cáncer en la localidad de Alta Gracia, en la Provincia de Córdoba, el 21-8-2020.

En el límite sur provincial cordobés se le impidió su acceso, sin ponderar las razones plenamente humanitarias que lo movilizaban, y fue obligado a regresar a Neuquén escoltado por varios patrulleros policiales -siendo que tenía un hisopado negativo- y sin permitírsele, ni siquiera, detenerse durante el trayecto de regreso.

Por tales hechos, se radicó denuncia ante el juez federal Bustos Fierro por «abuso de autoridad, incumplimiento de deberes de funcionario público y privación ilegítima de la libertad calificada»[28], frente a la cual el magistrado debió emitir una resolución para permitir que pudiera el padre llegar, al menos, al sepelio de Solange.

Otro caso que se recordará en los anales de pandemia, el del padre que debió caminar

28. https://www.telam.com.ar/notas/202009/510252-pablo-musse-cancer-cordoba-solange.html (última consulta realizada el 09-12-21)

5 km y cruzar a pie a su hija, Milagros Abigail, de 12 años y enferma de cáncer, que seguía un tratamiento oncológico, cuando un policía le prohibió el ingreso a su provincia natal, Santiago del Estero, proveniente de Tucumán, por carecer de la documentación necesaria que acreditara el por qué habían viajado. [29]

Ni se respetó tampoco el derecho a los familiares a decir adiós a sus moribundos por covid, ni poder darles un entierro digno al limitarse toda reunión de personas (art. 6 inc. 7 del Dec. 297/2020), existiengo un «Protocolo para Servicios Funerarios, Entierros y Cremaciones personas fallecidas por cualquier causa, excepto COVID-19. ¿Fue ley para todos o sólo para el común de la gente?

«Haz lo que digo; ... no, lo que yo hago»

Lo cierto es que aquellas exageradas restricciones a la libertad individual llevadas a tal extremo de impiedad y padecidas por el común de los habitantes de Argentina, no se aplicaron -en los hechos- para la elite presidencial y los 'amigos del poder', como lo demuestra el escándalo en que se encuentran sumergidos el actual presidente, Alberto Fernández, y su pareja, Fabiola Yáñez, junto a un grupo de 'privilegiados' quienes, en plena pandemia y durante el mes de julio de 2020 -más precisamente el 14-7-2020-, se reunieron en la Quinta Presidencial de Olivos a festejar el cumpleaños de la 'Primera Dama'. Las constancias documentales de tal evento salieron a la luz recién en 2021 consistentes en fotografías y videos digitales[30].

La causa penal fue presentada por militantes de Republicanos Unidos, Abril Fernández Soto y Marcos Longoni Mingo, en el Juzgado Federal 7 de Comodoro Py y es defendida la Srta. Yañez por los letrados Fioribello y Lizardo, según informa Perfil[31]. En un primer momento, la acusación se restringió a dicho evento, pero, con el correr del proceso, fue ampliada la acusación por otras reuniones en la residencia presidencial el 30-12-2020, involucrando a personajes conocidos como Florencia Peña, Adrián Suar, Carlos Rottemberg, entre otros amigos de los dignatarios.

Las investigaciones actuales han llegado más lejos hasta encontrar seis viajes de la flota presidencial que hizo la primera dama a Posadas, Misiones, durante el mismo período de restricción[32], o el caso del adiestrador de perros y Director de Cinotecnia del Ministerio de Seguridad bonaerense, Ariel Zapata, ingresó a la Quinta de Olivos violando la cuarentena sólo «por un asunto importante, que eran las peleas de perros en Olivos»[33],

29. https://www.infobae.com/sociedad/2020/11/20/la-caricatura-que-se-convirtio-en-un-simbolo-tras-el-caso-del-papa-y-su-hija-enferma-a-los-que-les-prohibieron-entrar-a-santiago-del-estero/ (última consulta realizada el 09-12-21).

30. https://www.eldiarioar.com/politica/elecciones-2021/publicaron-videos-festejo-cumpleanos-fabiola-yanez-quinta-olivos_1_8230195.html; https://tn.com.ar/politica/2021/08/18/se-conocieron-videos-de-la-fiesta-de-cumpleanos-de-fabiola-yanez-en-olivos-en-plena-cuarentena/ (última consulta realizada el 09-12-21)

31. https://www.perfil.com/noticias/actualidad/fabiola-yanez-se-presento-en-la-causa-judicial-por-su-festejo-en-olivos.phtml (última consulta realizada el 09-12-21)

32. https://radiomitre.cienradios.com/politica/fabiola-yanez-uso-el-avion-presidencial-en-plena-cuarentena-para-viajar-seis-veces-a-posadas/(última consulta realizada el 09-12-21)

33. https://www.lavoz.com.ar/politica/el-adiestrador-de-perros-que-rompio-la-cuarentena-para-ir-a-olivos-me-llamaron-porque-dylan-se-peleaba-con-su-hijo/(última consulta realizada el 09-12-21)

respuesta que nos deja con boca abierta y sin palabras, mientras, paralelamente, a la ciudadanía se le denegó acompañar a sus enfermos, ni velar o rendir honras fúnebres a sus muertos.

No obstante, a la muerte súbita del querido futbolista, Diego A. Maradona, el 25-11-2020, el Presidente declaró 3 días de duelo nacional, con un funeral comparado a los funerales masivos de Gardel, Eva Perón o Néstor Kirchner.[34] Refería la agencia Télam: «El acceso del público será libre para permitir a todos los seguidores del ex futbolista que le den su adiós a Maradona, fallecido este mediodía en un barrio privado de la localidad bonaerense de Tigre a causa de un ataque al corazón. El presidente Alberto Fernández confirmó que el velatorio se hará en la sede del Gobierno, luego de mostrarse conmovido por la muerte del ídolo del fútbol argentino, en diversas entrevistas que ofreció poco después de conocida la noticia del deceso. El jefe de Estado contó que lo primero que hizo al conocer la noticia fue ofrecer a la familia del excapitán de la Selección Argentina campeona del mundo en México 1986 la Casa de Gobierno para despedir al astro.» Volvemos a quedarnos sin palabras.

¿Por qué traer a colación estos hechos en el marco de esta ponencia, sin estar movida por ánimo de ningún partidismo político? Porque nos encontramos sumidos, a nuestro humilde entender, en un nuevo período y la 'nueva normalidad' -a nuestro entender a-normalidad- es un renacer de privilegios de señores feudales, frente a la limitación y precarización de la libertad del resto de la ciudadanía.

Se está violentado el Principio de Igualdad propio de una sociedad democrática y un Estado de Derecho basado en la norma constitucional. Y no consideramos que esta situación de privilegios sea exclusiva y limitada a nuestro entorno, si tenemos en cuenta las noticias que nos han llegado desde otros ámbitos, vg. la Primera Ministra de Noruega, Erna Solberg, multada por violar las respectivas medidas restrictivas; también el ex presidente de Israel, Reuven Rivlin o el propio Ministro de Salud de Nueva Zelanda, David Clark, quien viajó con su familia a la playa, mientras la Primera Ministra exigía a los neozelandeses permanecer en sus domicilios. [35]

Honestiores vs. Humiliores, ¿la 'nueva normalidad' social?

Si bien la Justicia aún no ha definido la situación de referencia del 'Oliva Gate', nos queda una sensación de estar observando la génesis de un proceso que busca enfrentar al ciudadano común frente a un grupo de elite privilegiado. Y esto nos mueve a reflexionar si acaso no es esto lo que sucedió ya en la época romana, con nefastas consecuencias para el derecho a la libertad de que gozaban, en principio, los ingenuos y los libertos.

En efecto, ya hemos referenciado en párrafos precedentes cómo las constituciones imperiales propiciaron el fortalecimiento de las medidas de restricción de la libertad de los ciudadanos 'libres' que, no obstante, quedaron adscriptos a la tierra, mientras que, por el contrario, incluso, mejoraba la situación de los esclavos mientras que un reducido

34. https://www.telam.com.ar/notas/202011/536423-maradona-fallecimiento-velorio.html(última consulta realizada el 09-12-21)

35. https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/de-la-premier-multada-por-un-cumpleanos-a-otros-lideres-y-funcionarios-que-violaron-las-nid12082021/ (última consulta realizada el 09-12-21)

grupo de ciudadanos mantenía incólume su preciada libertad.

Si sondeamos en épocas del Principado o Alto Imperio Romano, observamos que, a partir de Adriano en s. I d. C., hay una estratificación social entre ciudadanos libres distinguiéndose entre *honestiores et humiliores,* categorías de orden jurídico-penal que discriminaban socialmente al prohibir los castigos humillantes sólo a los de alta dignidad, de modo que las diferencias eran exclusivamente *pro qualitate personarum,* en base a la *dignitas,* o no, del individuo.

Pero en época tardoimperial, «intervinieron otros criterios, vg. la condición tributaria o, por el contrario, la inmunidad fiscal, la riqueza y la pobreza, el privilegio otorgado por el Estado a determinados grupos o comunidades», refiere Bravo[36] y esta situación cristalizó «en la configuración de un amplio grupo de *humiliores,* de composición social heterogénea...trabajadores agrícolas (*coloni*) como los urbanos (*operarii, Fabri)*, los pequeños propietarios de tierras rurales como la plebe urbana con escasos recursos y no integrada en los *ordines civitatum,* así como los libertos y los esclavos».

La división social fue patente. Como ya hemos referido, en las antípodas de los *humiliores* se encontraban, entonces, los *honestiores,* miembros de clases superiores que incluía familias de diversos *ordines* (decurional, ecuestre, senatorial), además de otros, vg. *viri consulares, viri spectabilides, viri illustres* y patricios, así como otros *domini* o *patroni* y algunos comerciantes como los *navicularii,* que trasladaban los granos del Estado a cambio de ciertos privilegios estatales.

Alföldy señala en su '*Historia Social de Roma*'[37] que esta distinción entre clases era tajante: «lo que mejor caracterizaría al cambio de estructura en la sociedad romana durante la crisis del siglo III sería esa desigual evolución que tocó vivir a los *honestiores* y a los *humiliores*...la alta sociedad se desintegró en capas muy diversamente estructuradas, mientras que los estratos inferiores desarrollaron una estructura cada vez más unitaria».

Entre los *humiliores* estaban los estratos inferiores, desde la plebe a los esclavos, caracterizados por la ausencia de privilegios y si bien en época altoimperial la división sólo tenía carácter jurídico, «más tarde se establecieron importantes diferencias sociales, económicas y políticas entre ambos grupos», señala Bravo[38], agregando que siempre el modelo romano se había caracterizado «por la aplicación del principio aristocrático al sistema de organización social y por la jerarquización social en términos de poder, riqueza y privilegio» de modo que «...los estratos inferiores corresponderían a los ciudadanos *infra ordinum*, es decir, cuyo único privilegio aparente era la *civitas* frente a aquellos que aún no la poseían».

Esto es válido, por supuesto, antes de que, por la *Constitutio Antonina,* el Emp. Caracalla decidiera conceder la ciudadanía a todos los habitantes 'libres' del Imperio en el año 212. Pero, continúa dicho autor, hacia el s. III comienza a incrementarse la presión fiscal, como muestra la legislación imperial sobre los *agri deserti* que hacía recaer la obligación fiscal sobre los *curiales,* clases altas de los municipios (*ordines civitatum),* norma que, luego, es extendida por Constantino a todos los que fueran propietarios.

36. BRAVO, G., *Historia de la Roma antigua*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 129-130

37. ALFÖLDY, G., *Historia Social de Roma*, Versión española de Víctor Alonso Troncoso, Madrid, Alianza Editorial, 1° Ed. 3° Reimpr. 1996, p. 237

38. BRAVO, G., *Historia de la Roma antigua*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 160-161

Bajo presión fiscal, los curiales comienzan a ingresar al clero o al ejército para escapar a sus obligaciones. Es allí cuando, para frenar el éxodo, se estableció la hereditariedad de cargos y oficios, por lo que «el hijo de campesino sería también campesino, el del militar, soldado, y artesano el del que se dedicara a un oficio generando el corporativismo característico de esta época.» [39]

Pero, mientras que los *honestiores* tenían medios para evadirlas e, incluso, conseguían privilegios o inmunidades a cambio de sus *munera publica* o servicios a la comunidad, los de clase inferior de *humiliores*, *tenuiores, pauperes,* no podían.

Como se puede advertir, aquellos privilegios condujeron a la depreciación de la libertad de los *humiliores* y, como ya hemos señalado, a una nueva concepción de colonato. Este precedente en la aceptación, en definitiva, de su condición de inferioridad por los *humiliores*, entre los cuales ubicamos a los *inquilinus* y a los *colonus*, fue terreno fértil para que, en pocos siglos, se arribara al sometimiento medieval en la relación de vasallaje.

La norma más antigua sobre adscripción a la tierra refiere a los inquilinos mientras se encuentran en la ciudad, D.50.15.4.8 (*De censibus...)*. Respecto a los colonos, específicamente, se refieren C.Th. 12.1.33 (342); 14.18.1 (382) = C.11.1.26.1; C.Th. 14.18 = C.11.1.26.1; C.Th.12,19.2 (400) = C.11.66.6; C.Th.5.6.3 (409); N. App.9.

Abolición de la esclavitud y libertad

Si los adscripticios pudieron dar lugar a los siervos de la gleba feudales, si bien se trataba de hombres pseudo-libres y no esclavos, como hemos referido, debemos dejar constancia que, en nuestra concepción amplia y actual de lo que es la 'esclavitud', se los considera análogos.

De este modo se considera en la «Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud», trata de esclavos e instituciones y prácticas análogas (1956), en que, más allá del Convenio sobre la Esclavitud firmado en Ginebra en 1926, obligó a los Estados Parte «a abolir, además de la esclavitud, las siguientes instituciones y prácticas que se indican mediante la denominación genérica de «condición servil» incluyendo en su art. 1 inc. 2 «la servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición».

Es que son las ausencias de libertades cada vez más acuciantes de los libres-colonos-adscripticios lo que marcó el nacimiento de su sujeción al poder del vasallaje. El colono había reemplazado como fuerza laboral al esclavo en el Imperio Romano, de allí pasaría como *servus glebae* medieval: «hombre libre, pero vinculado contractualmente a determinadas tierras, de las que no puede separarse y a las cuales no pueden ser vendidas sin garantizarle al *servus glebae* su derecho de continuar cultivándolas». Y si bien el colono era hombre libre y «podía casarse, adquirir y hacerse acreedor o deudor», «le estaba prohibido en absoluto enajenar sin el consentimiento de su amo. Sus bienes garantizaban el pago del censo y del impuesto territorial. No podía ejercer ningún cargo público».[40]

39. BRAVO, G., *Historia de la Roma antigua*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 129

40. Lastra Lastra, J. M. «El trabajo en la Historia» http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/11/cnt/cnt7.htm

Como refiere Muñoz García[41], «la época clásica y la Edad Media distan mucho de ser similares en lo que a esclavitud se refiere. Curiosamente, la primera, a pesar de su denominación como época del esclavismo, goza del favor general, y del general olvido de su actuación con los esclavos; la segunda, a pesar de casi haber desaparecido en ella la esclavitud, sigue bajo la opinión general de época obscura de los siervos de la gleba.»

Conclusiones

El análisis precedente de la situación imperial de hace dos milenios, pretende mostrar una visión global de un fenómeno progresivo, paulatino, de pérdida de la libertad de circulación (adscripción a la tierra) y hasta de la libertad de elección (hereditariedad de cargos y oficios) de los 'supuestamente' libres.

Bajo esta perspectiva diacrónica y con este precedente actual de gestión mundial de la pandemia al que hemos aludido, con cumplimientos forzosos para el común de la población y relajados incumplimientos por parte de la elite de gobierno, nos encontramos preocupados de que las medidas restrictivas de nuestra libertad tomadas en el marco de la presente pandemia de la COVID-19, más allá de su fundamento en situaciones de necesidad o emergencia, se torne nuestra 'nueva normalidad' y que, con este pretexto, se vulneren sistemáticamente, nuestros derechos de libre tránsito, circulación y elección. En efecto, como ya hemos visto, la ley y su cumplimiento, no es pareja y está generando situaciones de privilegio sumamente irritantes.

Estas fueron nuestras reflexiones acerca de la libertad a propósito de la pandemia de coronavirus que transita el mundo entero y global, con ansias de que las restricciones a nuestra libertad -que hemos y venimos padeciendo- no provoque una adscripción al domicilio y la tierra, de modo que nosotros quedemos como nuevos siervos de la gleba que preludien, en pocos siglos, el advenimiento de una nueva Edad Media.

El interrogante que nos moviliza: *¿quo vadimus?*

Bibliografía

Alföldy, G. (1996). *Historia social de Roma*. Madrid : Alianza Editorial.

Amunátegui Perelló, C. (2020). El Digesto y su definición de libertad. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 42:97-143.

Bravo, G. (1998). *Historia de la Roma antigua*. Madrid : Alianza Editorial.

eco, u.; et alt. (1997). *La nueva edad media*. Madrid : Alianza Editorial.

(última consulta realizada el 09-12-21)

41. MUÑOZ GARCÍA, A., «La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?», *RF [online].2007, vol.25 n.57, pp. 115-142* , p. 117

Fromm, E. (1947). *El miedo a la libertad*. Buenos Aires : Paidós.

Iglesias, j. (1993). *Derecho Romano : historia e instituciones*. 11ª ed. Barcelona : Ariel Derecho.

López-López-Huguet, M. L. (2016). Originarii et adscripticii : análisis de su diferente condición jurídica, administrativa y fiscal. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. núm. (16)193-220. DOI: 10.18601/21452946.n16.10

Muñoz García, A. (2007). La condición del hombre en la edad media : ¿siervo, esclavo o qué?. En: *RF*. 25(57):115-142.

Perelman Fajardo, M. (2019). Estado y aristocracia en el Imperio romano : la cuestión del colonato. En: *Anuario del Centro de Estudios Históricos Prof. Carlos S. A. Segreti*. Córdoba (Argentina), año 19*(19):19-33*.

Quiroga lavié, h. (2000). *Constitución Argentina comentada*. 3° ed. Buenos Aires : Zavalía.

Interpretação das Disposições testamentárias, no atual Código Civil Brasileiro : A presença dos Aforismos Jurídicos Latinos

Maria Vital da Rocha[1]

1. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Direito do Centro Universitário Sete de Setembro.

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de mostrar a força dos aforismos, a qual faz com que os mesmos se perpetuem no tempo e se imponham nas legislações e nas mentes dos juristas modernos. Apesar de nem todos os aforismos descenderem no Direito Romano, muitos estão escritos no *Corpus Juris Civilis*, no Livro 50 do Digesto e, através desta obra magnânima, chegaram aos dias atuais. Aforismos são definições breves que, muitas vezes, sintetizam questões complexas, permeadas de ambiguidades e, exatamente por serem breves, se fixam na memória e no tempo. Especificamente, o texto analisa a utilização dos aforismos pelo legislador brasileiro, na regra de interpretação de disposições testamentárias ou, melhor dizendo, na busca da verdadeira intenção do testador, no Código Civil. A pesquisa foi desenvolvida com base nas fontes romanas, sobretudo na Consolidação Justinianea já citada e nas referências bibliográficas.

Aforismos: Definição e importância

A palavra aforismo tem origem no grego *aphorismós, que significa limitação*. Trata-se de d*efinição breve, verdadeira sentença, que* condensa conceitos amplos em poucas palavras, de forma concisa, precisa e categórica.

Aforismos são máximas, axiomas, adágios, brocardos, anexins, parêmios, prolóquios, provérbios, regras, dentre tantas denominações e são capazes de traduzir amplos e complexos conceitos por meio de pequenas sentenças ou locuções, daí a sua importância.

Os aforismos, axiomas ou brocardos jurídicos, apesar de antiquíssimos, continuam prestigiados, inclusive nas legislações modernas.

Para Limongi França, essa categoria é de suma importância para o conhecimento do Direito, porque são capazes de fornecer, em determinadas circunstâncias, os elementos básicos do Direito e, portanto, a solução mais conveniente, à face de uma questão ou controvérsia jurídica. Esta importância é realçada, acrescenta Limongi França, não só pelo muito de verdade jurídica que encerram em suas poucas palavras, como ainda pelo condão que possuem de se fixarem na memória.[2]

Nesse contexto, é valioso, mesmo em dias atuais, voltar o olhar para os inúmeros escritos sobre o tema, onde se destacam, no Brasil, dentre outros: Teixeira de Freitas (Regras de Direito, Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro-Editor, 1882) Candido Mendes de Almeida (Axiomas e Brocados Jurídicos, in Auxiliar Jurídico: Rio de Janeiro, 1869); Dirceu Rodrigues, (Brocardos Jurídicos, 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1948); Gaetano Sciascia (Regras de Ulpiano, 1ª, ed., São Paulo: Edipro, Coleção clássicos Edipro, 2001); Rubens Limongi França (Brocardos Jurídicos: As regras de Justiniano, 4ª. Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984), e J.M. Othon Sidou (Axiomas Jurídicos, in Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Boletim. N. 401, ano XXVIII, Rio de Janeiro, outubro, 2005).

Nem todo aforismo jurídico provém do Direito Romano, mas muitos foram imortalizados no *Corpus Juris Civilis*, pelo Imperador Justiniano, no Livro 50, título 17, sob

2. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Brocardos Jurídicos: As regras de Justiniano*, 4ª. Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 21-22.

a rubrica "*De Regulis Juris Antiqui*", onde estão consubstanciadas as regras de direito, desde a Fundação de Roma, no século VIII a.C., até o século VI d.C.

Segundo Limongi França, para se ter uma ideia do significado das regras de Justiniano, basta lembrar que, ao modo de chave de ouro, elas integram o capítulo final do Digesto.[3]

Das Disposições Testamentárias e sua interpretação no Direito Brasileiro: A Presença dos Aforismos Jurídicos Latinos

Da busca de significado

Interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma tudo o que na mesma se contém.[4]

Interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos.[5]

Através da interpretação chega-se a um determinado sentido ou conteúdo. É através da interpretação que se determina a extensão de uma lei, de uma sentença ou de um negócio jurídico.[6] O intérprete é aquele que busca o que está intrínseco, o que não se pode ver sem um olhar atento.

Nos domínios da interpretação jurídica, além dos métodos mais comuns, como o gramatical, o lógico, o sistemático, o histórico e o teleológico, o intérprete dispõe de outros recursos que o ajudam a extrair o correto sentido dos preceitos legais. É o caso da interpretação enunciativa, a qual é decorrente dos aforismos, normalmente concisos e categóricos e, em grande número, decorrentes das regras compiladas pelos jurisconsultos, no *Corpus Juris Civilis*. Algumas vezes, o direito positivo os absorve e, tornando-os leis, transforma os axiomas, de regras enunciativas abstratas, em princípios de interpretação histórico evolutiva.[7]

Entendendo a Vontade do De Cujus para o bom cumprimento do testamento

Testamento é o negócio jurídico destinado a constituir o herdeiro e estabelecer outras disposições e efeito *post mortem*. É personalíssimo, porque tem que ser feito pelo próprio

3. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios Gerais de Direito*, 2ª.Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, pp. 25.

4. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 197, p. 9,

5. VILANOVA, Lourival. *Universo das Fórmulas Lógicas e o Direito. Escritos jurídicos-filosóficos*, vol I, São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003, p.15.

6. COSTANZA, Maria. *Profili dell´interpretazione del contrato secondo buona fede*. Milano: Giufffré, 1989, p. 1.

7. SIDOU, J.M. Othon. *Axiomas Jurídicos*, in Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Boletim. N. 401, ano XXVIII, Rio de Janeiro, outubro, 2005, verso.

testador; solene, porque tem forma própria definida em lei; unilateral, porque expressa somente a vontade do testador; revogável, porque pode ser substituído quantas vezes o autor desejar mortis causa, porque as suas disposições só produzirão efeitos, após a morte do testador.[8]

Segundo o jurisconsulto Modestino, testamento é a justa decisão da vontade a respeito do que alguém gostaria que se fizesse após a sua morte. O jurisconsulto Ulpiano diz que esta decisão deve ser realizada solenemente.[9]

Disposições testamentárias ou cláusulas testamentárias são as estipulações definidas pelo testador, para depois de sua morte. É através das disposições testamentárias que o testador se manifesta para os seus herdeiros. Elas podem ter conteúdos patrimoniais ou extrapatrimoniais e podem ser postas de forma pura e simples ou com encargos e condições e têm que estar absolutamente de acordo com o direito em vigor. Além disso, o testamento tem que obedecer aos requisitos de validade dos negócios jurídicos, podendo ser nulo ou anulável, em todo ou em apenas algumas de suas cláusulas. No caso, "a invalidade parcial não o prejudicará na parte válida", como dispõe o art. 184, do Código Civil Brasileiro, que, claramente, incorporou o aforismo *utile per inutile non vitiatur.*[10]

Zeno Veloso aduz que a disposição testamentária é uma regra equiparável à norma jurídica; o negócio jurídico produz, também, normas de direito, sem que, com isso, se possa afirmar que a norma individual, que decorre do contrato, ou é fixada em um testamento, seja da mesma natureza, extensão, grau e amplitude da norma geral e abstrata, editada pelo Estado. Certo é que a lei, o contrato e o testamento concretizam manifestação de vontade (do povo – por meio de seus representantes – das partes e do disponente, conforme o caso), que necessita de interpretação para ser cumprida e executada. O contrato e o testamento contêm declaração de vontade, que precisa ser interpretada, para que se alcance seu verdadeiro sentido, o real querer dos declarantes. Logo, as regras de interpretação dos contratos, aplicam-se também aos testamentos, ressalvadas as peculiaridades de cada um.[11]

O responsável pelo cumprimento do testamento, seja o juiz ou o tabelião, tem que ter muita clareza sobre o significado das disposições testamentárias, porque elas denotam a vontade do morto. Ademais, o intérprete do testamento deve considerar o tempo e o lugar em que o testamento foi outorgado; o nível cultural do testador; o estado em que se encontrava; o ambiente em que vivia; as circunstâncias que o envolviam; as tipicidades do vocabulário etc.[12]

Desse modo, é crucial a observância da regra "*ubi pugnantia inter se in testamento iuberentur, neutrum ratum est*", do jurisconsulto Celso, em D. 50,17, 188, que diz que quando houver disposições contraditórias nem uma e nem a outra é válida. Em caso de

8. TABOSA, Agerson. *Direito Romano*, 3ª. Ed., 1ª. Impressão, Fortaleza, FA7, 2007, p. 322-4.

9. D. 28,1,1, Modestino; Ulpiano, Liber Singularis Regularum, 20, 1.

10. Art. 184. CCB - Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

11. VELOSO, Zeno. *Das Disposições Testamentárias*. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia, vol. 10, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, pp. 487-488.

12. VELOSO, Zeno. Idem, ibidem, p. 489

dúvida, será observada a que estiver mais de acordo com a vontade do testador.

Em sentido mais amplo, mas com a mesma finalidade, Juliano, em D. 50, 17,67, sentenciou que "quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est", determinando que sempre que sempre que uma frase expressar sentidos diversos, aceita-se, preferencialmente, o sentido mais adequado à execução do negócio.

A ideia de ambiguidade também está inserta no brocardo de Mecianus, "*in ambiguis orationibus máxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset*", em D. 50,17, 96, que propõe que ao lidar com palavras ambíguas, a intenção de quem as pronunciou deve ser especialmente considerada.

Estes brocardos sobrevivem no atual Código Civil Brasileiro, art. 1.899, que dispõe que "Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". É a repetição do texto do art. 1666, do Código Civil de 1916 e ratificação, em sede de direito sucessório, do que dispõe artigo 112, que diz: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

De acordo com António Santos Justo, na interpretação das disposições testamentárias, os jurisconsultos romanos procuraram determinar e respeitar a vontade do testador, não desprezando a possibilidade e a necessidade de corrigirem o formalismo que a envolve. E, tendo em vista que nem sempre a palavra exprime tudo o que está na *mens* de quem a pronuncia, a interpretação não pode deixar de procurar determinar o *animus* de quem profere os *verba*.[13]

Sobre a previsão de ambiguidade da disposição testamentária, Santos Justo diz que o primeiro modo de resolver consiste no recurso ao uso linguístico geral; depois, importa considerar a disposição ou a palavra no seu contexto; e, finalmente, o pensamento do autor da declaração deduz-se de outros elementos, podendo haver lugar para o argumento contrário. E que, no período republicano, os jurisprudentes romanos já admitiam que, havendo disposições testamentárias controvertidas era importante buscar a vontade efetiva do testador, através de critérios determinados que se encerravam com a ideia de que o testamento sempre é produto da vontade do testador.[14]

O testamento se fundamenta na vontade do testador, afirma António Fernandez de Bújan. Mas, em caso de dúvida, o intérprete deve averiguar a verdadeira vontade do testador e levar em conta o princípio do "favor testamenti".[15]

Este é o conteúdo geral da máxima de Paulo em D. 50,17,12, ao dizer que "*in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*", ou seja, nos testamentos interpretam-se mais plenamente as vontades dos testadores.

Além do artigo 1899 já referido, o atual Código Civil brasileiro contém outros dispositivos que tratam da sucessão testamentária, cuja origem textual remonta às "*regulis iuris antiqui*". A positivação destas regras ganha especial importância, no momento da

13. SANTOS JUSTO, Antonio. *Direito Privado Romano* – V (Direito das Sucessões e Doações), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 210-211

14. SANTOS JUSTO, Antonio. *Idem, ibidem*, pp. 211-212

15. BUJÁN, António Fernandez de. *Derecho Romano*, 2ª. Ed., Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, p. 205.

execução do testamento e na atuação do intérprete, na busca da verdadeira intenção do testador.

O artigo 1.861 dispõe que "A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade".

Em D. 50,17,29, Paulo opina que "Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". O que está viciado em sua origem não pode ser convalidado com o transcurso do tempo

No Art. 1.967, lê-se que "As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela..."

Foi o que Ulpiano consagrou em D. 50, 17,54, Ulpiano, que diz "Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet". Ninguém pode transferir a outrem mais direito do que tem.

Verifica-se, pois, a permanência e a importância dos aforismos, especialmente os decorrentes do Direito Romano, no Código Civil Brasileiro, quando trata da sucessão testamentária e das disposições do testamento, onde fica evidente a relevância da vontade do autor da herança que leva a recordar o jurisconsulto Celso, em D. 33,10,7,2 quando afirma que "*prior atque potentior est quam vox mens dicentis*", evidenciando que a intenção do testdor é anterior e mais relevante que a voz".[16]

Assim sendo, nota-se uma ampla adesão do direito antigo, revigorada no direito moderno, ao preceito geral de que a *voluntas* é o elemento gerador do testamento, dotando-lhe de força e eficácia. *Semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*. Seguimos sempre as pisadas da vontade dos testadores! Disse o Imperador Justiniano em C. 6,37,23,2.

Considerações finais

A título de considerações finais, pôde-se constatar a importância dos aforismos jurídicos latinos, na antiguidade e na contemporaneidade. O tempo passou, mas os mesmos permanecem vivos e presentes nas legislações e doutrina, na atualidade. Foi o que se demonstrou ao analisar o Código Civil Brasileiro. Ao tratar da interpretação das disposições testamentárias, a referida legislação fixou uma regra geral, em seu artigo 1899, determinando que "quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". Ou seja, no cumprimento do testamento, deve-se buscar o verdadeiro sentido de suas palavras e a intenção nelas consubstanciadas, respeitando a vontade do testador. Este preceito revigora aforismos latinos, inseridos no *Corpus Juris Civilis*, por vários jurisconsultos, às vezes até escritos de forma diferente, mas dentro do mesmo contexto e com o mesmo objetivo, que consiste em orientar para que diante de disposições contraditórias, deve-se considerar a que estiver mais de acordo com a vontade do testador.

16. IGLESIAS, Juan. *Direito Romano*. Tradução da 18ª. Edição espanhola, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.799.

Referências Bibliográficas

Fernandez de Buján, A. (2018). *Derecho Romano*. 2ª ed. Navarra : Thomson Reuters.

Costanza, M. (1989). *Profili dell´interpretazione del contrato secondo buona fede*. Milano : Giufffré.

Iglesias, J. (2011). *Direito romano*. 18ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

Limongi França, R. (1971). *Princípios gerais de direito*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais.

Maximiliano, C. (1970). *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro : Forense.

Santos Justo, A. (2009). *Direito privado romano v : direito das sucessões e doações*. Coimbra : Coimbra Editora.

SIDOU, J. M. (2005). Axiomas jurídicos. Em: *Académia Brasileira de Letras Jurídicas*. 28(401).

Tabosa, A. (2007). *Direito romano*. 3ª ed. Fortaleza : FA7.

Veloso. Z. (2016). Das disposições testamentárias. Em: *Anais do congresso brasileiro de direito de família : famílias nossas de cada dia*. 10

Vilanova, L. (2003). Universo das fórmulas lógicas e o direito. Em*: Escritos jurídicos-filosóficos*. 1

"Todo el ius ha sido constituido por causa de los hombres"

Susana Marcela Volodsky Iturburu[1]

Rocío Johanna Alzogaray[2]

1. Abogada. Profesora de Derecho Romano, Teoría del Derecho, Sujeto y Sociedad, Introducción al Pensamiento Científico en Universidad Abierta Interamericana UAI. Profesora de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Jose C. Paz UNPAZ. Profesora de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires UBA. Profesora de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, UNLZ. Miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina ADRA. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano AIDROM. Asesora jurídica en el Registro Nacional de las Personas RENAPER, Ministerio del Interior de la República Argentina.

2. Estudiante Universidad de Buenos Aires.

El principio establecido por Hermogeniano sustenta el contenido del trabajo que planteamos. Así, donde hay hombres hay derecho, previniendo, evitando o dando soluciones a eventuales conflictos que alteren la pacífica convivencia de estos seres humanos que todos nosotros somos, con esta naturaleza social que nos caracteriza.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el instituto jurídico de la capacidad, que en el Derecho moderno se configura como atributo de la personalidad. En su evolución desde el Derecho Romano, hasta el Derecho argentino, regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, con su impronta romanista, y actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación, la capacidad aparece como base para que el derecho cumpla su función al servicio del hombre.

Gayo: Todo el "IUS" (Derecho) se relaciona o con las personas, o con las cosas o con las acciones3

Gayo plantea a la persona como lo que precede a cualquier estructura jurídica, y esta última aparece en escena con motivo de la existencia de seres humanos que viven en sociedad, donde se plantea la necesidad de regular la convivencia humana. A continuación, Gayo desarrolla el primero de esos tres fundamentos del IUS: las personas. Y afirma que "Referente al derecho de las personas, ...todos los hombres o son libres o son esclavos."[4]

Por su parte, y en cuanto al IUS, parece conveniente la cita que encontramos en la obra de Di Pietro, que corresponde a Álvaro D'Ors, en cuanto a que "...El ius no se reduce a un conjunto de normas, sino que constituye un complejo de realidades concretas en el que las normas no lo son todo; proyectado ese ius hacia el exterior, se resuelve en una capacidad de actuación, que viene a equivaler a nuestro derecho subjetivo". ..... "Ius... quiere decir...no tan solo en estos casos...sino siempre." [5]

La capacidad: Concepto

La capacidad es la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. En sus dos dimensiones, se plantea una capacidad de derecho y una capacidad de hecho o de obrar. La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Mientras que la capacidad de hecho es la aptitud para ejercer esos derechos y adquirir esas obligaciones, de las que dicho sujeto es titular.

Sin embargo, en la vida cotidiana nos encontramos con situaciones en las cuales no se pueden ejercer los derechos y deberes de los que se es titular. En estos casos, la norma priva o limita al sujeto titular de un derecho a ejercerlo por sí mismo, y prevé la ayuda de un "apoyo" para poder ejercerlos, a través de dos institutos jurídicos: la tutela y la

3. GAYO, *Institutas*, 1, 8, traducción de Alfredo Di Pietro, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Quinta edición, 1997, pp. 62

4. GAYO, ídem, 1, 9, pp. 63

5. Di Pietro, Alfredo G., *La cuestión de los derechos subjetivos en el Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. U. del Salvador, 2013, pág. 98.

curatela. Nos encontramos aquí ante una situación de incapacidad de hecho.

En cuanto a la incapacidad de derecho, un sujeto no puede ser relegado de la titularidad de los derechos que le corresponden, de modo que modernamente, ante una incapacidad de derecho, solo es posible la misma en la forma de una incapacidad relativa.

Sin embargo, no ocurría esto en Roma. Aquel que entraba en la categoría de **"Esclavo"** no tenía capacidad de derecho, aunque si tenía capacidad de hecho.

La capacidad en el Derecho Romano: El pater familias

La etimología de la palabra nos lleva a los términos CAPUT (cabeza)[6], o CAPAX, como posibilidad concreta de entrar en determinadas relaciones jurídicas[7].

Siguiendo las explicaciones de Petit[8] al respecto, la idea es que el censor, al confeccionar el censo, redactaba capítulos. Cada capítulo comprendía una familia, con un pater que ejercía la correspondiente jefatura de la misma, y por lo tanto era el capax o cabeza de ella. Era quien figuraba encabezando esa gens, la máxima autoridad, quien resolvía todo conflicto entre sus miembros, el máximo sacerdote, el referente externo ante otros individuos que se relacionaran con esa gens. Si tomamos además la idea de que el Derecho Romano es un sistema de acciones, podemos afirmar que la persona, ese *pater familiae*, cuenta con la posibilidad de reclamar lo que cree que se le debe, y para ello la "actio" aparece como la herramienta o instrumento procesal que el pretor concede en el ámbito del IUS. De modo que el pretor concedía, en caso de corresponder, una actio, a quien se encontraba en la situación de pater, con los tres status, es decir, a la persona y, por ende, al homo que goza de los "tres estados" (*status*): el de libertad (*status libertatis*), el de ciudadanía (*status civilitatis*), y el de familia (*status familiae*). Quien posea estos tres estados será considerado persona, y, por lo tanto, será plenamente capaz (*caput*) y, en consecuencia, alcanzado por el IUS.

Pérdida de la capacidad

Puede ocurrir que una persona, ese pater, cambie alguno de los status: por ejemplo, si era libre y pasa a ser esclavo (cambio en el *status libertatis*), o si era un jefe de familia, *sui iuris,* y pasa por adrogación a quedar bajo la potestad de otro pater (cambio en el *status familiae*). Cuando esto ocurre, el Censor en las tablas del Censo, deja este hecho asentado, indicando que ese pater ha visto modificada su situación. Lo que ocurre como consecuencia de esto en la ciudad, es que a partir de ese momento hay una cabeza menos. Es como la muerte de una personalidad, que es reemplazada por una personalidad nueva. Ya no se encuentra en ese capítulo, sino en una más abajo, y por lo tanto ocurre una ''disminución o pérdida de la cabeza'' (*capitis deminutio*). "La disminución de cabeza

6. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 51

7. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Abeledo Përrot, 2009, pp. 80

8. Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, Porrúa, 2007, pp. 151 (notas)

es la variación de estado"[9] y se da en tres grados[10]:

La "disminución de cabeza máxima" (*capitis diminutio máxima)* sucede cuando el individuo pierde su libertad, convirtiéndose en esclavo, por motivos que el Derecho así lo determine, por ejemplo, "por no pagar sus deudas y es vendido por su acreedor una vez agotadas todas las instancias"[11]. La condición de esclavo hace perder la ciudadanía, y el estado de familia, de forma que se pierde la condición de persona.

La "disminución de cabeza media" (*capitis deminutio media*) sucede cuando el individuo pierde la ciudadanía romana, por ejemplo, "cuando un ciudadano romano se exilia por haber cometido un delito, o se convierte en ciudadano de otro Estado"[12]. No pierde la condición de hombre libre.

La "disminución de cabeza mínima" (*capitis deminutio minima*) es la interrupción del vínculo familiar (agnación), más que de una "pérdida" en sí. Esta situación ocurre, por ejemplo, "cuando un "jefe de familia" (sui iuris) es adoptado (adrogado) por otro "jefe de familia" y se convierte en hijo de éste (*aliena iuris)*; lo mismo acontece con la legitimación de un hijo, y en el matrimonio *cum manu*"[13]. Sucede también en caso de emancipación, pero de forma inversa, "puesto que el hijo que tiene la condición jurídica de *aliena iuris* pasa a *sui iuris*"[14]. El sujeto continúa siendo libre y mantiene la ciudadanía romana.

En todos estos casos, se plasma este cambio en el Censo, modificando entonces el capítulo, y quedando el sujeto registrado ahora en otro.

Causas que modifican la capacidad

Honor civil (infamia, turpitudo, intestabilidad): el orgullo y honor del ciudadano puede limitarse debido a conductas deshonrosas. La infamia es la degradación del honor civil, y perdida de la reputación social del individuo. Algunas causas de infamia, desde la época imperial, son las condenas por delitos públicos y delitos privados, como la rapiña, el hurto, las injurias, el ejercicio de profesiones u oficios inmorales o deshonestos, tales como actor, usurero, dueños de casas de prostitución, etc. También eran consideradas infames las mujeres viudas que se casaban antes del año de luto, los bígamos, los declarados en quiebra, los expulsados del ejército, entre otros.

Edad: factor relevante para la capacidad de hecho. Los romanos establecieron dos grupos: los impúberes y los púberes.

Los *impúberes* eran los varones y mujeres que no habían alcanzado la madurez necesaria para procrear. En un principio, la ley no tenía establecido el tiempo en el que comenzaba y terminaba la pubertad, sino que había que ver a cada joven en particular, teniendo en cuenta su desarrollo. Martin menciona la ''*inspectio corporis*" o "*habitu*

9. D. 4, 5.

10. D. 4, 5, 11.

11. Costa, J.C., *Manual de Derecho Romano público y privado*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 136.

12. Ídem.

13. Costa, J.C., *Manual de Derecho Romano público y privado*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 136.

14. Ídem.

corpori", una suerte de estudio médico que se realizaba en esta época, a la cual, los sabinianos adherían. Por otro lado, los proculeyanos eran partidarios de establecer objetivamente una edad: 14 años para los varones y 12 años para las mujeres. Esta última solución es la que toma Justiniano. Dentro de este grupo, se encuentran los *infans*: los niños que aún no hablan, extendiéndose hasta los 7 años en la época postclásica. Por su parte, Martin afirma que se los consideraba como "*incapaces de razonar o de tener conciencia de sus actos*"[15], por lo cual, eran incapaces de hecho absoluto, y no resultaban responsables por delitos cometidos por ellos. También se encuentran los niños de 7 a 10 años, que conforman la *infantia maior*. Estos niños tampoco eran capaces, pero estaban bajo tutela, por lo cual, el tutor, a través de las *auctoritas*, "completa" la capacidad del menor, siempre que exista un beneficio para él. La categoría de *pubertatis proximi*, está conformada por los menores que ya cumplieron 10 años, y son responsables por los actos ilícitos que realicen, por lo que tienen la responsabilidad de cumplir con las obligaciones que genere dicho acto.

Los *púberes*, son los varones que han cumplido 14 años, y aquellas mujeres que han alcanzado los 12 años. La diferencia entre ambos es que solo el hombre, que ha llegado a la pubertad, es quien adquiere plena capacidad jurídica.

Sexo: refiere a la diferencia de trato que el Derecho Romano dispensaba a la mujer y al varón. Así es que la mujer no se encuentra entre quienes desempeñan tareas públicas, con excepción de las que se relacionen con el culto, como vestal; el ejercicio de la patria potestad (es el *pater* quien adquiere tal poder) tampoco está contemplado en cabeza de la mujer, sin perjuicio de que, luego, Justiniano estableció ciertas excepciones; no puede actuar como testigo en los testamentos ni ser representante de otros en juicio o acusar públicamente a un tercero. Tenía permitido realizar actos que generen un beneficio patrimonial para sí, mientras que, para el resto de los actos jurídicos, para su validez era necesaria la *auctoritas tutoris*. La mujer "*salvo excepciones, se encuentra sometida a la potestad del pater si es soltera, a la manus si ha contraído matrimonio cum manu y a tutela perpetua si es sui iuris*"[16].

Enfermedades corporales y mentales: los ciegos no tenían permitido realizar testamento sin que se cumplan con los requisitos formales. Los sordos y mudos eran incapaces para realizar todo acto que necesite de formalidades que, por su condición física, no podía cumplirse. Los enfermos mentales o locos (*furiosi*) y los imbéciles (*dementes*, *mentecapti*), quienes eran incapaces de hecho absolutos, por no contar con las facultades mentales necesarias para el discernimiento. Aun así, conforme Argüello, "*el Derecho Romano les reconoció capacidad en los intervalos lucidos (lucida intervalla)*"[17].

Prodigalidad: el pródigo (*prodigus*), es aquel sujeto que dilapida su patrimonio. El Derecho Romano advertía estas situaciones y podía limitar, con la pronunciación del magistrado, la capacidad de hecho. Por lo que el prodigo, era un incapaz de hecho absoluto, similar al *maior infanta*, y debía ser asistido por un curador.

15. Martín, J.C., *Lecciones de derecho privado romano*, UNLP, La Plata, 2011, pág. 61.

16. Martín, J.C., *Lecciones de derecho privado romano*, UNLP, La Plata, 2011, pág. 61.

17. Argüello, L. R., *Manual de Derecho Romano: historia e instituciones*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 147.

La esclavitud

A partir del *status libertatis*, se establece una diferenciación entre hombres libres y esclavos. Citando a Florentino, la libertad es la "*facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo prohiban"* [18] *y* la esclavitud es "*una institución del ius gentium, por la cual uno se encuentra sujeto, contra la naturaleza, al dominio de otra persona."*[19] [20]

El esclavo, por su condición jurídica, se encuentra en una situación de incapaz, en tanto no le corresponde estar asentado en el *capítulo* del Censo conforme la tarea del censor. Para el esclavo no hay *capitis deminutio,* y al respecto Paulo expresa que "*nullum caput habuit*"[21] ("el esclavo manumitido no es disminuido de cabeza, porque no tuvo cabeza alguna"). Sin embargo, en la vida cotidiana realiza algunos actos que pueden tener consecuencias para el derecho, y por eso se le reconoce una capacidad de hecho. Asi, hay *caput servi* pero no hay *capitis deminutio* para el servi. En este sentido Di Pietro afirma que, en Derecho Romano, una capacidad no presupone a la otra[22], y con esta cuestión nos adentramos en el sistema jurídico actual donde ocurre lo contrario.

La legislación argentina

El Código Vélez

La capacidad como regla

El Código Civil de Vélez Sarsfield, sancionado por la ley 340 y que entra en vigor para todo el territorio argentino en enero de 1871, tiene raíz romanística. La capacidad como instituto jurídico resulta de vital importancia en lo que hace al concepto de persona, al punto de ser considerada, en el marco de las concepciones modernas, un *atributo de la personalidad*, de modo que todas las personas gozan de la capacidad de derecho. Y siguiendo los criterios postulados por el Derecho Romano, esta capacidad de derecho llevada a lo concreto, a la realización de los actos jurídicos, se nos presenta como una capacidad de hecho, de hacer, capacidad que se plasma en el plano de lo fáctico. En este sentido, se establece el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, debiendo estar previstas las causales de esta última, expresamente por la ley. Así lo establecia el art. 52: *"Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces"*[23]. Podemos observar una primera diferencia con la

18. D. 1, 5, 4, pr.

19. D. 1, 5, 4, 1.

20. Gayo. Op. Cit., Pág. 64

21. I. 1, 16, 4

22. Di Pietro, Alfredo, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 105

23. *Código Civil de la Nación*, http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_li-

regulación romana, puesto que, de acuerdo con nuestra normativa, todas las personas son capaces, no solo el hombre "jefe del hogar" o *pater familiae* como ocurría en el sistema romano.

Siendo entonces la incapacidad la excepción a la regla, el Código velezano regulaba las relativas, y las absolutas.

Son relativas algunas incapacidades de derecho. Cifuentes considera que ellas son "*establecidas por razones de orden público y para resguardar intereses generales. De igual modo, la capacidad de derecho o de ser titular de derechos es siempre relativa, pues no hay persona que actúe en la vida jurídica sin restricciones o prohibiciones derivadas de su estado, vinculaciones civiles y familiares*"[24]. En este sentido, por ejemplo, hay incapacidad jurídica en forma relativa para contraer matrimonio con un hijo o una hija, o en cuanto a las personas que pueden ser designadas tutores respecto de otras.

Entre las absolutas, nos referiremos a algunas de las incapacidades de hecho, previstas en el mismo Código en su art. 54: "*Tienen incapacidad absoluta: ..... 2° Los menores impúberes; 3° Los dementes; ...*",[25] disponiendo en el art. 58 la designación de un representante legal para estas personas.

Menores

Según el art.126, se considera menores a las personas que no hayan cumplido los 22 años, modificado por la Ley 17.111, que determina la edad en 18 años. A su vez, los menores pueden ser impúberes o adultos.

"Art. 127: "*son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.*"[26]

Este artículo, manteniendo la clasificación romana de *impúberes,* otorgaba a los mismos capacidad de derecho, pero no de hecho, en cuanto a derechos patrimoniales y personales[27], por considerar que no cuentan con la madurez necesaria para llevar a cabo dichos actos de manera segura. Por su parte, y en cuanto a los menores adultos, el Código los autorizaba a realizar determinados actos (art. 55), como reconocer hijos sin autorización del padre (art. 286), entre otros.

También en concordancia con la tradición romana, el Código de Vélez establece que, a partir de los 10 años, existe discernimiento para los actos ilícitos, y a partir de 14 años, para los actos lícitos (art. 921).

El "modelo tutelar" característico del Código, seguía un esquema de binomio "capacidad-incapacidad", superado como se verá más adelante, por las disposiciones contenidas en el CCC vigente.[28]

broI_S1_tituloII.htm (visitado el 27/05/2020, 11:20 hs).

24. Cifuentes, S., *Elementos del Derecho Civil: parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 176.

25. *Código Civil de Vélez*, https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/ (visitado el 27/05/2020, 11:45 hs).

26. *Código Civil de Vélez*, https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/ (visitado el 27/05/2020, 12:12 hs).

27. Cifuentes, S., *Elementos del Derecho Civil: parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 177.

28. Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires,

Dementes

La regulación del Código de Vélez determinaba que las personas sólo pueden ser declaradas incapaces, por determinación judicial, previa verificación médica (art. 140). Mediante esta sentencia, la persona encontraba restringida su capacidad, y debía contar con un representante que lo asistiría en el ejercicio de la misma. Cifuentes señala la existencia de un "régimen de vigilancia y de administración"[29], rol que correspondía a los curadores. A partir del dictado de la sentencia judicial la persona quedaba declarada como incapaz de hecho, por lo que todos los actos realizados sin la asistencia legal correspondiente, en cuanto a administración y disposición de bienes, resultarían inválidos (art. 472).

En cuanto a los actos realizados durante los llamados "intervalos lúcidos", el art. 141 del Código, apartándose de la solución romana que los consideraba válidos, establecía que: *"se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial"*[30]. Y con la ley 17.711, se modifica la redacción: *"Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes"*[31].

Inhabilitados

La Ley 17.711 incorpora este instituto en el Derecho argentino. El inhabilitado es una persona capaz, con determinadas limitaciones, debiendo ser asistido por un tercero (curador) que vigile sus actos. El inhabilitado podía celebrar cualquier acto o negocio, excepto los de disposición, para los cuales, necesitaba de la autorización del curador. Según el art. 152 bis, podía inhabilitarse judicialmente a alcohólicos y consumidores de estupefacientes (habituales), a los que tengan disminuidas sus capacidades mentales, y a los pródigos.

De esta forma, al igual que ocurría en el sistema jurídico romano, se apunta a proteger el patrimonio de las personas que lo dilapidaban, quedando el mismo preservado tanto para la persona misma como para sus descendientes, previendo con ello también evitar consecuencias no queridas en cuanto a los derechos hereditarios.

Código Civil y Comercial de la Nación: Nuevo paradigma

El CCC entra en vigor a partir del 1° de agosto de 2015, mediante la sanción de la ley 26.994, derogando el viejo Código de Vélez. En cuanto a la capacidad, este código parte desde una perspectiva de derechos humanos, respetando la integridad de cada individuo

ed. Estudio, 2015, Tomo 1, pp. 139.

29. Ídem, pág. 195.

30. *Código* Civil de Vélez, https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/ (visitado 27/05/2020, 12:57)

31. *Código* Civil de Vélez, https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/ (visitado 27/05/2020, 12:58)

en particular, por lo que "*la Reforma respeta las pautas del derecho convencional de los derechos humanos superando así el test de constitucionalidad y de convencionalidad exigido a los Estados firmantes de los tratados y convenciones internacionales.*"[32]

El CCC mantiene vigente el principio velezano, al establecer que toda persona humana goza de la aptitud para adquirir derechos y ejercerlos por sí mismos, con las excepciones estipuladas en la ley. La ley puede limitar la capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados (arts. 22 y 23). Asimismo, el art. 22 se refiere a la capacidad de derecho como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, dejando de lado la definición de persona que Vélez había planteado, con el fin de destacar el instituto jurídico de la **capacidad** como uno de los atributos de la persona. En cuanto a la capacidad de hecho, los codificadores han reemplazado dicha expresión por la de "capacidad de ejercicio", en busca de una mejor precisión terminológica, incorporando modificaciones a la regulación que establecía Vélez, teniendo en cuenta tanto fuentes convencionales como la Convención de los Derechos del Niño, así como también leyes internas como la Ley de Salud Mental N°26.657, entre otras.

Así es que en su art. 24 enumera a los incapaces de ejercicio: "*Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo* (menores de edad)*; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión"*. Herrera advierte una diferencia entre incapacidad de derecho e incapacidad de ejercicio, señalando que la incapacidad de derecho "*no puede ser suplida por la actuación, o intermediación de otra – tal como si ocurre, en cambio, en la incapacidad de hecho –"*[33].

Restricción de la capacidad

Las reglas generales respecto a la determinación de la restricción de la capacidad, que debe ocurrir solamente en casos excepcionales y con el propósito claro y preciso de proteger a la persona, quedan plasmadas en el art. 31: "*La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades*". Estos preceptos conforman un núcleo mínimo, que debe respetarse para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad de toda persona.

En coincidencia con la línea de pensamiento internacional, el CCC establece como

32. Caramelo, G., Herrera, M., Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 61.

33. Ídem, pág. 57.

regla general la capacidad. Sólo de forma excepcional y en última instancia, con el objeto de resguardar los derechos de la persona, es que se apela al recurso de restringir su ejercicio, debiendo establecerse un "sistema de apoyos" que designará el juez (arts. 32 y 34), constituyendo esta pauta otra novedad en el CCC. *"Se supera con ello el enfoque patrimonialista con que la doctrina históricamente calificó al Código de Vélez, centrando la atención en la protección de la persona y en la recuperación de su salud."*[34]

En cuanto al proceso por el que se debe solicitar la incapacidad o restricción de la capacidad, el CCC legitima para solicitarla, ente otras personas (art. 33), al interesado: "*La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa [...]*" (art.36). La sentencia que así lo declare, debe comprender la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos o (art.38).

Menores y adolescentes

Se mantiene la mayoría de edad a los 18 años, por lo que toda persona que no haya cumplido la misma es considerada menor. Encontramos en esta categoría a los niños, y se incorpora la figura del adolescente, dejando atrás la figura del *impúber* prevista en el Código Velezano. El art. 25 del CCC establece: "*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años*".

En este punto resulta importante mencionar el cambio de paradigma que desde la concepción internacional marca que, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, se sostiene que el menor no es considerado como objeto de protección o de tutela, sino que se lo considera como un verdadero sujeto de derecho. Se pone énfasis en el "*interés superior del niño"* como herramienta rectora, conceptualizándose dicha expresión en forma integral, comprendiendo entre otras cosas el derecho a ser oídos, el respeto al pleno desarrollo familiar, social y cultural. Así, se afirma que *"a mayor desarrollo o madurez del niño, mayor peso tendrá su opinión a la hora de delimitar o definir su interés superior."*[35]

Autonomía progresiva

Se incorpora el principio de autonomía progresiva, el cual "*[...] en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia, derivada del campo bioético. Este parámetro, independientemente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad; alcanza con que se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir.*"[36]

34. Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, ed. Estudio, 2015, Tomo 1, pp. 182.

35. Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, ed. Estudio, 2015, Tomo 1, pp. 138

36. Caramelo, G., Herrera, M., Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág.68

Respecto al ejercicio de sus derechos, el art. 26 determina que los menores sólo pueden hacerlo a través de sus representantes legales. Sin embargo, si el menor cuenta con edad y madurez suficiente, puede ejercer por sí solo ciertos actos que la ley le permita. Se presume que el adolescente con edad entre 13 y 16 años puede decidir sobre tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En caso contrario, su consentimiento deberá contar con la asistencia de sus progenitores, y ante un eventual conflicto de intereses con ellos, podrá solicitar asistencia letrada. Además, se considera que el adolescente al cumplir 16 años es un adulto, en cuanto a las decisiones respecto al cuidado de su cuerpo, así como también en otros ámbitos de la vida ciudadana como es el ejercicio del sufragio.

El eje rector en esta parte de la normativa es que los niños deben ser escuchados, y de acuerdo a cada caso, recibirán protección y acompañamiento, encontrando el punto en común con la regulación romana que fue implementando diversas soluciones para los menores de 25 años que por su inexperiencia necesitaran de una asistencia, llegando a la solución jurídica exitosa que consistió en recurrir a un curador al momento de realizar el acto.

El concepto de "poder" parental sostenido en la normativa de Vélez pasa a desaparecer, dando lugar al de "responsabilidad" parental, donde el principio es también, que la capacidad del menor es la regla.[37]

Dementes

En primer lugar, dejaremos en claro que el término que titula el presente apartado ha sido desplazado por una nueva perspectiva. *"Se pretende que la intervención del Estado sea mínimamente invasiva...* y *...que el sujeto pueda ver realizados plenamente sus derechos, en el contexto de sus capacidades residuales."*[38]

Así, el art. 32 contempla los casos de quienes padecen *"una adicción, o una alteración mental permanente o prolongada"*, y en consonancia con las disposiciones prescriptas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el juez en estos casos puede restringir la capacidad, debiendo designar, además, los apoyos previstos en el art. 43.

Inhabilitados

El CCC establece más adelante, en el art.48: "*Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes*".

37. Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, ed. Estudio, 2015, Tomo 1, pp. 134.

38. Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, ed. Estudio, 2015, Tomo 1, pp. 160.

Por lo tanto, se regula en forma separada el caso del pródigo, dejando a las otras figuras contempladas en el antiguo art. 152 bis (alcohólicos y consumidores de estupefacientes) fuera de esta norma y reguladas bajo el régimen general de capacidad restringida.

Conclusión

Desde los albores del Derecho en Roma, en que sólo se reconocía al hombre, el *pater,* el jefe de familia, con una plena capacidad de derecho y, de hecho, las sociedades presentan nuevas estructuras. La convivencia se regula a través de una trama normativa, que tiene como objetivo al mismísimo hombre y que se hace real y se concreta a través del instituto jurídico que es la Capacidad.

La capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio son como dos caras de una misma moneda, y se trata de un camino que va de la potencia al acto. La recepción de los postulados romanos en nuestro derecho, con Vélez, se ha adecuado a su época, sentando el principio de que todas las personas son sujetos de derechos, y, por lo tanto, sujetos capaces. La titularidad (potencia, capacidad de derecho) se lleva al acto (capacidad de ejercicio). Las causales de incapacidad que el Código Civil había adoptado vienen en línea con algunas de las propuestas por el Derecho Romano, como el caso de los menores, dementes y pródigos.

La entrada finalmente en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ha tomado una postura, en cuanto a capacidad, basada en las distintas fuentes convencionales de Derechos Humanos, que nuestro país ha adoptado, priorizando la autonomía personal del sujeto, donde la capacidad de derecho como atributo de la personalidad se confirma, y su puesta en práctica se preserva, de modo que la declaración de incapacidad de una persona, debe ser considerada como último recurso, apuntando a su desarrollo integral y protección.

Con la inclusión del concepto de autonomía progresiva se hacen presentes el casuismo y la dinámica propios del Derecho Romano, que fue abriendo nuevas formas de resolver cuestiones jurídicas, de acuerdo a lo que la realidad planteaba. El paradigma que se instala al respecto en nuestra sociedad con la regulación dispuesta en el CCC, contempla estas nuevas consideraciones con miras al sano desarrollo de las personas, en una regulación que hace que cada individuo, de acuerdo a sus características, sea responsable de sus actos en un espacio que siempre debe ser cuidado y respetado, "*en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad"* , conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Surge a todas luces la "familia" y el "patrimonio familiar" como bien jurídico tutelado, principio que, una vez más, nos remite al Derecho Romano.

Cerrando entonces este trabajo volvemos sobre la cita de Hermogeniano. Todo el derecho, entonces, constituido por causa de los hombres, llega a su plenitud a través de la Capacidad, que hoy se define como un atributo de la personalidad, y es el camino para gozarlo y vivirlo de manera integral, afirmando la realización y la dignidad de la persona.

Bibiografía

Ameal, O. J. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*. tomo 1. Buenos Aires : Estudio.

Argüello, L. R. (1976). *Manual de Derecho Romano : historia e instituciones*. 3ra ed. Buenos Aires : Astrea.

Cifuentes, S. (1999). *Elementos del derecho civil : parte general*. 4ta ed. Buenos Aires : Astrea.

Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

DI Pietro, A. (1982). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Depalma.

Di Pietro, A. (2013). *La cuestión de los derechos subjetivos en el Derecho Romano*, Buenos Aires : Ediciones Universidad del Salvador.

Di Pietro, A. (2009). *Derecho privado romano*. 3ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Gayo. (1997). *Institutas : 1 y 8*.5ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.
Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Mexico D. F. : Porrúa.

Martín, J. C. (2011). *Lecciones de derecho privado romano*. La Plata : Universidad Nacional de La Plata.

Código Civil con notas. Recuperado de https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de
https://drive.google.com/file/d/13-Wrv4HRNvGTTu6NwHhvRU7fu2fNn09L/view

Caramelo, G.; Herrera, M.; Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. tomo 1. Buenos Aires : Infojus.

Formas de Estado y formas de gobierno : Roma vs. Estado Moderno

María Belén Rendón[1] y Mariana Zaffaroni[2]

1. Estudiante Universidad de Buenos Aires.

2. Universidad Abierta Interamericana.

Gobierno. Definición, sus diferentes formas y su paralelismo con Roma

Es por ello que, para comenzar, tomaremos como punto de partida una problemática que desde antaño ocupa a los autores de la filosofía, la política y el derecho, como es la cuestión de las formas de gobierno. Existen múltiples variantes y sus diferencias radican en los enfoques de los autores. El primer teorizador de este tópico es Aristóteles[3], quien a lo largo de sus obras encara diferentes aspectos de la organización política, siendo la clasificación de las distintas formas de gobierno uno de sus trabajos más importantes.

Aristóteles deduce seis formas de gobierno, a partir de dos criterios: el cualitativo, que tiene su base en la virtud política de los gobiernos, es decir, si son buenos (formas de gobierno puras) o malos (formas de gobierno impuras); y el cuantitativo, que radica en el número de personas que ejercen ese gobierno, es decir, una, pocas o muchas. De esta manera, las formas puras se clasifican en: *monarquía*, en donde gobierna una sola persona – rey – que ejercita el poder en pos del interés público; *aristocracia* que es el gobierno de pocas personas, también conocida como "gobierno de los mejores", que tiene por fin efectuar la dirección de la sociedad en beneficio del bien común; y la *democracia* en la que la mayoría de los ciudadanos participa del gobierno en favor del interés común de toda la sociedad, deviniendo ésta en una república cuando impera el respeto por la ley y el mantenimiento del equilibrio social, fruto de la clase intermedia gobernante que buscará apegarse a los intereses comunes por sobre el antagonismo entre los ricos y pobres.

Aristóteles indica que las formas puras de gobierno devienen en impuras cuando: la monarquía se transforma en una *tiranía*, es decir, que el rey deja de gobernar en pos de la comunidad para ejercer el poder despóticamente en su propio beneficio y el de su corte; la aristocracia se convierte en *oligarquía* cuando los gobernantes direccionan el poder para su beneficio exclusivo con el fin de acrecentar sus riquezas en detrimento de la mayoría; y la democracia se distorsiona en *demagogia* en el momento en que la mayoría que gobierna comienza a dirigir ese poder para auto beneficiarse, ejerciendo políticas que van en contra de una minoría.[4]

Inspirado por Aristóteles y las diferentes formas de gobierno expuestas previamente, Nicolás Maquiavelo[5] realiza su propio postulado a partir del establecimiento de una bipartición respecto de esta temática. Es decir, considera que el *principado* y la *república* son las únicas dos formas de gobierno que pueden existir, tomando como base el crite-

3. Aristóteles fue un filósofo, polímata y científico de la Antigua Grecia. Fue discípulo de Platón y maestro de Alejandro Magno. Escribió aproximadamente 200 obras de diversos temas, entre ellos de filosofía, lógica, metafísica, política, ética, etc. Las mismas se reúnen en el *Corpus Aristotelicum,* el cual se divide en cinco tópicos. El desarrollo del tema expuesto en esta monografía pertenece a su obra *Política* (siglo IV a.C.) que compone el tópico *Ética y Política*

4. Carlos Gómez Díaz de León, politólogo mexicano, desarrolla las *formas de gobierno según Maquiavelo* en *Capítulo 2: Sistema político y formas de gobierno* en *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria* de Xóchitl Arango Morales (2015, p. 42).

5. Nicolás Maquiavelo fue un funcionario político, diplomático, filósofo y escritor italiano. Es considerado padre de la Ciencia Política moderna y figura relevante del Renacimiento. Escribió numerosas obras, siendo *El Príncipe* (escrita en 1513 y publicada en 1532) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (III vol. 1512-1517) las más importantes. Algunos de los postulados de esos trabajos fueron utilizados para la realización de esta monografía

rio cuantitativo, ya que la diferencia entre ambas radica en el número de personas que participan en la actividad gubernamental. Por consiguiente, el principado se caracteriza por la presencia de un príncipe que acumula en sí mismo todo el poder del reino y lo ejerce de acuerdo a su voluntad; mientras que la república tiene dos variantes: por un lado, puede aparecer como república aristocrática (gobierno de pocas personas); por otro, como *república democrática* (gobierno de muchas personas), teniendo ambas en común la conformación de una voluntad colectiva que ejercita el poder a través de una asamblea o cuerpo colegiado, independientemente de que la desempeñen pocos o muchos.

Maquiavelo reconoce a esas dos tipologías de gobierno como las únicas posibles, afirmando que los "estados intermedios", es decir aquellos que no adoptan ni el principado ni la república y no logran dirigirse con un régimen que los abarque y los supere, son defectuosos ya que conducen a la inestabilidad. Sin embargo, admite que ninguna de esas dos formas en su estado absoluto se erige como la mejor posibilidad de gobierno, dado que para Maquiavelo la manera más sobresaliente de ejercer el poder es a través de un *"gobierno mixto"*, el cual fundamenta con la *res publica romana*.

Maquiavelo indica que el gobierno mixto que aparece en Roma tiene dos características importantes que la hacen una "república perfecta": por un lado, la estabilidad; por el otro, la capacidad de reunir en un solo régimen tres elementos: monárquico, aristocrático y democrático. En primer lugar, para el autor, el componente monárquico puede encontrarse en el período republicano de gobierno que se desencadena tras la caída de la monarquía, cuando se establece, de manera inmediata para reemplazar al rey, el cargo de los Cónsules, quienes presiden el Senado y gozan del *ius imperium* y del *ius potestas* que poseía anteriormente el monarca. En segundo lugar, el factor aristocrático puede verse en el Senado, de composición selecta y funcionando, tal como nos enseña Costa, "como la verdadera columna vertebral de la organización política de Roma."[6]

Si bien, en tiempos de la República este órgano amplió considerablemente su composición, admitiendo en su seno a ex magistrados plebeyos, nunca abandonó su lugar como fuente de poder e influencia a lo largo de todas las formas de gobierno que transitó Roma. En tercer lugar, el elemento democrático puede visualizarse cuando, como producto de la intensa lucha social de clases entre patricios y plebeyos que finalmente lleva a la obtención de igualdad por parte de éstos últimos, nace el tribunado y la edil de la plebe. Asimismo, podemos reconocer otro elemento democratizante en los comicios, que gozan durante la República de su época de mayor esplendor, tanto en su función electoral (para elegir magistrados anualmente) como legislativa (en el voto de las leyes rogadas), para mencionar solamente algunas de sus múltiples facultades.

Maquiavelo asegura que el régimen del gobierno mixto es aquel que arbitra las vías necesarias para que el pueblo pueda desahogar su ambición a partir de la satisfacción de sus exigencias. De esta manera, el gobierno logra contar con el apoyo de la clase plebeya en los asuntos más importantes, como enrolarse en el ejército en situación de guerra, entre otros. Lo manifestado no es un tema menor ya que dicha clase constituye la mayoría de la población de Roma por lo que resulta imprescindible que presten su acuerdo y cooperación con las políticas llevadas a cabo. [7]

6. Costa, J. C. (2007) – Manual de Derecho Romano público y privado – Lexis Nexis – Buenos Aires, Argentina.

7. Mariana Ardiles Thonet, politóloga chilena, desarrolla el *gobierno mixto* de Maquiavelo en *El régimen mixto en Aristóteles*

El autor afirma que el fin de la monarquía en Roma no significó ni otorgarles el poder a los nobles ni mucho menos quitarles autoridad para atribuirle el mando del gobierno al pueblo, sino que esos tres elementos conviven mezclados, permaneciendo en conjunto y dando lugar a una república perfecta. Maquiavelo indica que la perfección de este gobierno mixto se materializa en la conducción a la verdadera estabilidad. Es decir, tiene la capacidad de durar por tiempo prolongado en el poder, a partir de que la coexistencia de ricos y pobres en el gobierno permite reducir el conflicto social. Si bien el filósofo reconoce que la igualdad obtenida por la plebe no constituye un límite para la confrontación constante de clases, afirma que el conjunto de los sectores antagónicos (patricios y plebeyos) en un solo régimen gubernamental termina garantizando la libertad interna y el mantenimiento de la paz social en Roma. [8]

Estado. Definición y su visualización en Roma

El estado es la máxima organización política que se erige sobre un territorio

determinado y centraliza bajo su figura el ejercicio del poder y de las relaciones políticas a través de un aparato burocrático, exhibiendo el monopolio legítimo de la coacción y la coerción. [9] De esta manera, comprende la estructura política (la cual se exterioriza a través de la forma de gobierno), económica y jurídica. Asimismo, se caracteriza por su encarnación territorial y la población que la habita, elementos que limitan la extensión del *ius potestas* y el *ius imperium* por parte del estado.

Norberto Bobbio considera que es complejo explicar este concepto dado que dentro de la teoría política no hay certeza sobre el surgimiento del estado, es decir, si es que nació con la disolución de la comunidad primitiva, en donde el poder imperante pasa de la organización familiar a la organización política; o si el estado es producto de la Modernidad, ya sea que comienza con la acumulación del poder sobre el rey en los regímenes absolutos, o en los posteriores estados-nación, que se organizan políticamente a base del derecho y la división de poderes. Autores como Bidart Campos sostienen que el término "estado" aplica a toda organización política que haya existido, sin importar sus características específicas o la forma de gobierno utilizada. Si hay un territorio, una población, un poder y un gobierno, para el constitucionalista argentino hay un estado. Ello no obsta a que aclare en su obra que muchos autores reserven el término estado para "mencionar únicamente a una forma concreta e histórica de organización política (...)"[10] para éstos "el estado es sólo el estado moderno, y no las organizaciones políticas anteriores (antiguas y medievales) ..."

Esta diferencia doctrinaria entre los autores se debe, entre otras cosas, a que Ma-

y Maquiavelo: La conjunción de pobres y ricos en un gobierno estable (2014, p. 5-11).

8. Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1987, p. 33-46) en *El régimen mixto en Aristóteles y Maquiavelo*: *La conjunción de pobres y ricos en un gobierno estable* de Mariana Ardiles Thonet

9. Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la Política* (1989, p. 68-100) en *Capítulo 2: Sistema político y formas de gobierno* de Carlos Gómez Díaz de León, perteneciente al libro *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria* de Xóchitl Arango Morales

10. Bidart Campos, G. (2005) – Lecciones elementales de política – Ediar – Buenos Aires, Argentina

quiavelo fue el primer teórico político que introdujo la noción de *estado* (en italiano, *lo stato)*[11], reconociendo que este término dentro del legado romano se formula abarcando desde la organización política que comienza en estructuras simples, como el hogar y la familia, para pasar a diferentes periodos de gobierno, por los cuales le otorga reconocimiento a la República y al desenvolvimiento de su gobierno mixto.

Según el autor, los elementos del modelo estatal occidental se crean a partir de los pilares instaurados en Roma. Por un lado, el elemento formal a partir de un orden jurídico (personificado en el Derecho Romano y en el reconocimiento diferenciado entre ámbito público y privado) bajo un poder político soberano determinado a través de la forma de gobierno y la ejecución del *ius imperium* y el *ius potestas*. Y por el otro lado, el elemento material del estado en cuanto la población que vive dentro de un territorio determinado[12].

Nicolás Maquiavelo también sostiene la importancia de la unificación nacional como principio elemental de cualquier Estado, ya que dicha unidad es sinónimo de estabilización y bienestar general[13]. La unificación nacional como elemento de poder podrá distinguirse luego de la Revolución Francesa de 1789.

Al momento de hablar de las diversas formas de estado cabe destacar que la multiplicidad de esquemas existentes se forja a partir de la concepción de Estado Moderno.

Surgimiento del Estado Moderno. Sus diversas estructuras: Estado absolutista y Estado de Derecho

Se considera que el Estado Moderno surge durante la época del *Renacimiento* (siglos XV-XVI) como respuesta a la crisis del feudalismo, sistema político dominante en Europa Occidental durante una buena parte de la Edad Media.

Para contextualizar, el *sistema feudal* se caracteriza por ser un modo de organización política que se perpetúa a través de la explotación de la tierra. Es decir, se trata de un régimen de gobierno monárquico-señorial en el que la tierra representa un espacio político, social y económico, donde el *vasallo*, poseedor de la misma, le otorga protección y un área de asentamiento a sus *siervos*, a cambio de que éstos trabajen dichas tierras. El orden de dominación política queda reducido a las relaciones interpersonales, representadas por el vínculo de vasallaje, que ubican en la cúspide de ese orden jerárquico al *señor*, propietario de las tierras, titular de gran investidura y del deber de fidelidad, y a quien los vasallos deben otorgarle servicios y rendirle homenaje. Por encima de esa jerarquización se encuentra el *rey,* a quien se le otorga reconocimiento por su carácter de monarca y representante del reino, pero que no ejerce poder soberano alguno, no administra el régimen de vasallaje, ni se entromete en los derechos señoriales. No tiene

11. Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe* (1988, p. 63 y ss.) en *Del Estado absoluto al Estado neoliberal* de Jaime Fernando Cárdenas Gracia

12. Marcela Echandi Guardián, abogada, filósofa y catedrática costarricense, desarrolla *el Estado según Maquiavelo* en su artículo *El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la Teoría del Estado* (2009, p. 170).

13. Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe* (1988, p. 63 ss.) en *Del Estado absoluto al Estado neoliberal* de Jaime Fernando Cárdenas Gracia.

el monopolio legítimo de la fuerza y, en suma, tampoco crea ni aplica la ley. Por consiguiente, el derecho único que rige en este sistema es considerado de origen divino, y es, por lo tanto, es inviolable y si es transgredido el castigo es aplicado por el vasallo o el señor, según sea el caso[14].

La crisis del feudalismo, que da como resultado la formación del Estado Moderno se suscita a raíz de diferentes causas. En primer lugar, el agotamiento de tierras fértiles para cultivar, lo que produjo hambrunas y variadas enfermedades contagiosas (como la peste negra) que lleva a la pérdida de gran parte de la población trabajadora. En segundo lugar, por la caída de los sembrados, se buscan mejorar las técnicas agrícolas, lo que conlleva a una revolución de los métodos de cultivo y, por ende, a una nueva distribución de la propiedad territorial que pone en jaque a la propiedad feudal. En tercer lugar, el descubrimiento de nuevas riquezas, tanto en Europa, como fuera de ese continente, más las nuevas técnicas agrícolas fomentaron el crecimiento del comercio y de la apertura económica que dieron lugar a una nueva clase social: la *burguesía* . En cuarto lugar, la invención y difusión de la imprenta, junto con el suceso de la Reforma Protestante, generan una corriente secularizadora que significa el fin del monopolio de la iglesia. En quinto y último lugar, el descubrimiento de la pólvora y la expansión de su uso promueve el acceso a la adquisición de armas de fuego lo que termina conduciendo a la formación de grandes ejércitos nacionales (dirigidos en primera instancia por los señores feudales más poderosos para luego pasar a ser liderados por el rey)[15].

El fin del feudalismo y la instauración de los primeros Estados Modernos dan inicio a una nueva etapa histórica conocida como *Edad Moderna* (siglos XV-XVIII). Y la forma en la que se van a materializar en este periodo dichos Estados Modernos bajo la forma del *Estado absolutista*.

El Estado absolutista tiene por característica principal la concentración exclusiva del poder en la figura del rey, que es la personificación de la máxima autoridad política. Queda subordinada a su persona la Iglesia, la administración y dirección de los ejércitos nacionales, como así también, el control sobre sus súbditos (la población), a través de un sistema impositivo y burocrático. Asimismo, en él reside la fuente de la legislación, la jurisdicción y la soberanía[16]. Todos los recursos materiales, financieros, humanos, militares, burocráticos y jurídicos se ponen a disposición del rey, contemplando incluso que la única rivalidad posible, de existir, es aquella que acaece entre Estados ya que, en el interior del mismo, todo y todos están obligados a rendirle obediencia a la autoridad del monarca[17].

En el campo militar, el Estado absolutista es precursor del *territorium clausum* [18]a

14. Arthur Benz, politólogo alemán, habla sobre el *feudalismo* en su artículo *El Estado Moderno. Fundamentos de su análisis politológico*[13] (2012, p. 243-246).

15. Hermann Heller, jurista y politólogo alemán, desarrolla el *feudalismo* en su libro *Teoría del Estado* (2014, p. 167) en *Del Estado absoluto al Estado neoliberal* de Jaime Fernando Cárdenas Gracia.

16. Rafael del Águila Tejerina, catedrático y politólogo español, explica la *formación del Estado Moderno* en su *Manual de Ciencia Política* (1997, p. 43).

17. Jaime Fernando Cárdenas Gracia, abogado y catedrático mexicano, desarrolla el *Estado Moderno* en *Del Estado absoluto al Estado neoliberal* (2017, p. 25-26).

18. Alfonso Ruiz Miguel, catedrático de Filosofía del Derecho en España, desarrolla el poder absoluto del monarca en su

partir del cual se oficializa que el rey posee el monopolio legítimo de la violencia, por lo que todos los ejércitos pertenecientes a los antiguos señores feudales (ahora conocidos como *nobles*) pasan a ser de su propiedad para ser ejercidos en nombre de la defensa de la corona.

En el campo jurídico, este Estado se forja sobre el principio *princeps legibus solutus est*[19] del Derecho Romano. Dicho principio es estipulado en el *Digestorum* de Justiniano[20] y significa que el rey no está sujeto a la ley, sino más bien que está por encima de ella. Hace alusión a que ejerce su autoridad sin ningún tipo de límites, fundamento que el absolutismo sustenta a partir de la idea de que el monarca le rinde cuentas únicamente a Dios, quien sabiamente lo ha elegido para ocupar esa poderosa posición y, por ende, contradecirlo simboliza contradecir a Dios. Los autores de la época, enrolados en la corriente del contractualismo, hablan por un lado del contrato o pacto social entre las sociedades civiles, que para abandonar el estado de naturaleza deciden crear el estado; y por otro, del pacto de sujeción, por medio del cual, esa sociedad civil, devenida en sociedad política, acuerda con el monarca la obediencia a sus leyes, que son dictadas por él pero a las que no se encuentra sujeto.

Claro está que la forma de gobierno adoptada por el Estado absolutista es la monarquía. Si se remonta a los teóricos expuestos al principio de este trabajo, podría afirmarse que Aristóteles la catalogaría de tiranía ya que el rey gobierna de manera despótica, de acuerdo a su propio interés y beneficio, sin rendirle cuentas a nadie y amedrentando a todo aquel que ose oponerse a su persona. A la opinión del filósofo griego podrían oponerse las justificaciones que Hobbes, defensor acérrimo del absolutismo monárquico, esgrime a favor de la idea de que el rey debe encontrarse por encima de la ley. Él la dicta y la impone, pero no se encuentra sujeta a ella. Hobbes en su Leviathan, describe un funesto estado de naturaleza en el que los hombres viven en constante guerra unos con otros; y esto debido a que, al no existir leyes positivas, no hay por lo tanto prohibiciones, y todos pueden hacer lo que se fuerza les permita garantizarse. Este deprimente estado de naturaleza llevaría al hombre a buscar crear un estado político en el que se impongan leyes iguales para todos, que prohíban a todos lo mismo. Para que esas leyes sean eficaces, el rey que es quien las dicta, no debe estar sujeto a ellas, porque de lo contrario sería un ciudadano más y no tendría por tanto la potestad de dictar e imponer las normas a sus iguales. Por otro lado, también puede criticarse el análisis que Aristóteles, tomando como parámetro sus categorías de formas de estado, podría hacer sobre las monarquías absolutas de la modernidad, y tildándolas de tiranías. Si tenemos en cuenta que "absoluto" significa sin control sobre el gobernante y simultáneamente la ausencia de responsabilidad de este frente a la comunidad por sus actos de gobierno, no implica de suyo un gobierno tiránico en los cánones aristotélicos. El riesgo principal que se corría al no haber poderes que controlaran o contrapesaran al monarca, era que vivir bajo un buen gobierno o bajo un pésimo gobierno dependía en última instancia de la personalidad y la voluntad del

obra *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (1996, p. 19).

19. *Digestorum* Lib. I, Tit. IV (533 d.C., p. 237-238).

20. Según José Carlos Costa, en su *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Justiniano "ha sido el último de los emperadores con sentido y pensar romano". En el orden jurídico tuvo gran importancia la Compilación Justinianea, denominada *Corpus Iuris Civilis*. El *Digestorum* e encuentra dentro de esa compilación (2016, p. 103 y 107-108).

rey. Esto no constituye al absolutismo en una tiranía per se, pero claramente es mucho más sencillo incurrir en una forma impura en este caso, que cuando existen poderes y contrapesos que ponen límites jurídicos y políticos al rey.

El estado absolutista se extiende hasta 1789, año en que sobreviene la *Revolución Francesa*. Se considera que este hito destruye dicho régimen como forma de estado y finaliza la Edad Moderna. Las causas que llevan a este suceso histórico tienen un basamento político y socioeconómico. En primer lugar, el choque de intereses entre el rey, y la imposición despótica de su autoridad, y la nobleza, la clase más alta e influyente de la sociedad que no acepta ver sus incumbencias desfavorecidas por las medidas adoptadas por el monarca. En segundo lugar, la no tan nueva clase burguesa que emerge de la crisis feudal, no se ve representada por el régimen absoluto. Los burgueses comienzan a acumular poder económico, sin embargo, no pueden acceder al poder político ni pueden ascender socialmente ya que no son parte de los estamentos sociales clásicos, lo que genera también enemistad con la nobleza. En tercer lugar, el empobrecimiento de las clases populares, que son las más afectadas por las medidas impositivas establecidas a favor de la Corona. Y en cuarto y último lugar, el surgimiento de un nuevo movimiento cultural e intelectual denominado *Ilustración,* que promueve nuevas ideas políticas como la teoría de la *división de poderes* y otorgar mayor relevancia al término *nación* (ya existente durante el absolutismo, pero ahora con el foco puesto en él), entre otros.

De esta forma, con la *Edad Contemporánea* (1789 hasta la actualidad), nace el *Estado de Derecho*, el cual cuenta con muchas acepciones, ya que algunos lo denominan Estado Liberal, otros Estado Democrático, otros Estado Constitucional, etcétera. Lo que todos los conceptos tienen en común es que este Estado nace a partir de la Revolución Francesa. Es muy difícil caracterizarlo minuciosamente ya que se instituye con diferentes variantes de acuerdo con el país que lo lleva a cabo, pero sí pueden describirse algunos elementos genéricos que lo componen.[21]

El Estado de Derecho ya no pone su foco en los estamentos sociales ni en los privilegios inherentes a cada uno de ellos, sino que la importancia está en la población. La soberanía no se considera ya como atributo de la persona del monarca, sino que pertenece a la nación. Y las personas que componen esa nación, no son meros miembros de esta, sino que se les reconoce su carácter de ciudadanos, titulares de derechos y obligaciones. La máxima expresión de este reconocimiento es el dictado en 1789 de la *Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*[22], producto directo de la Revolución Francesa. Esta Declaración es precursora en materia de derechos humanos, como así también, impulsora en el desarrollo de la noción de *Constitución*, como ley suprema rectora de un Estado, y promotora del principio de división de poderes.[23]

Estos elementos son de vital importancia en el Estado de Derecho ya que, en primer lugar, se erige desde la base de la división de poderes, lo que se materializa como un sistema de gobierno de pesos y contrapesos, en donde ahora el poder no está deposita-

21. Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (1996, p. 19-33). Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26/08/1789

22. Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (1996, p. 34).

23. En su Artículo 16 determina *"Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".*

do en su totalidad en una sola persona, que lo maneja a su *gusto e piacere*, sino que se ejerce desde diferentes órganos estatales autónomos e independientes entre sí que van a controlar y limitar que el poder no predomine en ninguno de ellos y, de esta manera, evitar su abuso garantizando la libertad política y social. Y, en segundo lugar, porque el Estado de Derecho se construye estableciendo como base a la Constitución, la cual constituye la ley suprema de todo el ordenamiento jurídico, en cuanto manifestación y reconocimiento de los derechos, deberes y garantías de los ciudadanos de esa nación, como así también de la estipulación de la forma de gobierno y de los poderes e instituciones referidas a la organización política estatal.

Si volvemos nuevamente a las consideraciones de los teóricos expuestos al principio de este trabajo, se podría afirmar que la Revolución Francesa alienta un Estado que adopte como forma de gobierno, la "república perfecta" que Maquiavelo describe en relación al periodo republicano romano. Esto es así, ya que el filósofo florentino afirma que la convivencia de las clases antagónicas en el poder conduce a la estabilidad y a la reducción del conflicto social, en cuanto que ambas pueden satisfacer sus necesidades. En el caso de los Estados de Derecho, luego de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, se reconoce la igualdad entre los ciudadanos otorgándole a cualquier persona la oportunidad de participar en el sistema político. Asimismo, con la promoción de una Constitución, se busca el reconocimiento de los derechos humanos del pueblo y, de esta forma, un gobierno que garantice las exigencias de su sociedad, como así también, el mantenimiento de la paz y la libertad.

Dos ejemplos de Estados de Derecho que toman diferentes variantes a la hora de encauzar su forma de gobierno luego de 1789 son: por un lado, Inglaterra que estipula que el control de su soberanía sea compartido entre la Corona y el Parlamento, es decir, opta por la monarquía parlamentaria como régimen de gobierno, en cuanto una persona -rey- tiene la representación oficial del Estado, mientras que un grupo de personas bajo la figura del Parlamento y su actividad legislativa controlan y limitan el poder público en función de la sociedad. Y Francia, que deposita la soberanía en los ciudadanos, a partir de sentar bases que den lugar a la conformación de un gobierno democrático en donde el pueblo gobierne, a través de mecanismos de participación que les permitan otorgarles legitimidad a sus representantes.

Ius potestas e ius imperium. Utilización en Roma. Utilización en los Estados Modernos como medios de legitimación gubernamental

Luego de la caída del Imperio Romano, el *Derecho Romano*, tanto público como privado, resurge en Europa Occidental en el siglo XII con la Escuela de los Glosadores, quienes tienen su origen en la Università di Bologna, y se dedican a estudiar, interpretar y comentar la ley romana. Poco a poco su influencia va creciendo, y va dando lugar a más escuelas de interpretación jurídica, así como también llega a más Estados europeos, hasta convertirse en una de las principales fuentes de normas y argumentos de los esta-

dos modernos[24].

Dentro de los principios del derecho público romano, se va a poner el foco en el *ius imperium* y el *ius potestas*. Ambas son facultades que toman relevancia durante el periodo de gobierno republicano de Roma, referidas al ejercicio del poder de los funcionarios públicos[25].

Por un lado, el *ius imperium* constituye el atributo máximo de mando que le permite al funcionario ordenar al pueblo y ser obedecido por éste. Son poseedores de esta facultad únicamente las personas pertenecientes a la categoría más elevada de las magistraturas, como los Cónsules. El *ius imperium* otorga la capacidad de gobernar al Estado, dirigir el ejército, convocar y presidir el Senado y los comicios y consultar los auspicios. Por otro lado, el *ius potestas*, si bien implica varias facetas, básicamente es la facultad de dirigirse al pueblo con fuerza de ley, ya sea dictando ordenanzas (*ius edicendi*) o administrando la justicia en lo civil y criminal (*iurisdictio*). Los cónsules gozan también de *ius potestas* aunque los magistrados que más hacen uso de dicha facultad, en cuanto creación y modificación del ordenamiento jurídico romano, son los pretores.[26]

La importancia de estos atributos radica en que logran perdurar a través del tiempo, subsistiendo más allá del periodo republicano y del periodo imperial suscitados en Roma. De hecho, poseen una gran influencia en Europa occidental, más precisamente en la formación de los estados modernos y en la elección de sus formas de gobierno.

Respecto del estado absolutista, puede verse tanto el *ius imperium*, como el *ius potestas*, en la cabeza del rey. El *ius imperium* se manifiesta en que es él quien representa y dirige unilateralmente al estado, basándose en sus propias decisiones, las cuales tienen un fundamento divino, es decir, como ocupa ese lugar por decisión de Dios, hace y deshace como quiere sin rendir cuentas ni conceder explicaciones a nadie. Asimismo, desempeña el mando del ejército, cuya actuación se justifica en función de la corona y la defensa del monarca. El *ius potestas* también lo ejercita el rey en cuanto dicta las ordenanzas pertinentes y que tienden a continuar manteniendo el poder bajo su persona, como por ejemplo, establecer impuestos a la población en nombre del sostenimiento financiero de la corona. Además, en los casos concretos que lo ameriten, el monarca es quien imparte justicia, conforme a su arbitrio y antojo, dirimiendo así los conflictos con los castigos que él considere otorgar.

En relación al estado de derecho, pueden hacerse dos observaciones. En primer lugar, desde un punto de vista político, teniendo en cuenta que dicho estado se construye desde la teoría de la división de funciones del poder, se entiende que su forma de gobierno sea cual sea, va a estar compuesta por un órgano ejecutivo, un órgano legislativo y un órgano judicial. En ese sentido, al estar las tres funciones, comúnmente llamados "tres poderes" en pie de igualdad, actuando de manera autónoma, pero controlándose y limitándose entre sí y de esa manera ejerciendo el sistema de pesos y contrapesos, deberían todos ejercer a la vez el *ius imperium* y el *ius potestas*. Obviamente la aplicación de esta afirmación puede variar de acuerdo con el régimen de cada Estado.

24. José Carlos Costa, *Manual de Derecho Romano Público y Privado* (2016, p. 113).

25. Francisco Hernández Tejero expone el concepto de *ius imperium* y *ius potestas* en su artículo *Sobre el concepto de "potestas"*25 (1946, 607-614).

26. José Carlos Costa, *Manual de Derecho Romano Público y Privado* (2016, p. 33).

El poder ejecutivo ejerce el *ius imperium* al estar a cargo de la administración y representación del Estado. Es decir, es su cara visible y es a quien van a dirigirse los otros países a la hora de vincularse con el propio estado. Asimismo, este poder asume la dirección del ejército, sustentado con el artículo 99, incisos 12, 13 y 14 de la Constitución Nacional que establece como atribución del ejecutivo el mando de las Fuerzas Armadas. Además, puede convocar a sesiones extraordinarias del Congreso en los casos de grave interés de orden o progreso, (art. 99, inc. 9 CN). El *ius potestas* puede observarse, por ejemplo, cuando el ejecutivo dicta un Decreto de Necesidad y Urgencia, que adquiere de inmediato fuerza de ley, más allá de que luego sea puesto a consideración de la Comisión Bicameral (art. 99, inc. 3 CN).

El poder legislativo ejercita el *ius imperium* cuando dispone del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional (art. 75, inc. 5 CN); cuando fija anualmente el presupuesto general de la administración nacional (art. 75, inc. 8 CN); cuando regla el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 CN); cuando arregla los límites del Estado o fija los límites provinciales (art. 75, inc. 15 CN); cuando aprueba o desecha tratados internacionales celebrados por el poder ejecutivo con los demás Estados (art. 75, inc. 22); cuando autoriza al poder ejecutivo a declarar la guerra o a hacer la paz (art. 75, inc. 25); cuando dispone la intervención federal de una provincia o de la ciudad de Buenos Aires (art. 75, inc. 31), entre otros. Mientras que lleva a cabo el *ius potestas* en la práctica de su propia finalidad que es el dictado de leyes que regulen las acciones políticas y las relaciones sociales.

El poder judicial ejerce el *ius potestas,* de manera concreta y en cada caso en particular, a través del dictado de la sentencia judicial, cuya fundamentación se construye a partir de la interpretación que decide darle el juez. Dicha sentencia pone fin a la contienda y se impone con fuerza de ley entre las partes litigantes.

En segundo lugar, desde un punto de vista sociológico, la otra enunciación del *ius imperium* y el *ius potestas* que puede realizarse respecto del estado de derecho hace referencia a sus bases en los valores democráticos y a su foco en los ciudadanos. Es decir, el poder como dimensión fundamental del sistema político tiene la función de moldear, modificar y responder a los deseos y creencias de la sociedad, incluso siendo estos contrarios a los verdaderos intereses de los ciudadanos. De hecho, a lo largo de la historia, el poder ha surgido y se ha sustentado en los diferentes intereses en conflicto; sin embargo, con el estado de derecho, el poder se instituye como la expresión de la sociedad que se materializa a través de las competencias derivadas a los representantes políticos, titulares del *ius imperium* y del *ius potestas*. Dichos representantes deben ejercer esas facultades, teniendo en cuenta su carácter de interés superior por sobre el propio interés personal, ya que han sido delegadas por los ciudadanos para su oportuno ejercicio[27]. Pensadores como Rousseau, precursor de la Revolución Francesa (que como mencionamos, dio origen al contemporáneo estado de derecho), nos enseñan sobre la fuerza de la voluntad general como fundamento de legitimidad y condición de obediencia de la ley. Cada persona renuncia a su libertad individual cuando acuerda formar con otros, la sociedad y el estado (contrato social). Como contrapartida a esa renuncia recibe, por un lado, la

27. José Félix Chamie, colombiano, doctor en Derecho y catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano, desarrolla el *ius imperium* y el *ius potestas* en *Imperium e Imperator: Origen del poder y sus proyecciones modernas* (2011, p. 56 y 57).

renuncia de todos los otros ciudadanos (lo que los deja en un pie de igualdad) pero al mismo tiempo recibe todo el poder de la voluntad general formada por todas las voluntades individuales unificadas. La ley, el ius potestas, entonces obtiene su legitimidad por ser la expresión de la voluntad general en beneficio de todos, y al mismo tiempo es esa la justificación del deber de obediencia.

En otras palabras, en el Estado de Derecho, el *ius imperium* y el *ius potestas* nacen de la población con el objetivo de otorgar dichos atributos a los funcionarios públicos para que éstos lleven a cabo la actuación política del régimen de gobierno, sabiendo que ese poder pertenece a la sociedad y que seguirá existiendo mientras la sociedad subsista ya que, en definitiva, constituye el armazón invisible que mantiene unida a toda la colectividad.

Conclusión

Roma ha sido una gran influencia en diversos campos de estudio, principalmente en el político, como así también en el jurídico. Sus diferentes formas de gobierno han sido una gran inspiración para las organizaciones políticas posteriores, siendo la República romana el modelo gubernamental que más se ha instaurado en la conformación de los estados de derecho durante la Edad Contemporánea, los cuales continúan perdurando hasta el día de hoy.

Reconocer la magnitud política del periodo republicano de Roma, implica a la vez contemplar que todas las distintas maneras de legitimación del poder que se suscitaron ulteriormente en el Occidente tuvieron como base el ejercicio del *ius imperium* y del *ius potestas*, incluyendo el *ius edicendi* y el *iurisdictio* por parte de las autoridades, ya sean éstas un rey absolutista, un Parlamento o tres poderes que manejen las riendas del Estado.

Asimismo, la relevancia de Roma es aún mayor cuando se observa que sus principios y normas, no solamente se implantaron en la organización y en el funcionamiento del sector público, sino que también se instituyeron en el sector privado, llevando a que prácticamente todos los Estados occidentales de Derecho se erijan sobre los pilares romanos.

Por lo expuesto se concluye que el gran legado de Roma perdurará siempre como un ejemplo monumental para la construcción de todo régimen político que busque articular su gobernabilidad con un poder legitimado, tanto por la ley como por la sociedad, a través de la utilización de principios jurídicos, que tienen su origen en el Derecho Romano público y privado, los cuales actualmente se fundan como base y garantía de todo Estado de Derecho.

Bibliografía

Bobbio, N. (1988). *Diccionario de Política*. tomo 1. México D. F. : Siglo XXI Editores.

Gómez Díaz, C. (2015). Sistema político y formas de gobierno. En: *Ciencia política:*

perspectiva multidisciplinaria.

López, Leandro, *República vs. Democracia en Aristóteles*. Objeto de conferencia expuesta el 21/11/2008 en VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política en Mar del Plata, Argentina.

Dei Machiavelli, Niccolò di Bernardo. (1987). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid : Alianza Editorial.

Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad : por una teoría general de la política* . México D. F. : Fondo de Cultura Económica,

Bidart Campos, G. (2005). Lecciones elementales de política. Buenos Aires : Ediar.

Ardiles Thonet, M. (2014). *El régimen mixto en Aristóteles y Maquiavelo : La conjunción de pobres y ricos en un gobierno estable*. Santiago : Universidad de Chile.

Dei Machiavelli, Niccolò di Bernardo (1988). *El príncipe*. Madrid : Alianza Editorial.

Echandi Guardián, M. (2009). El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la Teoría del Estado. En: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*.

Benz, A. (2012). El estado moderno : fundamentos de su análisis politológico. En: *Revista de Estudios Políticos*.

Heller, H. (2014). *Teoría del Estado*. México D. F. : Fondo de Cultura Económica.

Del Águila Tejerina, R. (1997). *Manual de ciencia política*. Madrid : Editorial Trotta.

Cárdenas Gracía, J. F. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. México, México D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México.

Ruiz Miguel, A. (1996). *Filosofía política II : teoría del Estado*. Madrid : Editorial Trotta.

Digestorum (1889). Barcelona, España. Jaime Molina Editor - Consejo de Ciento N° 287.

Costa, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Lexis Nexis.

Costa, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26/08/1789) aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa.

Hernández Tejero, F. (1946). Sobre el concepto de “potestas”. **En:** Anuario de Historia del Derecho Español.

Constitución Nacional (última modificación del 15/12/1994) sancionada por el Congreso de la Nación.

XXII CONGRESO INTERNACIONAL Y XXV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO

Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos

UAI - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana y la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano organizaron del 8 al 10 de septiembre de 2021, el XXII Congreso Internacional y XXV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. Este volumen recopila los trabajos presentados, cada uno de los cuales analiza la influencia actual de un aforismo latino diferente. La explicación de cada aforismo manifiesta la pervivencia del Derecho Romano hasta nuestros días, en los ordenamientos jurídicos de varios países, como por ejemplo Argentina, Perú, Portugal y España entre otros.

WWW.UAI.EDU.AR

ISBN 978-987-8403-29-8