

# Manual de Historia del Derecho

---

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA  
COMISIÓN SECTORIAL DE ENSEÑANZA

---

Alvaro Garcé  
Graciela Porta  
Virginia Arcari  
Claudia Cabrera  
Laura Kotsachis  
Diego Salgado



UNIVERSIDAD  
DE LA REPÚBLICA  
URUGUAY



comisión sectorial  
de enseñanza





Alvaro Garcé • Graciela Porta  
Virginia Arcari • Claudia Cabrera  
Laura Kotsachis • Diego Salgado

# Manual de Historia del Derecho

Manual de historia del derecho / Alvaro Garcé, Graciela Porta, Virginia Arcari, Claudia Cabrera, Laura Kotsachis, Diego Salgado. -- Montevideo : Universidad de la República. Comisión Sectorial de Enseñanza, 2021.

206 p. -- (Manuales didácticos / Comisión Sectorial de Enseñanza)

ISBN: 978-9974-0-1844-0

1. HISTORICISMO JURÍDICO. 2. FUENTES DEL DERECHO I. Garcé, Alvaro. II. Porta, Graciela. III. Arcari, Virginia. IV. Cabrera, Claudia. V. Kotsachis, Laura. VI. Salgado, Diego

CDD: 340.094

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Universidad de la República (Udelar)



Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0, Garcé, Alvaro; Porta, Graciela, [2019].  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/es/>

Comunicación y Publicaciones, cse, Udelar  
José Enrique Rodó 1854. Montevideo CP 11200  
Tels.: (+598) 2408 0912, (+598) 2408 2906  
Telefax: (+598) 2409 77 20  
[www.cse.udelar.edu.uy](http://www.cse.udelar.edu.uy)  
[comunicacion@cse.udelar.edu.uy](mailto:comunicacion@cse.udelar.edu.uy)

ISBN: 1234567891000

**Coordinación editorial:** Vanesa Sanguinetti  
**Corrección de estilo:** Elizabeth García de los Santos  
**Diseño de tapa:** Gabriela Pérez Caviglia  
**Diagramación:** Levy Apolinar

# Índice

CAPÍTULO I.....	11
CONCEPTO, IMPORTANCIA Y ORÍGENES DE LA HISTORIA DEL DERECHO.	
RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS.....	11
<i>Dr. Alvaro Garcé García y Santos</i>	
1. Introducción. Utilidad del estudio histórico.....	11
1.1. <i>El conocimiento del pasado.....</i>	11
1.2. <i>La comprensión del presente por el pasado.....</i>	12
1.3. <i>El pronóstico del futuro a partir del pasado.....</i>	13
1.4. <i>El conocimiento histórico como premisa de la acción.....</i>	13
1.5. <i>El juicio histórico como tribunal de las acciones.....</i>	14
2. Historia e historiografía.....	14
3. La periodización: ventajas e inconvenientes.....	15
4. Fases del desarrollo jurídico.....	15
4.1. <i>Derecho primitivo.....</i>	16
4.2. <i>Derecho arcaico.....</i>	16
4.3. <i>Derecho antiguo.....</i>	16
4.4. <i>Derecho medieval.....</i>	16
4.5. <i>Derecho moderno.....</i>	17
4.6. <i>Derecho contemporáneo.....</i>	17
5. Concepto e importancia de la Historia del derecho.....	18
5.1. <i>La historicidad del derecho.....</i>	18
5.2. <i>Contexto del surgimiento de la Escuela Histórica del Derecho.....</i>	19
5.3. <i>Cultura y derecho.....</i>	20
5.4. <i>Necesidad del estudio histórico del derecho.....</i>	20
5.5. <i>La naturaleza “dual” de la historia del derecho.....</i>	21
6. Historia del derecho y Derecho comparado.....	21
7. Breve panorama de la filosofía de la historia, en referencia a la evolución jurídica.....	22
8. Conclusión.....	23
9. Síntesis.....	24

10. Actividades sugeridas.....	25
11. Bibliografía básica.....	25
12. Bibliografía complementaria.....	26
 CAPÍTULO II.....	 27
FUENTES DEL DERECHO.....	27
<i>Dra. Graciela Porta Sicardi</i>	
1. El mundo antiguo. Roma.....	44
1.1. Breve reseña sobre la organización política, social y económica de Roma desde su fundación hasta la muerte de Justiniano (754 a. C. – 565 d.C.).....	27
1.1.1. Introducción.....	27
1.1.2. La monarquía.....	28
1.1.3. La República romana.....	30
1.1.4. El principado.....	34
1.1.5. El dominado.....	34
1.2. Periodización jurídica de Roma y las fuentes de producción del derecho romano..	36
1.2.1. Períodos.....	36
1.2.2. Derecho arcaico o quirritario.....	36
1.2.3. Derecho preclásico.....	37
1.2.4. Derecho clásico.....	39
1.2.5. Período posclásico.....	40
1.3. Actividades sugeridas.....	42
2. Edad Media y las fuentes de producción del derecho.....	42
2.1. Generalidades.....	42
2.1.1. Alta Edad Media. S. V a XI.....	42
2.1.2. Baja Edad Media. S. XI a XV.....	44
2.2. Fuentes jurídicas de la Edad Media.....	44
2.2.1. Fuentes jurídicas de la España visigoda.....	44
2.2.2. Fuentes jurídicas de la Alta Edad Media.....	45
2.2.3. Fuentes jurídicas de la Baja Edad Media.....	47
2.3. Actividades sugeridas.....	48
3. La modernidad y las fuentes de producción del derecho.....	48
3.1. Generalidades.....	48
3.1.1. La ciencia jurídica.....	48
3.1.2. Escuela del derecho natural racionalista.....	49
3.1.3. La ilustración.....	49
3.1.4. Los Reinos de Castilla y Aragón.....	49

3.2. Fuentes del derecho .....	50
3.2.1. El derecho castellano .....	50
3.2.2. El derecho indiano .....	50
3.3. Actividades sugeridas.....	51
4. El derecho patrio y el proceso codificador.....	51
4.1. El derecho patrio desde la fundación hasta la codificación.....	51
4.2. Período de la codificación, antecedentes europeos .....	51
4.3. La codificación americana .....	52
4.4. Derecho después de la codificación contemporánea .....	53
4.5. Actividades sugeridas .....	53
4.6. Bibliografía básica.....	53
 CAPÍTULO III.....	 55
INSTITUCIONES.....	55
 1. Persona.....	 55
<i>Dra. Graciela Porta Sicardi</i>	
1.1. Status libertatis.....	55
1.2. Status civitatis y status familiae.....	56
1.3. Principio y fin de la persona física.....	56
1.4. Consideraciones legales de la esclavitud.....	57
1.5. Status civitatis.....	57
1.6. Status familiae.....	58
1.7. Capitis deminutio.....	58
1.8. Las personas en el derecho germánico.....	58
1.9. La persona en el derecho bajo medioeval. Las Siete Partidas.....	59
1.10. La esclavitud en la colonia .....	60
1.11. La esclavitud en nuestro país .....	60
1.12. La persona: centro de los ordenamientos jurídicos .....	60
 2. La familia: algunas líneas de su evolución histórica.....	 61
<i>Esc. Claudia Cabrera</i>	
2.1. Introducción.....	61
2.2. La familia en el Derecho Romano.....	62
2.3. La familia en el Derecho Germánico.....	62
2.4. La familia en el derecho medieval.....	68
2.5. La familia en la modernidad y en nuestro Código Civil de 1868.....	70

2.6. <i>Actividades sugeridas</i> .....	72
2.7. <i>Bibliografía básica</i> .....	72
2.8. <i>Bibliografía complementaria</i> .....	72
3. Delitos y crímenes en el Derecho Romano.....	73
<i>Dr. Álvaro Garcé García y Santos</i>	
3.1. <i>Etimología del término “delito”</i> .....	73
3.2. <i>La concepción clásica del delito</i> .....	73
3.3. <i>Introducción a la noción legal de delito</i> .....	74
3.4. <i>Delitos públicos y delitos privados en Roma</i> .....	75
3.5. <i>Los primeros delitos privados en el derecho romano</i> .....	76
3.6. <i>Delitos del Derecho Civil</i> .....	77
3.7. <i>Delitos creados por el pretor</i> .....	81
3.8. <i>Crímenes</i> .....	82
3.8.1. Principales crímenes .....	84
3.9. <i>Actividades sugeridas</i> .....	91
3.10. <i>Bibliografía básica</i> .....	92
3.11. <i>Bibliografía complementaria</i> .....	92
4. Evolución histórica de las penas.....	92
<i>Dr. Álvaro Garcé García y Santos</i>	
4.1. <i>Concepto de pena</i> .....	92
4.2. <i>Desarrollo histórico del jus puniendi</i> .....	93
4.2.1. Venganza libre .....	93
4.2.2. Ley del talión.....	94
4.2.3. Aplicación de las penas por el Estado.....	97
4.3. <i>Actividades sugeridas</i> .....	102
4.4. <i>Bibliografía básica</i> .....	102
4.5. <i>Bibliografía complementaria</i> .....	102
5. El Estado: visión histórica, fundamento filosófico y evolución institucional.....	103
<i>Dr. Álvaro Garcé García y Santos.</i>	
5.1. <i>Introducción</i> .....	103
5.2. <i>Teorías acerca de la naturaleza del Estado</i> .....	104
5.2.1. Grecia.....	104
5.2.2. Roma .....	105
5.2.3. Filosofía cristiana medieval .....	106

5.2.4. Absolutismo monárquico.....	107
5.2.5. Contractualismo.....	108
5.2.6. Concepción idealista del Estado: Hegel.....	111
5.2.7. Concepción materialista: Marx.....	111
5.2.8. Teoría clásica del Estado: Jellinek.....	112
5.2.9. Positivismo jurídico: Duguit y Kelsen.....	113
5.3. <i>Desarrollo histórico del Estado en Occidente</i> .....	114
5.3.1. La polis griega.....	114
5.3.2. Roma: monarquía, república, imperio.....	114
5.3.3. Feudalismo: la atomización del Estado en la Edad Media.....	116
5.3.4. El Estado absolutista .....	117
5.3.5. Estado de Derecho: concepto y antecedentes.....	118
5.4. <i>El “personalismo democrático” y el Estado de Derecho</i> .....	120
5.5. <i>Actividades sugeridas</i> .....	120
5.6. <i>Bibliografía básica</i> .....	121
5.7. <i>Bibliografía complementaria</i> .....	121



# Concepto, importancia y orígenes de la Historia del Derecho. Relaciones con otras disciplinas

Dr. Alvaro Garcé García y Santos

*Historicismo, la ciencia de la historia, en la acepción científica del término, es la afirmación de que la vida y la realidad son historia y nada más que historia.*  
(Benedetto Croce, 1866-1952).

## 1. Introducción. Utilidad del estudio histórico

Según reza un antiguo aforismo atribuido a Cicerón, *historia vitae magistra est*: la historia es maestra de la vida. De tal forma, el filósofo romano afirmó que los estudios históricos encaminan la comprensión *del presente por el pasado y del pasado por el presente*.

Aun compartiendo este aserto, puede decirse que la función de la historia es más amplia, porque, además de vincular lo pretérito con lo actual, la disciplina también permite preveer el futuro. Así lo entendieron Tucídides y Miguel de Cervantes, este, cuando, –por boca del Quijote– señaló que la historia es “advertencia de lo porvenir”.

La necesidad de los estudios históricos deriva de la propia esencia del ser humano que está *dentro* de la historia y él mismo *es* histórico: está *dentro* de la historia porque pertenece a una comunidad que participa de un desarrollo histórico común a múltiples colectividades; al mismo tiempo, el ser humano *es* histórico porque su existencia constituye un devenir; porque debe elegir su destino; porque está inmerso en un medio social; y, fundamentalmente, porque él mismo se define en relación con sus semejantes y con referencia al pasado.

Tomando una expresión de Raymond Aron, podría decirse que el conocimiento histórico constituye la *reconstitución de la vida de los muertos por los vivos*: tal conocimiento supone un cotejo entre el pasado y el presente, lo que es indispensable para la comprensión de lo que hoy existe; se asume aquí, explícitamente, que un saber no es verdadero ni posible si no se tiene una escala de comparación histórica (Bloch, 1990, p. 37).

En esta línea, debemos a la historia, entre otros rendimientos, los siguientes cinco:

### 1.1. El conocimiento del pasado

Según Ryle, la función del historiador consiste en “retrodecir” el pasado, conducta que es exactamente paralela a la del científico cuando “predice” un acontecimiento (Walsh, 1968, p. 43). En ambos casos el razonamiento debe avanzar desde la conjunción de premisas

particulares hacia el enunciado de verdades generales. El conocimiento histórico es más que la simple colección de datos. El historiador busca más allá del relato sobre fechas o hechos inconexos; su objetivo consiste en una narración fluida, en la que cada acontecimiento debe estar en su lugar natural y formando parte de un todo inteligible.

Erudición e historia constituyen dos etapas de una misma obra: la primera aporta la base sobre la cual la segunda construye la verdad. En este sentido, sostiene Walsh: “Sin erudición no hay historia, pero, sin historia final, la erudición se asemeja a un edificio sin concluir, al que le falta precisamente lo que lo justifica: la posibilidad de ser habitable” (1968, p. 34). Así, el primer paso hacia el conocimiento histórico es la comprensión; el segundo, ha de ser su objetividad.

La historia, al menos la verdadera y auténtica, es objetiva. El buen historiador distingue la historia de la propaganda, y condena a quienes permiten que sus opiniones y prejuicios personales afecten la reconstrucción del pasado. Merecen considerarse “objetivas” aquellas proposiciones que justifiquen su admisión por todos cuantos las investiguen seriamente (Walsh, 1968, p. 34).

Al igual que en un proceso judicial –donde no probar equivale a no existir– cualquier forma de inferencia histórica, como la descripción de un hecho histórico o la realización de un juicio crítico, debe tener siempre como punto de referencia la prueba. Sostiene Handlin (1982, p. 123): “(...) todo lo que se haya hecho o se recuerde constituye una prueba. Los objetos que sobreviven y las huellas que quedan en la memoria despliegan ante el investigador curioso los materiales para reconstruir el pasado de donde provienen”.

Basado en pruebas y valoraciones objetivas, el conocimiento histórico provee los elementos necesarios para la comprensión del pasado. A la vez, dicho saber aporta al entendimiento del presente.

## 1.2. La comprensión del presente por el pasado

Hace un siglo Benedetto Croce estableció que “toda verdadera historia es historia contemporánea” (*ogni vera storia è storia contemporanea*). La historia comprende no solo los hechos que transcurren ante nuestros ojos, y de los que somos directos testigos, sino que también abarca todo aquello que, siendo temporalmente pretérito, pueda ser pensado hoy. La historia, en realidad, por lejanos que nos puedan parecer los hechos referidos por ella, está en relación con las necesidades actuales y la situación presente en que vibran aquellos hechos (Croce, 1944, p. 11).

En el mismo sentido, se ha dicho:

Los hechos atesorados por la memoria se convierten en recordación rica cuando los acomodamos en nuestro interior, si los asimilamos a él. La historia no es simplemente cronología. Para el historiador el pasado no es, a la manera como lo es para el naturalista, mero pasado, sino que posee y conserva un presente propio y peculiar. (Cassirer, 1951, p. 118)

Así entendida, la historia “sucede” en el presente, aun cuando haya tenido lugar siglos atrás; es historia viva, es historia contemporánea (Croce, 1944, p. 40). A Ortega y Gasset le bastaron tres renglones para explicar la misma idea: “La historia es ciencia sistemática de la realidad radical que es mi vida. Es, pues, ciencia del más riguroso y actual presente. El pasado no es algo abstracto: no está allí, en su fecha, sino aquí, en mí” (Stern, 1963, p. 20).

En un sentido similar al de Ortega y Gasset, Croce (1944, p. 23) afirma la unidad del conocimiento histórico como un conocimiento total y actual:

No basta decir que la historia es el juicio histórico; hay que añadir que todo juicio es juicio histórico, o historia sin más. Si el juicio es relación de sujeto y predicado, el sujeto, o sea el hecho, sea cual fuere, que se juzga, es siempre un hecho histórico, un devenir, un proceso en curso, porque en el mundo de la realidad no se hallan ni se conciben hechos inmóviles.

### 1.3. El pronóstico del futuro a partir del pasado

Según Tucídides, la misión de la historia consiste en conocer la verdad sobre el pasado con el fin de prever el porvenir. La misma idea asoma en la máxima de Augusto Comte: “*Savoir pour prévoir, afin de pourvoir*” (saber para prever, a fin de proveer).

La previsión del futuro ha sido siempre un tema de reflexión: para el ser humano saber lo que probablemente sucederá es uno de sus más grandes anhelos. El hombre primitivo ya se hizo esta pregunta y trató de resolverla con sus limitados recursos, por medio de fábulas y de ritos mágicos. De acuerdo al nivel cultural alcanzado por los diferentes pueblos, quedó unas veces reducido a las preocupaciones individuales, y otras a las de carácter colectivo (Sanz, 1962, p. 19). Así, por ejemplo, en “La vida de Enrique VIII” Shakespeare introdujo, por intermedio de Warwick, la idea de la relación entre el conocimiento del pasado y la anticipación del futuro:

La vida de todos los hombres representa la naturaleza de los tiempos que fueron, y por la observación de esta historia, un hombre puede profetizar casi con toda seguridad las cosas probables que están todavía por nacer, y que reposan rodeadas en sus simientes y sus débiles orígenes (Sanz, 1962, p. 20).

Pero si bien la posibilidad de una previsualización del futuro está en directa relación con el conocimiento del pasado, es claro que no puede pretenderse que dicha capacidad sea detallada y precisa. Alfred Stern ha situado la cuestión dentro de unos límites razonables al postular que la comprensión de la historia permite, a lo sumo, anticipar con alguna probabilidad hacia qué lado irá la próxima ola. El mencionado autor compara la intuición que las gaviotas tienen cuando se aproxima una tormenta, con el “sentido histórico” que permite al ser humano comprender las tempestades históricas. La historia, afirma el mencionado historiador, no solo nos hace más eruditos, sino sobre todo nos enseña a ser más cautos” (Stern, 1963, p. 13).

### 1.4. El conocimiento histórico como premisa de la acción

La comprensión de la historia resulta indispensable para prever y para actuar (Stern, 1963, p. 9): conocer es indispensable para la *praxis*, del mismo modo que esta es necesaria para el conocimiento (Croce, 1944, p. 32).

Croce establece un nexo entre el conocimiento histórico y la actividad práctica. Dicha relación no es causal ni determinista. Toda acción práctica es precedida por un acto de conocimiento, por ejemplo, la solución de una dificultad teórica.

Con respecto a la acción práctica el conocimiento histórico es un elemento preparatorio pero no determinante (Croce, 1944, p. 171); pero, además, de preliminar de la acción, el saber histórico es indispensable para la vida moral y política, ya que su ausencia o deficiencia conduce a un empobrecimiento de la cultura y a una tendencia a la inacción:

La cultura histórica tiene por fin conservar viva la conciencia que la sociedad humana tiene del propio pasado, es decir, de su presente, es decir, de sí misma; de suministrarle lo que necesite para el camino que ha de escoger (Croce, 1944, pp. 182 y 183).

## 1.5. El juicio histórico como tribunal de las acciones

El conocimiento histórico es un acto de crítica (Handlin, 1982, p. 119), es más, constituye el juicio crítico por excelencia (Croce, 1944, p. 36). La función del juicio histórico no es otra que “poner las cosas tales como propiamente ocurrieran” (Croce, 1944, p. 36).

Esto no quiere decir que la historia sea una “corte” ante la cual se cite a los hombres del pasado para que respondan de sus acciones, premiándolos o condenándolos. Esa tarea es propia de los tribunales del presente, y aquellos que ya pasaron por los tribunales de su tiempo no pueden ser dos veces absueltos o condenados; como hombres del pasado y entrados ya en la paz del pasado, són únicamente objeto de historia. Están más allá de la severidad y la indulgencia, así como del vituperio y de la alabanza (Croce, 1944, p. 37).

## 2. Historia e historiografía

De lo expuesto se concluye que el conocimiento histórico: a) permite conocer el pasado y “vivirlo” como si fuera actual; b) facilita el entendimiento del presente; c) contribuye a prever el futuro; d) es premisa de la acción práctica; e) tiene valor moral y político; f) representa un acto de crítica. Todo esto, *mutatis mutandis*, es aplicable a la historia del derecho: el conocimiento histórico es a la cultura general lo que el pasado jurídico es a la cultura jurídica.

Llegados a este punto, debemos distinguir *historia e historiografía*, e *historia del derecho e historiografía del derecho*.

Ambas nociones, *historia e historiografía*, inicialmente fueron definidas por la Escuela italiana. El binomio, posteriormente aceptado fuera de las fronteras itálicas, se conforma de dos nociones relacionadas, pero a la vez distintas entre sí.

La *historia* comprende el relato y el análisis de hechos sociales, culturales o económicos de una comunidad, o de los sucesos que pautan la vida de un individuo en particular, es decir, “la inquisición o investigación sobre hechos acaecidos en el pasado” (Schaff, 1982, p. 382). Para Heródoto la función de la historia consiste en “descubrir lo que el hombre ha hecho y por qué lo ha hecho” (Collingwood, 2000, p. 27). De allí que pueda entenderse que la historia humana es, en buena medida, la historia de nuestro conocimiento (Sánchez Jaramillo, 2005, p. 60).

La *historiografía* es el registro escrito de la historia, esto es, el relato y el análisis de los hechos sociales, culturales o económicos de una comunidad, o de los sucesos que pautan la vida de un individuo en particular. Reúne los diversos resultados (libros, artículos, revistas especializadas, etc.) relacionados con aquellos objetos. Para algunos historiadores

constituye “meta-historia”, es decir, la ciencia de la historia; resultaría apropiado, en ese sentido, hablar de una *historia de la historiografía*.

### 3. La periodización: ventajas e inconvenientes

El devenir del ser humano en el mundo se ha producido a través de dos grandes etapas: la *prehistoria* y la *historia*. La primera ocurrió en el período de la vida humana previo a la creación de la escritura, y, por ende, desde la aparición de los homínidos hasta el surgimiento de los primeros registros escritos; la segunda abarca desde aquel momento hasta nuestros días.

Ambos momentos, *prehistoria e historia*, han sido a su vez temporalmente subdivididos. Toda periodización delimita lapsos más o menos uniformes— y por tanto, cualitativamente diferentes entre sí— y tiene por objeto proponer un orden para la comprensión y el análisis de los hechos del pasado.

Frente a esta ventaja, la periodización presenta un doble riesgo: el primero consiste en la fragmentación de procesos que tienen una unidad sustancial; el segundo inconveniente, de carácter metodológico, es el eventual empleo de criterios diversos para la división de la historia en etapas, de lo que puede resultar periodizaciones disímiles o contradictorias. En general, los historiadores han coincidido en la utilidad de la delimitación de épocas, respetando en lo posible la unidad de los procesos evolutivos<sup>1</sup>.

### 4. Fases del desarrollo jurídico

El desarrollo jurídico de la civilización occidental puede ser dividido en las siguientes seis etapas: derecho primitivo; derecho arcaico; derecho antiguo; derecho medieval; derecho moderno; derecho contemporáneo<sup>2</sup>.

- 
- 1 La prehistoria se divide en la Edad de Piedra (que comprende el Paleolítico, el Mesolítico y el Neolítico) y la Edad de los Metales (Edad del cobre, Edad del bronce y Edad del hierro). A su vez, la historia de la civilización occidental ha sido periodizada siguiendo el esquema propuesto por el alemán Christoph Keller. En su *Historia mediæ ævi* (1688), este autor estableció una Edad Antigua (desde los orígenes humanos hasta la muerte del Emperador Constantino, en el año 337), una Edad Media (desde el año 337 hasta la caída de Constantinopla, en el año 1453) y una Edad Moderna (desde el fin de la Edad Media hasta los tiempos del citado historiador, es decir, el siglo XVII). A partir de la base tripartita propuesta por Keller, en la historia occidental se reconocen cuatro grandes épocas: la Edad Antigua (desde la aparición de los registros gráficos hasta la caída de Roma, en el año 476); la Edad Media (desde el año 476 al año 1453); la Edad Moderna (desde entonces hasta la Revolución Francesa: 1789); y la Edad Contemporánea (desde la Revolución Francesa al presente).
  - 2 Las tres primeras etapas del desarrollo jurídico (derecho primitivo, derecho arcaico y derecho antiguo) corresponden a las fases iniciales del derecho dentro de las sociedades políticas.

## 4.1. Derecho primitivo

Rigió las sociedades desde las más elementales formas de organización hasta el nacimiento de los primeros Estados. El Derecho primitivo se extendió desde la sedentarización de las bandas de cazadores-recolectores, cuando estas adquirieron las técnicas necesarias para la domesticación de animales y la práctica de la agricultura, hasta el surgimiento de las primeras formas de organización estatal en Mesopotamia, alrededor del año 3.000 a. C. (Ribas Alba, 2015, p. 62).

## 4.2. Derecho arcaico

Es propio de las sociedades estatales en su primera configuración, lo que coincidió con las formas iniciales de aplicación de la escritura a las cuestiones jurídicas (recopilaciones de normas, contratos, registros, contabilidad), tanto en la administración pública como en la actividad privada. La creación del Estado y el empleo de la escritura produjeron una alteración sustancial en el mundo jurídico: frente al derecho primitivo, exclusivamente oral, el derecho arcaico se basó en una autoridad política centralizada y sustentada por una estructura burocrática y militar (Ribas Alba, 2015, p. 63).

## 4.3. Derecho antiguo

El derecho arcaico se transformó en derecho antiguo en los tiempos de Roma, al consolidarse la jurisprudencia laica (siglo III a. C.); toda la evolución jurídica anterior, esto es, el primer derecho romano (desde la fundación de la ciudad en 754/3 a. C., hasta el afianzamiento de la jurisprudencia clásica) constituye derecho arcaico. La noción de derecho antiguo se define por una implícita oposición a lo moderno: de alguna manera, en el Derecho antiguo se perfila ya una visión del mundo, un vocabulario y una técnica jurídica que, aun modificadas o rechazadas parcialmente, pueden servir como material para la posteridad (Ribas Alba, 2015, p. 64). A diferencia del Derecho arcaico, que por su carácter rudimentario y su complejidad formal es inservible para un uso posterior, el Derecho antiguo permite trazar una continuidad, por semejanza u oposición, a lo largo de los siglos.

## 4.4. Derecho medieval

Es el Derecho occidental europeo comprendido entre los siglos V a XV. En términos generales, se trata de un Derecho heterogéneo y atomizado, que acompaña los dos grandes períodos del Medioevo: la Alta Edad Media (siglos V a X) y la Baja Edad Media (siglos XI a XV). En la Alta Edad Media, etapa signada por el encuentro y posterior fusión de culturas entre los bárbaros invasores y los pueblos romanizados, sobresalen tres codificaciones, a través de las cuales pervivió en Occidente el Derecho romano: el *Breviario de Alarico* (506)<sup>3</sup>; la *Lex Romana Burgundiorum* (516)<sup>4</sup>; y el *edicto de Teodorico* (principios del siglo

3 Promulgado en la ciudad de Tolosa por el rey Alarico II para el reino visigodo. Es la más importante de las codificaciones romano-germánicas. El texto se conoce a través de setenta manuscritos organizados por Richard (1528) y Haenel (1849).

4 Ordenada por Gondobado, rey de los burgundios, para regir a sus súbditos romanos. Reprodujo fragmentos de los códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano. Se conoce a través de investigaciones realizadas en

VI)<sup>5</sup>. Posteriormente, pero aún dentro de la Alta Edad Media, se destaca el Derecho carolingio (siglo IX), caracterizado por un efímero intento de reconstituir la autoridad estatal y el centralismo jurídico, etapa a la que siguió el advenimiento del feudalismo. En la Baja Edad Media se destacan en España las *Siete Partidas* de Alfonso X (1256-1263) y el desarrollo del Derecho foral; en Alemania resalta la formación del *Sacro Imperio Romano Germánico* (1273); en Inglaterra se produjo el surgimiento del *Common Law* y de la *Equity* (siglo XI); en Francia se conservaron las tradiciones romanas en la región del sur (*pays de droit écrit*). Más allá de todos estos sucesos, el fenómeno jurídico más recordable durante la Baja Edad Media tuvo lugar en Italia, donde a partir del siglo XI se produjo un notable resurgimiento de los estudios y de la producción jurídica, vinculados a la actividad académica de la Universidad de Bolonia.

#### 4.5. Derecho moderno

Comprende el Derecho de los siglos XV a XVIII. Se caracterizó por el desarrollo de una fuerte organización estatal (absolutismo monárquico) dotada de poderes ilimitados. Ante el delito, o frente a cualquier forma de contestación a la autoridad, el Estado ejercía sus poderes en forma de venganza y hasta el completo exterminio del infractor. En esta época (el “Renacimiento”) se produjeron cuatro hechos fundamentales: (1) los nuevos descubrimientos geográficos; (2) el quiebre de la unidad religiosa en Occidente; (3) la consolidación de los Estados nacionales; (4) el desarrollo del capitalismo. El fin de la Edad Media y advenimiento de la modernidad propiciaron el nacimiento de un nuevo paradigma político, cultural y jurídico. De acuerdo al mismo, el mundo fue repartido entre las principales potencias europeas; así, se determinó quiénes eran sujetos de Derecho y quiénes no; cuáles tierras eran *res nullius* y por tanto susceptibles de dominio colonial; a quiénes se podía “legítimamente” tomar como esclavos y, en tal condición, transportarlos al Nuevo Mundo, etc. Las relaciones regidas por el Derecho moderno se basaron en la existencia de dos estamentos privilegiados (el alto clero y la nobleza) por lo que la igualdad jurídica, lejos de representar un principio general del Derecho, por entonces solo constituía una aspiración proclamada por las “nuevas ideas” políticas.

#### 4.6. Derecho contemporáneo

Es el Derecho que se extiende desde el siglo XVIII hasta nuestro tiempo. Sus características iniciales fueron: (1) la proclamación de la libertad y la igualdad como principios generales; (2) el desarrollo de la codificación y del constitucionalismo como técnicas jurídicas; (3) la adopción del Estado de Derecho como modelo de organización. Desde Michelet en adelante, buena parte de la producción historiográfica ha señalado la aceleración del curso de la historia (García Venturini, 1962, p. 18), por lo que, en forma concomitante, cabría hablar de un incremento en la velocidad del cambio jurídico. Este fenómeno ha propiciado la postulación del surgimiento de un “*nuevo jus commune contemporáneo*” (Casanovas, 1998), identificable por: (1) el rápido aumento y

---

el siglo XIX por Mommsen y Bluhme.

5 Promulgado en Italia por Teodorico, rey de los ostrogodos. Al igual que el anterior reúne fragmentos de los códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano, junto con pasajes de novelas justinianas. Su conocimiento también es debido a investigaciones de Mommsen.

diversificación de las profesiones jurídicas; (2) la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, en particular, al desempeño de tareas jurídicas; (3) la promoción de instancias que eviten la litigación; (4) el cambio en los agentes sociales que demandan servicios jurídicos, con una fuerte presencia de organizaciones colectivas como bancos, sociedades comerciales, organizaciones no gubernamentales, etc.; (5) el pluralismo jurídico vinculado a la globalización de la economía. A todo ello, cabría agregar el vertiginoso surgimiento de nuevas especialidades jurídicas, *inter alias*, el Derecho espacial, el Derecho informático, el Derecho del medio ambiente y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este último particularmente típico de la segunda mitad del siglo XX.

## 5. Concepto e importancia de la Historia del derecho

### 5.1. La historicidad del derecho

La idea de lo jurídico como producto cultural e histórico es una tesis relativamente reciente, pues fue desarrollada a comienzos del siglo XIX. En ese momento, se produjo la irrupción de la Escuela Histórica del Derecho con la publicación, en 1814, del clásico de Karl Friedrich von Savigny (1779-1861), titulado *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*.

En esta obra Savigny instaló la idea de la historicidad del derecho. Hasta entonces –comienzos del siglo XIX– había predominado la escuela jusnaturalista (fundamento doctrinario de las dos grandes revoluciones de la época, la estadounidense en 1776, y la francesa en 1789). La visión jusnaturalista era considerada como “a-histórica” por Savigny.

De acuerdo al jusnaturalismo, el derecho positivo debe concretar los principios del derecho natural, guía y modelo necesario para el legislador. Afirmar que los principios de derecho natural (como entiende la doctrina jusnaturalista) resultan evidentes, justos, superiores y anteriores al derecho positivo, y –sobre todo– considerarlos *permanentes* y *absolutos*, en opinión de Savigny, equivale a una negación del papel de la historia en el desarrollo jurídico.

Por el contrario, Savigny, principal abanderado de la Escuela Histórica<sup>6</sup>, sostuvo que el derecho es producto del “espíritu del pueblo” (*volksgeist*), esto es, un conjunto integrado por el lenguaje, las tradiciones, las costumbres y el derecho, que caracteriza a un pueblo a lo largo de su historia<sup>7</sup>.

La Escuela Histórica del Derecho fue, en principio, típicamente alemana. Con la

6 Fundada por Gustav von Hugo (1764-1844), la Escuela histórica del derecho nucleó, además de Savigny –quien llegó a ser su máximo exponente– y entre otros, a Johann Herder ((1744-1803), Wilhelm Grimm (1786-1859), Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Bartold Georg Niebuhr (1776-1831) y Bernard Windscheid (1817-1892). En las décadas siguientes a su creación, la escuela histórica del derecho derivó en la corriente denominada “jurisprudencia de conceptos” (*Begriffsjurisprudenz*), tendencia a la que luego se opuso la “jurisprudencia de intereses” impulsada por Rudolf von Ihering (1818-1892). De este último movimiento surgió, a comienzos del siglo XX, la “Escuela del derecho libre”.

7 El “espíritu del pueblo” o “espíritu nacional” constituye una idea surgida del nacionalismo romántico alemán, en particular, de la obra del filósofo Johann Fichte (1762-1814), conocido por sus “Discursos a la nación alemana” (1808), obra compuesta durante la ocupación napoleónica en territorios alemanes. El *volksgeist* o “espíritu del pueblo” resume la identidad y las particularidades de cada nación: lo que es considerado bueno o deseable para un pueblo puede no serlo para otro, en cuanto dicha comunidad no crea en la misma idea, o si considera como evidente lo opuesto.

traducción a otros idiomas de las principales obras de Savigny, de Herder y de Fichte, se difundió en distintos países de Europa y conquistó adhesiones en más de uno de ellos. En España, por ejemplo, las ideas calaron en una vertiente tradicionalista encabezada por José Amador de los Ríos y Serrano (1816-1878), a la cual adhirió una parte considerable de la intelectualidad española. De este modo, la influencia alemana primero alcanzó a la historiografía hispánica, y luego se extendió hacia América.

## 5.2. Contexto del surgimiento de la Escuela Histórica del Derecho

La Escuela Histórica del Derecho fue, por un lado, una reacción contra el “a-historicismo” jusnaturalista, y, por otro, un movimiento contrario a la codificación francesa.

El 18 de mayo de 1804 Napoleón Bonaparte (1769-1821) fue proclamado *Empereur des Français*. Militar de profesión –y visceralmente desconfiado de los abogados<sup>8</sup>– su mayor contribución a los tiempos fue de índole jurídica: la codificación. Entre 1804 y 1811 Napoleón promulgó los *cinco grandes*, a saber: el Código Civil (1804)<sup>9</sup>, el Código del Proceso Civil (1806), el Código de Comercio (1807), el Código Penal (1810) y el Código de Instrucción Criminal (1811).

El objetivo que se proponía Napoleón era alcanzar la estabilidad política en Francia, para lo cual consideraba imprescindible lograr previamente la seguridad jurídica. Ello requería que la ley fuera escrita y que estuviese formulada de la manera más clara posible. Sobre la base del derecho tradicional franco-germánico, y de la tradición romanista contenida en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, el Código Civil de 1804 –complementado luego por los cuatro códigos aprobados tras este– tendió a plasmar los grandes principios emanados de la revolución francesa: igualdad jurídica, protección de la propiedad, libertad económica, libertad de contratación, y libertad de trabajo. Al mismo tiempo, el movimiento codificador buscó concretar en la realidad los valores de la sencillez, la racionalización, estatalidad, plenitud y organización del sistema de fuentes del derecho.

El éxito de la codificación francesa fue tal que, poco después, en Alemania se comenzó a reclamar el inicio de un proceso similar. El líder de este planteo fue Anton Justus Friedrich Thibaut (1774-1840), quien, en un opúsculo publicado en 1814 (*Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*) esgrimió la tesis de la codificación del derecho civil como medio para avanzar hacia la unidad jurídica. Por entonces, la nación alemana estaba dispersa en treinta y nueve reinos, circunstancia que, además de dificultar en la práctica el tráfico civil y comercial, constituía una traba para el progreso jurídico.

La respuesta de Savigny fue enérgica. En el mismo año de la aparición del trabajo de Thibaut (1814) Savigny publicó *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. En esta obra, y través de la *Revista para la ciencia histórica del derecho*, que de inmediato comenzó a editar, Savigny sostuvo la tesis contraria a la impulsada por Thibaut. En lo sustancial, afirmó que aún no estaban dadas las condiciones para la codificación del derecho civil en Alemania, y que un proceso tal generaría la “cristalización”

8 Se atribuye a Napoleón la expresión “Yo quiero que pueda cortarse la lengua a cualquier abogado que se vuelva contra mi gobierno”. La magnitud del aporte al desarrollo del derecho fue advertida por aquel en el período previo a su muerte, durante la prisión en la isla Santa Elena: “Mi verdadera gloria –señaló– no está en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo anulará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi código civil”.

9 El Código Civil francés fue promulgado el 21 de marzo de 1804, es decir, previo a la coronación de Napoleón, cuando este era cónsul.

del desarrollo jurídico, es decir, una parálisis en su evolución. El vehículo para alcanzar la ansiada unidad jurídica en Alemania debía ser, de acuerdo con la tesis historicista de Savigny, el desarrollo de una ciencia jurídica basada en conceptos generales<sup>10</sup>. Tal fue origen de la Escuela Histórica del Derecho, cuya fecunda influencia llega a nuestros días.

### 5.3. Cultura y derecho

Uno de los mayores aportes de la Escuela Histórica del Derecho ha sido su concepción del derecho como elemento integrante de la cultura, de la cual, más que simple parte, constituye un componente fundamental.

Siguiendo la clásica definición de cultura formulada por Edward Tylor, fundador de la antropología, la cultura puede ser definida como: "... ese todo complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad" (Tylor, 1871, p. 1).

En un sentido similar, Marvin Harris ha caracterizado a la cultura como "... el conjunto aprendido de tradiciones y estilos de vida, socialmente adquiridos, de los miembros de una sociedad, incluyendo sus modos pautados y repetitivos de pensar, sentir y actuar" (Harris, 1990, p. 19).

La cultura es histórica y tiende a objetivarse. Se desenvuelve a partir de actos que, una vez generados por su creador, dejan una impronta o un testimonio objetivo que puede ser estudiado y seguido. Por ejemplo, un cuadro es obra de su autor, lo mismo que un libro, o una norma jurídica, pero luego cualquiera de estas obras se independizan de sus autores y pasan a ser patrimonio de las generaciones que siguen (Peces Barba, 1983, p. 82).

La cultura de una sociedad tiende a ser similar en muchos aspectos de una generación a otra, lo que se conoce como *endoculturación*, esto es, la continuidad de vida que se mantiene por medio del aprendizaje. Al mismo tiempo, al comparar culturas, observaremos diferencias significativas, es por ello que los antropólogos hablan de un "*relativismo cultural*".

Por ello, para comprender las estructuras políticas, sociales y jurídicas que cada sociedad se ha dado en las distintas etapas de su existencia, es indispensable profundizar en el conocimiento de su cultura. En lo que concierne específicamente al derecho, para que un estudio de esta naturaleza pueda ser completo, requiere analizar las razones de los cambios, el surgimiento de nuevas normas e instituciones, el contenido jurídico de estas últimas, su vigencia y las consecuencias de su aplicación. Tal es la tarea de la Historia del Derecho.

### 5.4. Necesidad del estudio histórico del derecho

El aporte del historiador del derecho es esencial para la comprensión del fenómeno jurídico, ya que las normas e instituciones jurídicas no surgen por "generación espontánea" ni brotaron de un día para el otro en la mente del legislador, sino que constituyen el resultado de procesos culturales.

De lo dicho se concluye la necesidad de los estudios histórico-jurídicos: no hay ciencia verdadera del derecho si se prescinde de la historia. Sin esta, a lo sumo se logrará "un conocimiento fragmentario, parcial, incompleto, o meramente superficial, externo, descriptivo" (Levaggi, 1986, p. 3).

---

<sup>10</sup> Como se observa, la tesis de Savigny se fundó en una concepción evolutiva e histórica del derecho, que resultaba opuesta a las ideas universales e individualistas de la revolución francesa.

En opinión de Levaggi, el estudio histórico del derecho responde a tres necesidades:

(i) *para conocer y aplicar el derecho actual*: los elementos históricos contenidos en el derecho solo pueden ser científicamente captados por la historia. Un conocimiento causal y razonado del derecho requiere el estudio de su desarrollo histórico, hasta desembocar en la situación actual.

(ii) *Para complementar la visión de la dogmática jurídica*: el historiador del derecho es un especialista en dinámica jurídica, y como tal, tiene noción de la relatividad de las instituciones, cualidad que no siempre posee el jurista dogmático.

(iii) *Para saber qué es el derecho*, porque, para aprehenderlo y establecerlo, el observador debe valerse de la filosofía y auxiliarse de la historia (Levaggi, 1986, p. 3).

## 5.5. La naturaleza “dual” de la historia del derecho

No existe unidad de criterio respecto de la naturaleza de la historia del derecho. Mientras algunos historiadores del derecho (Francesco Callasso, Helmut Coing, Bruno Paradisi, Francisco Tomás y Valiente) la encuadran dentro de las disciplinas históricas, otros historiadores del derecho (Alfonso García Gallo, Pietro de Francisci, Ricardo Orestano) y juristas de renombre (Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos Santiago Nino) incluyen a la historia del derecho dentro de las ciencias jurídicas.

Alfonso García Gallo mantiene este último criterio en base a dos observaciones: (1) existen diferencias entre la historicidad del derecho y la de otros actos y fenómenos de la cultura. Tales diferencias resultan perceptibles en la persistencia temporal de las instituciones jurídicas: el Código de Hammurabi, hace cuatro mil años, ya regulaba cuestiones actuales, como la ganancialidad de los bienes matrimoniales o la responsabilidad penal por actos no queridos, esta última hoy prevista en los delitos culposos; (2) el jurista que trabaja como historiador del derecho no puede limitarse a reconstruir un sistema pasado sino que debe desentrañar su evolución, utilizando los datos que posee con técnica de jurista.

En medio de estas dos posiciones ha ganado terreno la idea de una naturaleza “dual” o “bifronte” de la historia del derecho, pues la disciplina aplica el *método histórico* al estudio de *contenidos jurídicos*. De allí que la naturaleza de la materia sea mixta: es histórica en lo que refiere al método, pero es jurídica por el objeto (Roca, 1975. p. 23).

## 6. Historia del derecho y Derecho comparado

La comparación, elemento fundamental en todo acto cognitivo, presenta dos variedades: la modalidad diacrónica y la sincrónica.

La *diacronía* es el desarrollo o sucesión de hechos a través del tiempo; se habla de tiempo diacrónico cuando un hecho sucede al otro. Este enfoque –en el eje de la sucesión, o eje temporal– estudia relaciones entre fenómenos anteriores o posteriores; es, por tanto, el objeto del conocimiento histórico.

La *sincronía* consiste en la coincidencia de hechos o fenómenos en el tiempo. El método sincrónico explica los fenómenos a través de relaciones que ocurren al mismo tiempo,

es decir, en el eje de la coexistencia o simultaneidad. El análisis sincrónico, de carácter descriptivo-comparativo, es el objeto del Derecho comparado<sup>11</sup>.

Tanto la Historia del derecho como el Derecho comparado emplean el método comparativo, con un enfoque *diacrónico* en la primera, y *sincrónico* en la segunda. De allí la proximidad entre ambas disciplinas, que se complementan: el Derecho comparado proporciona al historiador del derecho elementos para el conocimiento de los orígenes y desenvolvimiento de las instituciones y los conceptos jurídicos. En cualquier estudio comparado de derecho debe darse importancia al enfoque histórico, porque a través de éste es posible comprender las relaciones de intercambio de normas —los *transplantes legales*— que se dan entre los distintos sistemas jurídicos (Watson, 1993, p. 4).

## 7. Breve panorama de la filosofía de la historia, en referencia a la evolución jurídica

Además de mantener un estrecho vínculo con el derecho comparado, la Historia del derecho tiene una conexión muy próxima con la Filosofía del derecho y, en particular, con la Filosofía de la historia. Esta última es la rama especial de la filosofía que se ocupa de determinar las esencias inteligibles o *raisons d'être* del proceso histórico, o “la aplicación final del conocimiento filosófico al desarrollo singular de los acontecimientos humanos” (García Venturini, 1982, p. 25). Según Sawiki, mientras el historiador desea saber lo que ha sucedido y cómo ha sucedido, la filosofía de la historia, por el contrario, “parte de los resultados de lo histórico para deducir reflexiones generales sobre las *causas* y las *leyes del hecho histórico*, sobre la *meta final de la historia*, y su concatenación o engranaje a través de los sucesos” (García Venturini, 1982, p. 24).

Resumiendo un problema complejo, podría decirse que la filosofía de la historia reconoce tres grandes posturas: (1) una posición nostálgica, a la que podríamos denominar como “pesimismo histórico”, según la cual *todo tiempo pasado fue mejor*. Este punto de vista aparece en aquellas interpretaciones que hablan de un pasado ideal y perfecto, algo así como la leyenda de la *Atlántida* hundida y tristemente perdida<sup>12</sup>; (2) en el extremo contrario se encuentra la idea optimista, típica de la *Ilustración*, que considera al desarrollo histórico como progreso, es decir, como una expansión y mejora continua de la humanidad; (3) finalmente, debe mencionarse la noción de la historia como *corsi e ricorsi* (Giambattista Vico), esto es, como una sucesión de ciclos que se repiten y en los que existen avances y retrocesos.

De las tres posturas brevemente descritas, dos tienen plena aplicabilidad a la historia del derecho: descartando la visión pesimista (puesto que resulta insostenible afirmar que el derecho pretérito fue mejor que el actual), las restantes dos tesis —la del progreso histórico, y la que considera a la evolución jurídica como “*corsi e ricorsi*”— resultan sustentables, en especial, la que concibe a la evolución jurídica como sinónimo de crecimiento.

Si partimos de la premisa que el progreso es una marcha hacia adelante, o un “esfuerzo por la perfección” (Caso, 1978, p. 127), hallaremos buenas razones para adoptar la idea del

11 El Derecho comparado confronta los distintos sistemas jurídicos para encontrar sus variantes (derecho comparado descriptivo) o como medio de inspiración para reformas jurídicas (Derecho comparado aplicado).

12 Se sugiere, sobre este particular, repasar la leyenda platónica expuesta en los diálogos *Timeo* y *Critias*.

devenir jurídico como expansión. En historia no hay jamás decadencia que no sea a la vez formación y preparación de nueva vida, y por lo tanto, de progreso (Croce, 1944, p. 41): el desarrollo jurídico forma parte del avance de la cultura en general, y este ha fomentado la inteligencia, tornándola más libre, soberana e independiente (Croce, 1944, p. 135). Estas realizaciones, en particular la consagración de la libertad como premisa jurídica, forman parte directa de la evolución jurídica.

Dentro de la antigüedad clásica puede observarse un progreso en el derecho romano; aunque incompleta, dicha mejora permitió, entre otros cambios, una variación en la condición de la mujer y de los hijos de familia, en el trato a los esclavos y en la condición de los extranjeros. En la Época Moderna, se constata que algunas de las ideas adelantadas en las utopías del siglo XVI —la limitación de la jornada de trabajo y la humanización de la justicia penal, por ejemplo— fueron parte de los cambios jurídicos concretados en los siglos siguientes. Otros testimonios del progreso jurídico se aprecian en la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales (primera mitad del siglo XX), así como en el reconocimiento y amplio desarrollo de los derechos humanos, movimiento característico de la segunda mitad del siglo XX y que continúa hasta el presente.

## 8. Conclusión

El peso que tiene la historia en la formación del derecho es una cuestión discutible, pero una postura que niegue abiertamente dicha incidencia difícilmente pueda hoy sustentarse desde el punto de vista científico (Levaggi, 1986, p. 1).

El derecho de un país en un momento determinado no está constituido solamente por el conjunto de las normas jurídicas, más o menos abstractas, producto de la mente de un legislador o de un grupo de legisladores, sino que es el resultado de los factores sociales, económicos, geográficos y religiosos que lo condicionan y explican (Ots Capdequí, 1943, p. 15).

La historicidad del derecho se constata en la transformación de las instituciones jurídicas. Mediante procesos de evolución, o bajo la forma de cambios revolucionarios, las instituciones jurídicas se modifican por la influencia de los cambios sociales y del progreso tecnológico. Dicha mutación contribuye a la conservación de la armonía entre tales instituciones y su entorno social y cultural. Un buen ordenamiento jurídico facilita la prosperidad y el adelanto de un pueblo, la paz y la efectividad de la justicia en las relaciones sociales; por el contrario, un sistema jurídico inadecuado o injusto suele provocar resistencias colectivas, que generalmente desembocan en la sustitución por medio de la violencia (Zorraquín Becú, 1988, p. 27).

Lo dicho confirma la tesis expuesta en este trabajo acerca de la necesidad de estudios histórico-jurídicos sistemáticos y completos. Según Levaggi, los estudios históricos parcializados entrañan un riesgo científico. Para explicarse, el mencionado autor recurre a la fábula del rey de la India<sup>13</sup>, cuya cita viene al caso:

---

13 Respecto del concepto de “fábula”, es útil recordar la distinción planteada por Voltaire sobre *historia* y *fábula*: la historia es el relato de hechos presentados como verdaderos, al contrario de la fábula, que es el relato de hechos presentados como falsos o ficticios. Respecto de este pasaje, Alfred Stern observa que si bien la historia relata hechos tenidos por verdaderos, no todos los hechos verdaderos son hechos históricos, y pone el siguiente ejemplo: de todos los niños nacidos en Francia el 15 de agosto de 1769 solo uno tiene interés para la historia: Napoleón Bonaparte. La definición que da Voltaire es demasiado amplia porque, para ser histórico, un hecho debe tener cierto “valor”, es decir, trascendencia (Stern, 1963, p. 83).

Reunidos los ciegos, mandó el rey mostrarles sus elefantes. Un ciego palpó una pata; otro, la cola; un tercero, el comienzo de la cola; un cuarto, el vientre; un quinto, el lomo; un sexto, las orejas; un séptimo, los colmillos; y un octavo, la trompa. Cuando debieron responder a la pregunta del rey: ¿A qué se parecen mis elefantes?, el primer ciego dijo: Tus elefantes se asemejan a las columnas; el segundo: a una escoba; el tercero: a una rama; el cuarto: a un montón de tierra; el quinto: a un muro; el sexto: a una montaña; el séptimo: a los cuernos; y el octavo: a una cuerda gruesa. Y todos creyeron tener razón. (Levaggi, 1986, p. 7)

Limitar los estudios históricos del derecho solo a la investigación de los antecedentes de las normas vigentes puede generar visiones tan limitadas como las descritas en la fábula. Como sistema que es, el derecho debe ser globalmente considerado como un objeto de estudio histórico. Por ende, y en tanto especialidad que posee un método y una técnica propia, la enseñanza de la Historia del derecho requiere una formación y una experiencia específica. En palabras de Levaggi: “se requieren especialistas en la materia” (Levaggi, 1986, p. 8).

## 9. Síntesis

En este trabajo han sido expuestas las siguientes ideas:

a) Es necesario distinguir entre *historia* e *historiografía*. La *historia* comprende el relato y el análisis de hechos sociales, culturales o económicos de una comunidad; la *historiografía* es el registro escrito de la historia, y reúne toda la producción relacionada con aquel objeto (libros, revistas especializadas, investigaciones, etc.).

b) La historia relaciona las tres dimensiones temporales, pues apunta a la reconstrucción del pasado, a la mejor comprensión del presente y a una razonable previsión del futuro.

c) Hoy es ampliamente aceptada la idea de lo jurídico como producto cultural e histórico, pero debe tenerse en cuenta que este punto de vista fue difundido recién a comienzos del siglo XIX, cuando se produjo en Alemania la irrupción de la Escuela Histórica del Derecho.

d) La Escuela Histórica del Derecho fue, por un lado, una reacción contra el “a-historicismo” jusnaturalista, y, por otro, contra el movimiento codificador francés.

e) El aporte de la historia del derecho es esencial para la comprensión del fenómeno jurídico: las normas y las instituciones jurídicas no surgen por “generación espontánea”, ni brotaron de un día para el otro en la mente del legislador, sino que fueron el resultado de procesos culturales.

f) El peso que tiene la historia en la formación del derecho es una cuestión discutible, pero una postura que niegue abiertamente dicha incidencia difícilmente pueda hoy sustentarse desde el punto de vista científico.

g) El estudio histórico del derecho es indispensable para: (i) *conocer y aplicar el derecho actual*; (ii) *complementar la visión de la dogmática jurídica*; (iii) *saber qué es el derecho*.

h) La Historia del derecho tiene una vinculación próxima con el derecho comparado y con la filosofía del derecho, en especial, con la filosofía de la historia.

i) La Historia del derecho tiene una naturaleza “dual” o bifronte, pues aplica el *método histórico* al estudio de *contenidos jurídicos*.

## 10. Actividades sugeridas

1) Investigar la conexión disciplinaria entre la historia del derecho y la filosofía del derecho.

2) Identificar la relación entre Historia del derecho y el Derecho comparado.

3) Desarrollar una visión de la filosofía de la historia, aplicándola al fenómeno de la evolución jurídica.

4) Responder las siguientes interrogantes:

a) *¿Cuál es el aporte y la importancia de los estudios históricos del derecho?*

b) *¿Cuál es la naturaleza de la Historia del derecho? ¿Es una rama especial de la historia o es parte de la ciencia jurídica? ¿Por qué?*

c) *¿Qué relación existe entre derecho y cultura?*

d) *¿En qué contexto surgió la Escuela Histórica del Derecho? Según esta corriente: ¿qué importancia tiene el “espíritu del pueblo”? ¿Cuál es rol de la ciencia jurídica?*

e) *¿Qué significa que la historia del derecho tiene una naturaleza “dual” o “bifronte”?*

## 11. Bibliografía básica

Bloch, M. (1990). *Introducción a la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Cassirer, E. (1951). *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica.

Levaggi, A. (1986). *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, tomo 1.

Handlin, O. (1982). *La verdad en la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ots Capdequí, J.M. (1943). *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias*. (Tomo I). Buenos Aires: Instituto de Historia del Derecho Argentino.

Ribas Alba, J. M. (2015). *Prehistoria del Derecho. Sobre una “genética” de los sistemas jurídicos desde el Paleolítico*. España: Almuzara.

Roca, C. A. (1975). *Estudios de Historia del Derecho*. Montevideo: Biblioteca Nacional.

Sanz, V. (1962). *La historia y el futuro*. Montevideo: FHCE, Udelar.

Stern, A. (1963). *La filosofía de la historia y el problema de los valores*. Buenos Aires: Eudeba.

Walsh, W.H. (1968). *Introducción a la Filosofía de la Historia*. México: Siglo XXI.

Zorraquín Becú, R. (1988). *Historia del Derecho argentino*. Buenos Aires: Perrot.

## 12. Bibliografía complementaria

- Agüero, A. (2012). *Historia política e Historia crítica del derecho: convergencias y divergencias*. Recuperado de: [https://archivo.polhis.com.ar/datos/Polhis10\\_AGUERO.pdf](https://archivo.polhis.com.ar/datos/Polhis10_AGUERO.pdf)
- Aguilera Barquet, Bruno (1991), *Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho*. Recuperado de: <https://Dialnet-ReflexionesSobreElConceptoDeHistoriaDelDerecho-820319.pdf>
- Bottero Bernal (2010). *Filosofía del derecho e historia del derecho: espacios para el encuentro*. Universidad de Medellín. Recuperado de: <https://historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/22179/23496>
- Casanovas, P. (1998). *Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo jus commune*. Working Paper N°. 146. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)
- Caso, A. (1978). La definición del progreso y la filosofía de la historia. En *Antología Filosófica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Collingwood, R. G. (2000). *Idea de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Croce, B. (1944). *La historia como hazaña de la libertad* (traducción de Enrique Díez-Canedo). México: Fondo de Cultura Económica.
- Fonseca, R. M. (2012). *Introducción teórica a la historia del derecho*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14913/introduccion\\_fonseca\\_2012.pdf?sequence=2](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14913/introduccion_fonseca_2012.pdf?sequence=2)
- García Venturini, J. (1962). *Filosofía de la historia*. Madrid: Gredos.
- Harris, M. (1990). *Antropología cultural*. Traducción de Bordoy, V. y Revuelta, F. Madrid: Alianza Editorial.
- Martínez Altamira, M. M. (2012). *Historia del Derecho: una reflexión sobre el concepto y el método ante la implementación del Espacio Europeo de Educación Superior*. Universidad de Alicante. Recuperado de: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22917/6/HISTORIA%20DEL%20DERECHO%2013%20junio%202012.pdf>
- Peces Barba, G. (1983). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate.
- Sánchez Jaramillo, L. F. (2005). La historia como ciencia. En *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* (Vol. 1, N° 1). Manizales, Colombia: Universidad de Caldas.
- Schaff, A. (1982). *Historia y verdad*. México: Grijalbo.
- Watson, A. (1993). *Legal transplants. An approach to comparative law*. Georgia: The University of Georgia Press.

# Fuentes del Derecho

Dra. Graciela Porta Sicardi

## 1. El mundo antiguo. Roma

### 1.1. Breve reseña sobre la organización política, social y económica de Roma desde su fundación hasta la muerte de Justiniano (754 a. C. – 565 d.C.).

*En tantos siglos de creación y desarrollo del derecho de Roma, este no podía conservar caracteres uniformes, ni rasgos inmutables que no sintieran las variantes y transformaciones propias del correr de los tiempos, que lenta, pero gradualmente, transcurren para las personas, las instituciones y los Estados. (Argüello, 1986)*

En general, los historicistas del derecho engloban en la expresión Derecho Romano al conjunto de normas, principios y conductas jurídicas que rigieron en Roma desde su fundación (754 a. C.) hasta la muerte del emperador Justiniano en el 565 de nuestra era.

#### 1.1.1. Introducción

Factores extrajurídicos, sociales, políticos y económicos están presentes en el avance del derecho y la producción de las normas jurídicas. Nos referiremos a ellos en este capítulo teniendo en cuenta que los cambios son procesos ora más lentos, ora más veloces, que se producen entre continuidades y rupturas con el pasado. Muchas veces tomamos fechas o hitos históricos para considerar el fin y el surgimiento de nuevas etapas, pero ello no conlleva el pasaje tajante de una a la otra. Partiendo de esta premisa es que trataremos de hacer una brevísima incursión por el pasado político, social y económico de Roma con la sola finalidad de saber el contexto en que aparecen las diferentes fuentes de producción del derecho y en el que se desarrollan las instituciones jurídicas.

Desde su fundación (de acuerdo a la tradición, en el 754 a. C) y hasta el año 476 d. C. con la caída del Imperio Romano de Occidente, Roma pasó por diversas etapas de organización social, política y jurídica. Los historiadores del derecho han reconocido cuatro períodos políticos en Roma, en general precedidos y acompañados por cambios sociales y económicos. Estos cuatro períodos son Monarquía, República, Principado y Dominado, aunque algunos autores engloban los dos últimos bajo la nomenclatura de *Imperio* y hablan del *Alto* y *Bajo Imperio romano*.

## 1.1.2. La monarquía

### Instituciones políticas

En el período que va desde su fundación hasta el año 509 a. C., Roma se constituyó en una Monarquía con un Rey que concentraba el poder político, militar y religioso. Se acepta que además del rey, los órganos o instituciones políticas fundamentales de la antigua urbe fueron el Consejo de Ancianos o Senado y las Asambleas de todos los miembros de la comunidad también llamados *comicios curiados* (luego centuriados o por tribus). El Rey era el Magistrado supremo, vitalicio.

No hay unanimidad entre los autores sobre su forma de elección. Según Cicerón, el pueblo elegía al Rey en los comicios con la autorización del Senado; según Bonfante el Rey era elegido por su antecesor. Las asambleas por curias tuvieron funciones muy limitadas. No está probado que tuvieran una función legislativa y que su actuación se limitara sólo a determinados actos jurídicos que veremos a lo largo del curso (adrogatio, testamento calitis comitis) y a reforzar el poder del rey. Tampoco del senado emanaron normas jurídicas generales, aunque se trató de un órgano consultivo de gran importancia. Sus miembros eran elegidos en orden a la edad (senex-ancianos) y a su experiencia y sabiduría.

### Monarquía itálica

La mayoría de los autores concuerdan en que es posible reconocer dos períodos en la Monarquía: itálico y etrusco. Sin embargo, una minoría (entre los que se cuentan autores de la talla del historicista del derecho romano Arangio Ruiz) sostiene que Roma fue fundada por pueblos etruscos).

En el primer período, los pueblos que se fueron asentando en el Lacio, lugar de fundación de Roma, eran pueblos itálicos pertenecientes a diferentes etnias de origen indoeuropeo que, una vez instalados, se dedicaron a la ganadería y a la agricultura. Sus principales preocupaciones entonces consistían en la obtención de tierras y de útiles de labranza. Asimismo, era menester que se formaran para la guerra no solo para conservar sus territorios frente a la posible amenaza de otros pueblos sino, como veremos más tarde, para la conquista de nuevos territorios. Estos pueblos fundaron aldeas en las colinas de la zona del Tíber (Italia Central) que en principio funcionaron como agrupamientos independientes unos de otros, pero con el tiempo se unieron y conformaron una liga o confederación de aldeas a la que se le conoció con el nombre de *Septimontium*. Dentro de la confederación, estuvieron organizados en familias, tribus y curias.

### La familia romana

La familia estaba organizada de forma piramidal, de tal suerte que en el vértice se encontraba un jefe al que se le designó como *pater familiae*. Este era quien ejercía el poder sobre todos los demás miembros de la familia ya fuesen estos descendientes, mujeres casadas *cum manu*, adoptados, adrogados (situaciones que veremos al desarrollar más adelante la institución familia en Roma). La familia romana puede definirse como aquella agrupación de personas libres que se encontraban bajo el poder de un *pater familiae*; estaban unidas entre sí y respecto del *pater* por un parentesco de carácter civil, de manera que no necesariamente eran parientes sanguíneos. Este parentesco se medía por grados y por línea. Aquellos que descendían directamente del pater u ocupaban el mismo lugar (mujer casada *cum manu*, o adoptados) hijos, nietos, bisnietos y tataranietos se consideraban parientes

en línea recta y los grados que lo separan de sus antecesores se medían de a uno en vez (por ej., el hijo es descendiente en línea recta del *pater* y está en primer grado, el nieto es descendiente en línea recta del *pater* y está en el segundo grado; los demás parientes eran considerados como línea colateral y los grados se medían de acuerdo al vínculo con el *pater*). Si queremos saber qué grado une a dos hermanos deberemos contar una línea de un hijo al *Pater* y otra línea del *pater* al otro hijo por lo que serán los hermanos parientes en línea colateral de segundo grado. El poder del *pater* solo se transmitía por línea masculina por lo que a la muerte de este se formaban tantas familias como descendientes varones de primer grado hubieren. Ahora bien, se llamaba *sui iuris* a aquellas personas libres que no tuviesen a nadie que ejerciese la patria potestad sobre ellos (pudiendo ser hombres o mujeres) y *alieni iuris* a todos aquellos hombres libres que estaban bajo la potestad de un *pater*. Todos aquellos que creían descender de un antepasado común conformaban una gens y por tanto portaban lo que ellos llamaban el nombre gentilicio para identificar su pertenencia a la misma. La familia constituía también una unidad económica y un lugar religioso donde el *pater* era el titular del patrimonio, y el jefe del culto a los antepasados. Como tal solo él podía transmitir ambas cosas.

### **Tribus y curias**

La tradición romana habla de que la población de la ciudad estuvo dividida en tres tribus: Ramnes, Titios, Luceres. Esta división tuvo posiblemente su base en el diverso origen étnico (latino, sabino, etc.) (de Churruca, 1989, p. 32) y hasta la dominación etrusca el pueblo romano creó unidades de carácter militar llamadas curias. Cada una de esas primitivas tribus estuvo dividida en 10 curias (lat. *curia* de co-viria: agrupación de varones) (de Churruca; 1989, p. 32). Cuando el pueblo romano se reunía, lo hacía por curias (*comitia curiata* o asambleas por curias). Dentro de la población se distinguían los patricios (fundadores de Roma) –clase dominante y privilegiada– de los plebeyos cuyo origen exacto se desconoce, ya que existen diversas teorías sobre su composición. Las curias estaban integradas por los patricios, aunque hay autores que sostienen que también la integraron plebeyos. Durante la época latino sabina los plebeyos no podían contraer matrimonio con patricios y no podían ocupar cargos públicos.

### **Monarquía etrusca**

#### **Familias, tribus y centurias**

Durante este período la familia no cambia de estructura pero sí lo hace la organización de las tribus que de ahora en más serán cuatro, totalmente independientes de las etnias y que corresponden a cuatro circunscripciones de carácter administrativo de la ciudad atendiendo al domicilio de las personas. Los etruscos dan a Roma la estructura de una ciudad-estado. Junto a estas cuatro tribus urbanas se van formando otras rústicas ocupadas por terratenientes.

Se produce también una reforma en el ejército. La política expansionista del pueblo etrusco hizo necesario recurrir a un ejército más grande y mejor organizado. Las curias serán reemplazadas por centurias. Estas eran agrupaciones de 100 hombres, soldados de infantería (*pedites*) reclutados entre los plebeyos que debían comprarse las armas, y los caballeros que eran reclutados entre los patricios y a los cuales se les proporcionaba las armas, el caballo y la alimentación del mismo. A partir de la creación de las centurias se produce un cambio social importante. Al formar parte de las centurias, los plebeyos

formaban parte de las asambleas del pueblo (*comitia centuriata*). Asimismo, la pertenencia a las centurias ya no fue una cuestión del patriciado como en las curias sino que se utilizó un criterio económico. Se dice que corresponde a una reforma del Rey etrusco Servio Tullio la estructura del orden centuriado. En realidad no propuso una nueva organización sino que cambió los criterios de discriminación, ya que el reparto de la ciudadanía pasa a ser en orden a la riqueza y no a la pertenencia a una clase.

En el año 509 o 510 a. C. se produce la caída del último rey etrusco y el advenimiento de la República.

### 1.1.3. La República romana

A partir de la caída del último rey etrusco, Roma se va a dar una nueva constitución. No está claro para los historiadores si se trató de un lento y gradual proceso o de una ruptura traumática y por tanto revolucionaria. El período de transición de un régimen a otro permanece aún oscuro. De todas formas, este cambio de constitución supuso el reemplazo de un rey (que permaneció solo con fines religiosos) por dos magistrados destinados a cumplir las funciones políticas y a los que se dio el nombre de Cónsules. *Res publica* o cosa pública fue el término que se utilizó para designar los intereses públicos por contraposición a los intereses privados o familiares.

Varios acontecimientos suceden en el período de transición de la monarquía a la república. Por un lado, los plebeyos van a presionar para obtener una ley que fuera aplicable a todos por igual. Se va a nombrar una magistratura suprema (no con carácter permanente), compuesta por diez miembros llamados *decenviri* para la redacción de esa ley. En esta época se va a culminar definitivamente el antagonismo entre patricios y plebeyos, y se van a consolidar las facultades políticas de las asambleas populares o comicios centuriados. Hubo también acontecimientos económicos y sociales que influyeron profundamente en el derecho.

Como señala De Churruca:

En el campo económico-social el cambio se dio en la segunda mitad del siglo III con el desarrollo del sistema esclavista y del latifundismo, con la aparición a gran escala de nuevas formas de vida económica como el comercio, los negocios, el transporte marítimo, la banca, etc. En el campo cultural el momento decisivo fue algo posterior y coincidió con la penetración del helenismo en Roma, en el siglo II a. C?. (De Churruca, 1989, p. 45)

## Instituciones políticas del período republicano

### Las magistraturas

Como ya se señaló *ut supra*, con el advenimiento de la República se sustituyó el poder del Rey por el de dos Cónsules, dos magistrados supremos que tenían en forma compartida el poder político y militar en Roma. A decir de Bonfante, en la República se mantienen los mismos elementos que en la monarquía: magistratura, senado y pueblo, con la diferencia que en este período la magistratura se ve limitada por la temporalidad y por el control de los demás poderes del Estado. Además de este cambio constitucional profundo en cuanto al poder político supremo, se crearon otras magistraturas que van a estar debajo jerárquicamente de los Cónsules pero que van a tener una enorme importancia

en la vida de la Roma republicana y en el avance del derecho. Dentro de las magistraturas se distinguían las ordinarias de las extraordinarias. Eran magistrados ordinarios aquellos electos periódicamente y que constituían elementos ordinarios dentro de la organización cívica de Roma. Esto es Cónsules, Pretores, Ediles, Censores y Cuestores. Eran magistrados extraordinarios aquellos que eran nombrados en circunstancias especiales como por ejemplo los dictadores a quienes se recurría en caso de crisis graves internas o externas. Los magistrados se regían por unas reglas que les eran comunes. En primer lugar, eran cargos electivos. Esta elección la realizaba el pueblo. En principio fueron requisitos para poder acceder a la Magistratura: ser hombre libre e ingenuo, tener el *ius suffragii*, pertenecer a una familia patricia o plebeya de acuerdo a la magistratura para la que fuese electo, no haber sido juzgado por infamia; tener 28 años de edad. Eran designados por los comicios centuriados, en principio los 15 de marzo y luego los días 1° de enero de cada año por el período de un año

Dentro de los poderes que les eran asignados a los magistrados romanos tenemos el *imperium* y la *potestas*. El *imperium* era el mando que ejercían determinados magistrados entre los cuales se encontraban los cónsules, los dictadores y los pretores o sea los que de alguna manera desempeñaban funciones de comando en el ejército centuriado. Los demás magistrados tenían nada más que la *potestas* o sea poder más limitado dentro de su propia competencia. El *imperium* tenía dos aspectos: el *imperium domi* que era el que se ejercitaba en el *Pomerium* o sea dentro de los muros de la ciudad. El único límite era el que le era concedido al pueblo romano o a las demás magistraturas y el *imperium militae* que era el que se ejercía extramuros en la guerra o respecto de los pueblos conquistados y no estaba sujeto a ningún límite. Dedicaremos unas líneas al estudio de las tres magistraturas más importantes de la república romana: el consulado, la pretura y el tribunado de la plebe.

### El consulado

Los cónsules eran designados en número de dos, con lo cual existía una primera limitación a su *imperium* con la sola colegialidad, ya que el poder era compartido. Cada cónsul era el titular de todo el *imperium* y podía ejercitarlo con plena autonomía salvo el derecho que tenía el colega de vetar dichas decisiones (este instituto fue conocido con el nombre de *intercessio*). Este régimen de ejercicio conjunto del *imperium* tuvo algunas excepciones menores como por ejemplo el régimen de turnos mensuales para los asuntos civiles y aquellos asuntos diarios del ejército. Otras veces se utilizó el sorteo para ver quién iba a ser el titular de la decisión o también el acuerdo político entre ellos que la mayoría de las veces se traducía en la división de los territorios sobre los cuales iba a ejercer cada uno el *imperium*.

### La pretura

La pretura urbana fue una magistratura mayor, ordinaria, permanente, unitaria y de duración anual que se creó en el 367 a. C. para otorgarle la *iurisdictio* que antes pertenecía a los cónsules. Esa fue su función prevalente y la que despierta mayor interés para el estudio del derecho. De acuerdo a los poderes de *iurisdictio* (“decir el derecho”) el pretor será quien administre justicia, no en el sentido que le damos hoy de órganos que juzgan sino de órganos encargados de proveer de las formas para que las personas pudiesen acudir a un juez a dirimir sus conflictos y de decir el derecho, los principios y normas jurídicas que deberían aplicar los jueces. El Pretor podía convocar a los comicios para la elección

de magistraturas menores. En el ejercicio propio de sus competencias se encontraba la de sustituir a los cónsules en caso de ausencia o impedimento de estos. En el año 242 a. C. además del pretor urbano que tenía la *iurisdictio* entre ciudadanos romanos se creó una nueva magistratura, aquella del pretor peregrino, encargado del ejercicio de esta función, pero en los conflictos que pudieren existir entre romanos y peregrinos y entre peregrinos. Durante el año que duraba su mandato además de la *iurisdictio* tenían el imperium. Si mediante la *iurisdictio* tenían la potestad de decir el derecho, mediante el *imperium* tenían la potestad de hacerlo cumplir.

¿De qué manera el magistrado cumplía con la potestad que le era otorgada de decir el derecho? El magistrado tenía para ello el llamado *ius edicendi* mediante el cual, durante su mandato, elaboraba los edictos, proveimientos típicos de la actividad del pretor. Se trataba de un programa en el que indicaba la forma de protección de los derechos y las líneas generales políticas de su mandato. Este edicto se llamaba *edicto perpetua*. Podía suceder que una persona se viera perjudicada por una situación que el magistrado no había previsto en su edicto perpetua. Entonces, si el magistrado consideraba que su reclamo era serio, le otorgaba un edicto para ese caso específico, que se conoció con el nombre de *edicto repentina*. Podía suceder también que, cuando asumía un nuevo magistrado considerara que su antecesor había otorgado acciones que eran útiles, entonces las tomaba para sí en lo que se llamó el *edicto traslaticio* porque sus disposiciones se trasladaban de un pretor a su sucesor.

### El tribunal de la plebe

Se trataba de una magistratura con características muy peculiares. Fruto del acuerdo de los plebeyos con los patricios, los tribunos de la plebe tenían como principal función la defensa y garantía de los derechos de su clase. Como señala Bonfante, dentro del Estado la función de los órganos plebeyos es fundamentalmente defensiva, en tanto que el lado positivo de la soberanía escapa completamente a los tribunos (Bonfante, 1944, p. 140). Como consecuencia, no tendrán las prerrogativas del *imperium* de los demás magistrados, pero como contrapartida, tendrán poderes de control muy importantes sobre la actuación de estos y de los senadores. Dentro de estos poderes se encuentra la llamada *intercessio* o poder de veto, mediante el cual podían oponer este a cualquier acto de imperio de cualquiera de los magistrados, inclusive los cónsules, haciendo imposible la ejecución de las decisiones adoptadas que considerasen perjudiciales para los intereses que debían tutelar. La *intercessio* era una verdadera potestad, un derecho legalizado que podía ejercer cada magistrado individualmente considerado. Tenían además la *potestas coercendi* mediante la cual podían poner multas o secuestrar bienes. Tal como se dice a continuación:

El veto tribunicio puede detener y frustrar las órdenes, los decretos y las levas del cónsul, las deliberaciones del Senado, las propuestas de ley, las elecciones y convocatorias de los comicios para un fin cualquiera; en resumen, un acto cualquiera de los poderes públicos y hasta paralizar toda la máquina del Estado (Bonfante, 1944, p. 141).

Hacia fines del siglo III la potestad tribunicia se vio enriquecida por *el ius senatus habendi y el agere cum plebe*. Mediante el primero los tribunos tenían la potestad no solo de participar en las sesiones del Senado, sino de convocarlas y por tanto presidirlas.

Reunirse con la plebe en asambleas (*concilia*). Cada tribuno podía convocar los *concilia plebis*. Durante sus sesiones se podían debatir temas políticos y jurídicos. Estas cumplieron una función legislativa importante que se tradujo en los *plebiscita*.

### El senado

El Senado representó uno de los órganos más importantes de la época republicana. En principio, heredero de la aristocracia senatorial de la época monárquica constituía el baluarte de las más caras tradiciones romanas. Los senadores eran electos por los Cónsules. La integración fue evolucionando de tal forma que poco a poco se permitió el ingreso de plebeyos (el número de estos va aumentando con el tiempo). Se trataba de políticos experimentados y con cierta autoridad. Como órgano permanente otorgó estabilidad al sistema. Entre las funciones, le fue conferida la política exterior. Se ocupó de recibir a los embajadores extranjeros, de las declaraciones de guerra, de las firmas de los tratados con otros pueblos. Asimismo, se ocupó de la leva y gastos militares. También determinó las asignaciones que se les daban a las provincias y a la organización de las mismas.

El senado cumplió además la función de interregno, medio necesario para evitar que, por la muerte o ausencia prolongada de los cónsules, el *imperium* se viera interrumpido. De esta forma, los senadores ejercían el mismo por turnos, cada cinco días, hasta que se cumpliera con las formalidades para designar nuevo cónsul.

Tenía el senado también la llamada *auctoritas patrum* por la cual confirmaba las deliberaciones de las asambleas. Una vez que el magistrado presentaba un proyecto de ley (*rogatio*) o la candidatura de un magistrado, debía de referirse al Senado a fin de que este mediante la *auctoritas* aprobara las deliberaciones adoptadas por la Asamblea. Se trata de un acto de poder consistente en el control y ratificación de lo actuado por el pueblo.

### Las asambleas populares

Dentro de las asambleas populares se distinguieron las *comitia* y las *concilia*. *Comitia* era la asamblea donde se reunían todos los cives mientras que la *concilia* reunía la plebe, como ya se señaló. Las asambleas de este período son cuatro: *comitia curiata*, *comitia centuriata*, *comitia tributa* y *concilia plebis*.

### Las conquistas romanas y la organización de los territorios

El desarrollo de las instituciones republicanas coincide con la expansión de la dominación romana. Las conquistas hicieron que los romanos tomaran contacto con otros pueblos diferentes en sus costumbres, mentalidad, situación económica y cultural. Roma llegó con muchos de ellos a alianzas y pactos de amistad (*pacta, foedera*), a otros los sometió por la fuerza. En otros casos, sobre todo en las conquistas peninsulares, se practicó la concesión de la ciudadanía y con ella la creación de municipios.

Es en este período que España es sometida al poder romano. Al magistrado que la rige se le da el poder *pro vincere*, de ahí el nombre de provincias a las tierras conquistadas por sujeción. España pasa entonces a la calidad de provincia romana. Como tal, las tierras van a pertenecer al pueblo romano (*ager publicus*). La expansión de Roma no es igual en todo el territorio español y tampoco la recepción de su derecho, como veremos más adelante.

#### 1.1.4. El principado

Podemos ubicar este período entre el 27 a. C. y el ascenso como emperador de Diocleciano en el 284 d. C. Las instituciones romanas de la República fueron insuficientes para hacer frente a la nueva realidad interna y externa. Con el advenimiento de Octaviano quien fue designado por el Senado como *Princeps Senatus* –(institución extraordinaria que significa primero entre los senadores) y *Augustus* (que significa sagrado por designación divina)– cambia definitivamente la constitución romana. Previo a ello, los romanos habían nombrado un triunvirato para que durara 5 años. Con ello ya habían violado el orden republicano que preveía, como vimos, que el *imperium* supremo estaría en manos de dos cónsules. Octaviano, en su biografía, considera el poder triunviral acabado en el 33 a. C. y declara que luego de las guerras civiles fue impuesto en el poder por consenso de la comunidad (*consensus universorum*), elemento también extrajurídico dentro del sistema republicano. El senado le atribuyó a Octaviano Augusto los siguientes poderes: *la tribunitia potestas, el imperium proconsulare y el soberano pontificado*. Tal como se explica a continuación:

La potestad tribunicia confería al príncipe la inviolabilidad, el derecho de veto, y el derecho a convocar y presidir los comicios y el Senado. Por el imperio proconsular que ejercía tanto en Roma como en Italia y en el conjunto de las provincias, el príncipe era el supremo administrador, el comandante de los ejércitos y el juez supremo el representante de la divinidad. El pontificado máximo hacía del emperador. El poder consular concedido a Octaviano Augusto era similar al reconocido a las magistraturas consulares en cuanto a la vida política de Roma. Estos amplios poderes concedidos a Octaviano Augusto significaron un verdadero cambio en las instituciones romanas. Fue consagrado Imperator como titular de un poder exclusivo, princeps como líder del Senado y finalmente como título honorífico Augusto. Con la evolución constitucional posterior el jefe de estado llevó el nombre de Imperator Caesar Augusto (Argüello, 1985, pp. 60-61).

Con el nuevo régimen instaurado, las antiguas instituciones republicanas siguieron funcionando durante el principado, variando algunas de sus características. Las magistraturas conservaron por un tiempo sus funciones que fueron perdiendo a medida que se concentraba el poder. El pretor fue quien al tener la iurisdictio en materia civil siguió por más tiempo, aun cuando, el príncipe tenía derecho de intervenir en cualquier litigio entre particulares. Hasta Adriano, los pretores publicaron edictos que luego, como se verá, fueron publicados en el llamado Edicto Perpetuo. El senado conservó sus funciones, pero al desaparecer los comicios, acrecentó su función legislativa. Los senadoconsultos, que así se llamaban las leyes emanadas del senado, adquirieron enorme importancia en el período considerado. El Senado constituyó el otro gran poder de la época, lo que llevó a Moomsem a hablar de una diarquía (cit. por Argüello, 1985, p. 62). En cuanto a los comicios, fueron los primeros órganos en decaer ya que sus funciones principales dejaron de cumplirse (legislativa y de nombramiento de magistrados).

#### 1.1.5. El dominado

Es el período político que va desde la asunción de Diocleciano hasta la caída del Imperio Romano de Occidente. Muchas fueron las causas por las cuales se transitó del principado al dominado. Las instituciones republicanas que –al menos formalmente seguían

existiendo— no podían durar mucho más frente al *imperium* ejercido por los príncipes. La decadencia económica y demográfica del siglo fueron elementos también importantes que determinaron el cambio de sistema. Roma e Italia ya no recibían las riquezas de las provincias y debían adquirir sus bienes en los mercados internacionales. La península pasó a estar casi deshabitada en tanto que Roma se superpoblaba.

Por otra parte, terminadas las guerras de conquista, el número de esclavos se redujo drásticamente provocando de esa manera la disminución de la mano de obra esclavista y haciendo nacer la figura del colonato. A los colonos se les otorgaban tierras para cultivar por el pago de un canon. Si bien eran hombres libres quedaban de por vida sujetos a las tierras que cultivaban. Se produjo además la difusión del cristianismo así como la persecución de los cristianos. Para poner orden fue necesaria la constitución de un poder fuerte y centralizado.

Desde el punto de vista social, hubo dos clases sociales que ya venían del principado. Los *Honestiores* y los *Humilliores*. Dentro de la primera categoría entraban la orden senatorial, los caballeros, los funcionarios de la administración central y periférica y los profesionales liberales. En la segunda categoría lo hacían los comerciantes, artesanos, campesinos y los colonos.

### **Edicto de Milán**

Constantino, uno de los primeros emperadores romanos que gobernó del 312 al 337 d. C., sancionó en el 313 d. C. el Edicto de Milán por el cual se estableció la tolerancia religiosa y los cristianos no fueron más perseguidos. La iglesia comenzó a ocupar un lugar de privilegio, se le exoneró del pago de tributos y se citó a los concilios para confirmar los dogmas fundamentales y mantener la unidad de la misma. Al emperador Teodosio se debió la proclamación definitiva de la religión cristiana como religión de Estado (edicto de Tessalonica del 380 d. C.) y la prohibición de la religión pagana con sus cultos y sacrificios.

### **División del Imperio**

Durante el Dominado es que se produce también otro hecho muy importante que es la división del Imperio. Fue Diocleciano quien asocia a su trono a Maximiniano y divide el imperio romano en dos con diferentes capitales Milán y Nicomedia. Teodosio será seguidor de esta idea y pondrá al frente del Imperio Romano de Occidente a su hijo Honorio y el Imperio Romano de Oriente a su otro hijo Arcadio. El Imperio Romano de Occidente caerá en manos de los bárbaros y el de Oriente sobrevivirá hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos.

## 1.2. Periodización jurídica de Roma y las fuentes de producción del derecho romano

Característica de la formación y desarrollo del derecho romano es la pluralidad de fuentes de las que han emanado las normas jurídicas, de ahí que estas se estratificaran y multiplicaran en sistemas múltiples y paralelos. Podemos afirmar que solo en época posclásica y justiniana esta pluralidad va desapareciendo a medida que el poder se va concentrando. Las fuentes del derecho romano fueron: la costumbre, la ley, los plebiscitos, la jurisprudencia, los edictos de los magistrados, los senadoconsultos y las constituciones imperiales.

### 1.2.1. Períodos

Desde el punto de vista de la periodización jurídica, existe un primer momento de derecho arcaico o quirritario que ubicamos entre el siglo VII a. C. (fundación de Roma) hasta el siglo IV a. C. con las Leyes *Licianae Sextiae* en el 367 a. C. por las que se admitió que los plebeyos pudiesen ser electos cónsules. Este período del derecho abarca los períodos políticos de la monarquía y el nacimiento de la República. El período preclásico del derecho abarca, desde el punto de vista político, la República consolidada desde el 367 a. C. hasta los primeros poderes constitucionales otorgados a Augusto como princeps (27 a. C.). El período clásico se ubica en el período comprendido entre el 27 a. C. hasta el advenimiento como Emperador de Diocleciano (285 d. C.). A partir de Diocleciano y hasta Justiniano, emperador romano de Oriente (527 a 546 de nuestra era), se considera el período posclásico. Algunos autores ponen como fin de este período la caída del imperio romano de occidente y agregan el período justiniano, como forma de resaltar la importancia de la obra de Justiniano. A partir de esta periodización, que al igual que la periodización política no implica el cambio abrupto de una etapa a la otra, trataremos las fuentes del derecho.

### 1.2.2. Derecho arcaico o quirritario

Los romanistas consideran que las fuentes del derecho del período arcaico son el *fas* y el *ius*. El *fas* es el derecho religioso, significa “palabra de la divinidad”. Es un derecho que tiene carácter negativo e implica todo lo prohibido por esta.

En una primera etapa es difícil separar las normas jurídicas de las religiosas y no es extraño que los romanos hayan tenido normas fijadas por la religión como tantos otros pueblos. Pero muy pronto los romanos pudieron separar las normas religiosas de aquellas normas que eran dictadas por las personas para regir la convivencia entre estas a las que asignaron el nombre de *ius* o “derecho secularizado”. En este período el *ius* estuvo representado por la costumbre, definida como *ius quod usus comprobavit* o sea, el derecho que se comprueba por el uso o como *populi longa consuetudo tacitus consuetudine inveteratus*. En el período considerado, la costumbre fue fundamental como fuente del derecho tanto público como privado. Constaba de dos elementos: el uso repetido y la aceptación de esa conducta como obligatoria (*usus inveteratus* y *opinio necessitatis*). La *lex*, en cambio era el derecho formulado, la norma solemnemente votada por el pueblo en los comicios mediante la *rogatio* de un magistrado.

## Ley de las Doce Tablas o Código Decenviral

En este período del derecho debemos destacar la promulgación de la Ley de las Doce Tablas. De esta forma se pasa del derecho no escrito al derecho escrito. Se dice que la Ley de las Doce Tablas o Código decenviral (por haber sido redactado por una magistratura extraordinaria integrada por diez decenviros), fue redactada a instancia de los plebeyos quienes presionaban para obtener una ley escrita que diera transparencia al derecho vigente. Los historiadores establecen que primero fueron elaboradas las diez primeras tablas a las que luego se añadieron dos más. El contenido de este código no llegó hasta nosotros. Se dice que fueron destruidas en el incendio de Roma provocado por los galos. No obstante ello, muchos pasajes se han conocido a través de historiadores antiguos como Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y Plinio, de jurisconsultos como Gayo, Ulpiano y Pomponio y a través de los escritos de Cicerón.

Esta ley tuvo la virtud de haber recogido instituciones jurídicas preexistentes y dejar un legado que Roma mantuvo sin derogar expresamente hasta la compilación justiniana, aunque algunas de sus disposiciones fueron derogadas tácitamente. Las tres primeras tablas refieren al procedimiento civil, germen de un futuro derecho procesal; la tabla IV refiere a temas de familia, sobre todo regula lo referente a la patria potestad; la V, refiere al régimen sucesorio; la tabla VI distingue propiedad de posesión y crea la usucapión como forma de adquisición de la propiedad; la tabla VII trata temas de vecindad y estatuye el sistema de servidumbres; las tabla VIII y IX refieren a los delitos, las penas y el procedimiento penal y finalmente la tabla X regula todo lo referente al derecho sacro. De las otras dos tablas se conocen disposiciones aisladas como la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos así como el principio de derogabilidad de las leyes por la sanción de una ley posterior sobre igual materia.

### 1.2.3. Derecho preclásico

En el capítulo anterior señalábamos la importancia que tuvo en este período político la creación de muchas magistraturas, entre ellas la pretura urbana y la actividad que desarrollaron los pretores a través del *ius edicendi* y su producto que fueron los *edictos perpetua, traslaticio* y *repentina*. A través de su actividad se fue construyendo un derecho paralelo al civil al que se le dio el nombre de honorario referido a la carrera de los honores que desarrollaban los magistrados.

#### Derecho honorario y de gentes

El derecho honorario fue un sistema que completó y corrigió muchas veces al derecho civil, acogiendo fórmulas de protección para relaciones o situaciones no reguladas por este. El edicto del pretor se torna entonces el elemento transformador más potente del derecho romano. El pretor estaba obligado a respetar el contenido del edicto perpetua que había publicado al comienzo de su magistratura. Los edictos de los pretores no constituían una actividad legislativa, eran ordenanzas que regirían durante su período, raramente redactadas en forma imperativa. De todas formas, llegaron a constituir una fuente del derecho importantísima en el período considerado sobre todo a través del edicto traslaticio. Esta fuente va a coexistir con el derecho civil de la ley de las doce tablas, las leyes comiciales y los mores. Por un lado, el pretor organizaba el proceso, le daba forma dado que no había formas preexistentes para aplicar, no existía un derecho procesal.

Por otro, otorgaba protección a situaciones no previstas por el derecho civil, por lo que podemos decir que junto a las viejas fuentes creaba derecho civil. A decir del jurisconsulto Papiniano el derecho honorario es aquel que los pretores introducen para ayudar, suplir y corregir el derecho civil.

Con la expansión romana y la creación de provincias se añadieron los edictos de los gobernadores y cuestores de provincia. Junto a los edictos del pretor urbano tenemos los edictos del pretor peregrino que como vimos regía las relaciones entre ciudadanos y peregrinos y entre peregrinos. A partir de su actividad se fue creando un nuevo derecho el *ius gentium* que habría sido dictado a las personas por la *naturalis ratio* o sea por la razón natural de las cosas.

### La jurisprudencia

Junto a la actividad de los pretores se va desarrollando la actividad de los jurisconsultos romanos, también llamados jurisprudentes. Estos eran peritos en derecho que desarrollaban diversas tareas en forma gratuita y pública entre las que se encontraban el *respondere*, *cavere* y *agere*. *Respondere* era la actividad consistente en dar a los privados, a los magistrados y a los jueces consejos de carácter jurídico mediante las llamadas *responsas* o respuestas; *cavere* (literalmente cuidar un interés) era la actividad consistente en elaborar fórmulas o esquemas de negocios o contratos del derecho civil a fin de precaver litigios posteriores; *agere* era la actividad tendiente a la asistencia de los interesados (magistrados y privados) sobre la elección de la fórmula procesal más adecuada para resolver un caso concreto.

La divulgación de las *responsas* de los jurisconsultos asume varias formas, a través de obras monográficas que eran respuestas correspondientes a un tema concreto; obras de comentarios a las leyes sobre todo a la ley de las doce tablas; recolección de *cautiones* o sea de negocios o esquemas procesales. Los jurisconsultos se destacaron por su importantísima actividad de enseñanza del derecho mediante la instrucción a quienes se interesaban en aprenderlo, así como por su proficua labor de divulgación mediante la creación de textos sobre distintas materias del derecho.

### Las leyes

Se distinguían las leyes comiciales, las leyes *data* y los plebiscitos. Las primeras eran redactadas por los magistrados y votadas por el pueblo. El magistrado presentaba una *rogatio* o sea la presentación de la propuesta de ley al pueblo interrogándolo (*rogat*) sobre la misma y este, a su vez, con su voto podía aprobarla o rechazarla en bloque. Algunas veces los magistrados solicitaban la intervención, el parecer del senado (consulta), cuando lo consideraban necesario. Ese parecer llevó el nombre de *senadoconsulto*.

Las leyes eran designadas con el nombre gentilicio del magistrado que las proponía. La estructura de la misma se dividía en tres partes: la *praescriptio*, en ella se indicaban el magistrado proponente, la asamblea deliberante (comicio centuriado, curiado o por tribu) y fecha de votación; la *rogatio* era el texto propuesto y la *sanctio* serie de cláusulas que estaban para garantizar la aplicación de la ley. Una vez que la ley era aprobada por la Asamblea debía tener la convalidación senatorial mediante la *auctoritas patrum* y así entraba en vigor, era aplicada a todos los ciudadanos romanos sin importar donde residiesen, no así a los peregrinos y tenía eficacia en las ciudades aliadas siempre y cuando aceptaran regirse por ella. Junto a este tipo de leyes comiciales se encontraban las leyes *data* que eran emanadas solamente del magistrado y no era necesaria su aprobación comicial.

## Los plebiscitos

Los plebiscitos fueron las decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* a propuesta de un tribuno. Constituyeron una importante fuente del derecho en el período considerado. Con la sanción de la ley Hortensia, los plebiscitos —que en principio eran alcanzados solo a los plebeyos— en el 287 d. C. son equiparados a la ley y por tanto aplicables también a los patricios. Previo a esta ley los plebiscitos podían tener fuerza de ley si obtenían la aprobación del senado mediante la *auctoritas patrum*.

### 1.2.4. Derecho clásico

#### Las leyes

La legislación comicial tuvo en la época de Augusto un período de fecunda actividad por lo menos desde el punto de vista formal. Augusto no quiso ejercitar sus poderes y prefirió recurrir a la votación popular presentando a los *concilia plebis* una serie de leyes de derecho público y privado (recordemos que Augusto gozaba de la potestad tribunalicia) que le otorgaba el derecho de proponer leyes. Entre las leyes debidas a su iniciativa se recuerdan como leyes públicas la *lex Iulia de collegiis* por la que se disolvían las asociaciones existentes y se prohibía la constitución de nuevas sin la autorización senatorial; *lex sumptuaria* contra el lujo excesivo y como leyes privadas la *lex Iulia de maritandis ordinibus* que establecía disposiciones en desfavor de los célibes o los casados sin hijos; en el campo judicial la *lex Iulia iudiciorum privatorum* que reguló el proceso civil y la *lex Iulia iudiciorum publicorum* que reguló el proceso penal. Asimismo, Augusto favoreció la presentación por los cónsules de propuestas de ley a los comicios. Ejemplo de ello son: la *lex Fufia Canina*, *Aelia Sentia* y *Iunia Norbana*, todas con la finalidad de regular la situación de manumisión de los esclavos tratando de evitar los excesos en ese sentido y la *lex Papia Poppea nuptialis* que amplió las normas de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*. Después del gobierno de Augusto, los comicios decaen totalmente. Según Arangio Ruiz, la legislación popular aún sin ser abolida expresamente, terminó por extinguirse.

#### Los senadoconsultos

Como ya vimos, en la época republicana el senado romano intervenía en las leyes con su *auctoritas* o mediante los senadoconsultos. En esta nueva etapa los senadoconsultos dejaron de ser meros pareceres, comenzaron a adquirir fuerza de ley y por tanto se volvieron vinculantes. Los senadoconsultos eran nombrados por el nombre del magistrado o del emperador que hubiese provocado su tratamiento. Con la evolución del principado la forma del senadoconsulta es sustituido por el de *oratio principis in senatu habita*. Se trataba de la propuesta o mensaje de ley del emperador. Hacia el fin del siglo II d. C. esta oratio tenía su propia eficacia, siendo la intervención del senado meramente formal.

#### La actividad legislativa del príncipe

La voluntad normativa del príncipe tiene la misma fuerza que la ley ordinaria. Ulpiano señalaba que *quod princeps pacuit, legis habet vigorem*. Los actos normativos del princeps eran definidos como constituciones entre las que se distinguían: *edicta*, *mandata*, *rescripta* y *decreta*. Los *edicta* eran normas de carácter general, ordenanzas emanadas en virtud de su *imperium*; *mandata* eran las instrucciones de variada naturaleza que el emperador daba a sus funcionarios; *rescripta* eran las opiniones del emperador sobre determinados puntos

del derecho tanto para jueces como para los particulares; *decreta* eran las decisiones del emperador respecto de controversias. Si había derecho vigente, el emperador aplicaba el derecho, si el derecho presentaba lagunas o incongruencias en cuyo caso podía crear derecho o modificarlo.

### La jurisprudencia

En el período considerado, a diferencia del precedente, faltaron órganos legislativos. Sin embargo desde el final de la época augústea el príncipe concedió el derecho de respuesta a los más importantes jurisconsultos, otorgando validez a sus opiniones. Por contraposición a las constituciones a las que se les dará el nombre de ley, a las opiniones de los juristas se les llamará *iuria*. Es en este período que se van a realizar las compilaciones más importantes de la actividad los jurisconsultos. Ellos mismos se ocuparon de hacer la recopilación de respuestas y *quaestiones* (casos para estudio).

El derecho romano había alcanzado su máxima expresión y es objeto de intensos estudios, de allí la denominación de “clásico” para este período. En este clima nacen dos escuelas jurídicas, la sabiniana de clara tendencia conservadora y muy ligada a las tradiciones, y la proculyana con una dirección más progresista.

#### 1.2.5. Período posclásico

En este período va a primar la voluntad del emperador y por tanto van a desaparecer todas las fuentes de producción del derecho salvo las imperiales, ahora esas fuentes serán las leyes *novae*. Junto a estas leyes, constituciones imperiales, quedaba aún en vigor el patrimonio jurídico preclásico llamado *vetera iura* o viejo derecho. Formalmente eran considerados *principios eternos* que las nuevas leyes sólo podían integrar y modificar excepcionalmente.

### Los Códigos

En la época posclásica se hicieron compilaciones de constituciones imperiales. Se trató de dos obras de carácter privado que llevaron el nombre de sus autores: el código gregoriano y el código hermogeniano. El código gregoriano fue redactado en el 291 o 292 de nuestra era, en la época de Diocleciano. Fue realizado en Oriente y estaba destinado a recopilar las normas del derecho privado. El código hermogeniano también fue elaborado en oriente y recoge todos los rescriptos dados por Diocleciano, Constantino y Valentiniano. La primera compilación oficial que recoge las constituciones imperiales desde Constantino es el Código Teodosiano, de Teodosio II en el año 438 d. C. Esta codificación fue un valioso antecedente de la posterior obra de Justiniano.

### Ley de Citas

En el 426 se dicta la llamada Ley de Citas por la cual Teodosio II de Oriente y Valentiniano III de Occidente dan fuerza de ley a los escritos de los jurisconsultos Gayo, Papiniano, Modestino, Ulpiano y Paulo. Si no había consenso, en la solución primaría el voto de Papiniano.

### ***Corpus Iuris civilis***

Justiniano, emperador romano de oriente, desde el 527 tuvo como objetivo restaurar el Imperio Romano con un único poder central, sometido a un solo derecho y a una sola iglesia. Justiniano prosiguió con la obra de quienes le precedieron. Con el nombre de *Corpus Iuris Civilis* fue conocida a partir del siglo XVI la compilación de Justiniano realizada entre el 528 y el 534, *Codex*, *Digesta*, Institutas y Novelas o nuevas constituciones que el emperador publicó hasta su muerte acaecida en el 565 d.C.

El *Codex* es una compilación de constituciones imperiales promulgadas desde Adriano a Justiniano. Se encuentra dividido en doce libros que a su vez se subdividen en títulos que están ordenados por materia y en orden cronológico y contiene el nombre del emperador que las publicó. El orden seguido es el mismo que en el Digesto. El libro I contiene las fuentes y la relación Estado-Iglesia; los libros II a VII hablan del derecho privado en general (derechos reales, obligaciones, contratos, sucesiones); el libro IX trata de materia criminal y los subsiguientes del derecho administrativo y financiero.

El Digesto o Pandectas, es una compilación que contiene miles de citas de jurisconsultos de toda la época clásica. El Digesto está dividido en cincuenta libros subdivididos en títulos.

Las Institutas fue un texto creado para la enseñanza del derecho. Contenía las leyes y las iuria y siguió los lineamientos de las institutas de Gayo, ya que consta de cuatro libros divididos a su vez en títulos y los títulos en párrafos. El primer libro trata del derecho y sus divisiones y de las personas; el libro segundo sobre las cosas, el modo de adquirir la propiedad, los derechos reales en cosa ajena y el testamento como modo de adquirir la propiedad; el libro tercero sobre la sucesión ab intestato, las obligaciones y los contratos.

Las Novelas fueron las constituciones dictadas por Justiniano recopiladas en colecciones después de su muerte. Según el propio Justiniano debían recogerse en un Código definitivo, cosa que no sucedió.

### **Principales fechas del período romano**

- 754 a. C.- Fundación de Roma- Monarquía itálica
- 509 a. C.- Inicio de la República
- 451-449 a. C.- Ley de las Doce Tablas
- 367 a. C.- Leyes *Licinia Sextiae*
- 287 a. C.- *Lex Hortensia de plebiscitis*
- 242 a. C.- Institución del pretor peregrino
- 48-45 a. C.- César Emperador
- 44 a. C.- Conjura contra César. Muerte del Emperador
- 27 a. C. – 14 d. C- Principado- Augusto
- 235 d. C.- Dominado o monarquía- Diocleciano
- 292-293 d. C.- Códigos Hermogeniano y Gregoriano
- 353 d. C.- El cristianismo religión de Estado
- 379-395 d. C. – Teodosio- Escisión del Imperio Romano
- 410 d. C.- Occidente Alarico saquea Roma
- 438 d. C.- Código Teodosiano
- 526-265 d. C. Justiniano- *Corpus iuris*

## 1.3. Actividades sugeridas

### Preguntas y/o ejercicios reflexivos

- ¿Qué factores influyen en la formación del derecho?
- ¿Qué se entiende por derecho quirritario?
- ¿Cuáles son las fuentes del derecho honorario?
- ¿Qué diferencia existe entre el derecho civil y el derecho honorario?
- ¿Qué relaciones rige el derecho de gentes?
- ¿Qué contienen las Institutas de Gayo?
- ¿Cuáles son los principales Códigos previos al Corpus Iuris Civilis?
- ¿Cuáles son las principales leyes del período de Augusto?
- ¿Cuáles son las principales fuentes del derecho en el dominado?
- ¿Qué partes componen el Corpus Iuris Civilis?

## 2. Edad Media y las fuentes de producción del derecho

### 2.1. Generalidades

*Así, de frente a la conciencia humanística, que fue la primera en sentir aquella idea de antitesis y la primera en hablar de una media tempestas ( por ejemplo en el elogio de Niccoló Cusano, escrito por Giovanni Andrea, cura de Aleria, en el 1469) o de media antiquitas o de media tempora ( como en los escritores del quinientos ), la antitesis nace de la disolución de los esquemas teológicos que habían dominado la historiografía de la medioeval y de la exaltación que la nueva historiografía laicizada hace del mundo antiguo como exemplar aeternum de los cuales los espíritus elegidos auguran la renovatio. En esta concepción entre la admiración por la antigüedad y la espera de la renovación, el Medioevo está en el medio, como un diafragma que separa y aleja el ideal del pasado y el sueño del porvenir. (Calasso, 1944).*

De esta forma Calasso interpretaba —como solo él podía hacerlo— el pensamiento de la corriente humanista respecto de la época que lo precedió. La Edad Media fue un largo período con sus claros y oscuros que ha sido reivindicada tiempo después por muchos estudiosos. Su duración de diez siglos y sus escenarios sociales, políticos y religiosos van a determinar la producción del derecho. Es en este período que nacen las primeras universidades europeas y que se sientan las bases de la ciencia jurídica de la Europa occidental. Generalmente, se ha dividido el período en Alta y Baja Edad Media, sobre todo porque cada una tiene sus peculiaridades especiales que permiten esta división.

#### 2.1.1. Alta Edad Media. S. V a XI

La gran mayoría de los historiadores toman como fecha de comienzo de este largo período la caída del Imperio romano de occidente en manos de los pueblos germánicos en el año 476, aunque la crisis del mundo antiguo era ya un hecho anunciado. Los pueblos germanos habían ingresado a las filas del ejército romano ya como legionarios, ya como federados de Roma. A ello se agrega que familias germanas enteras se desplazaban en busca de riquezas y de climas más benévolos que el de las tierras que habitaban a lo largo del Rin

y del Danubio. De esta manera logran deponer sin mucho problema al joven emperador Romolo y proclamar a su propio rey Odoacro. De ahí en más se van a ir formando en toda Europa pequeños reinos que van a responder a diferentes troncos de origen de los pueblos germanos.

En España la situación es la siguiente: el Rey Eurico, cuya corte se encontraba en Tolosa (Galia) logra imponerse a los españoles. En el año 497 una gran masa de visigodos se establece en España. Su reinado dura hasta las invasiones moras en el siglo VII. Con la invasión musulmana, muchos visigodos llegaron a pactar con las nuevas autoridades convirtiéndose a su religión. Se les dio el nombre de muladíes. Grandes núcleos poblacionales cristianos siguieron viviendo bajo sus reglas sin ser molestados: constituyeron el grupo de mozárabes. La España musulmana Al Andalus, formó parte en principio del califato de Damasco para luego convertirse en el Califato independiente de Córdoba. En el siglo XI se divide en varios reinos. A diez años de la invasión, los musulmanes habían ocupado casi todo el territorio de la península aunque también se había comenzado la reconquista del territorio por parte de los cristianos. La invasión bárbara ya había acentuado la decadencia de las ciudades que había comenzado en el Bajo Imperio Romano y traído como consecuencia la descentralización del poder. Esta situación se fue acentuando: la guerra tornó insostenible la vida en los centros urbanos.

La ausencia de un poder político general obligó a la población a buscar refugio en la gran explotación rural, presidida por el señor, aún a cambio de perder la libertad de movimiento (Argüellos, 1986, p. 48). Entonces, se fueron generando una serie de relaciones propias de la época. Las personas no reclaman por su libertad sino por su seguridad para garantizar su supervivencia. Surge así la figura jurídica del contrato de vasallaje entre protector y protegidos. El protector podía estar representado por el Rey, la Iglesia o por los Señores feudales y los protegidos podían ser tanto campesinos como caballeros nobles. Si el protegido era el campesino, debía trabajar la tierra, prestar servicios domésticos y pagar un censo anual al protector obteniendo de su señor el beneficio a veces de tierras, de protección personal y alimentos. Si, en cambio, el protegido era un caballero, estaba exento del pago del censo y tenía como contrapartida tierras, algún castillo o algún cargo. El contrato de vasallaje respecto de los campesinos era un contrato vitalicio y transmisible por herencia. El vasallo no era esclavo en el sentido jurídico de la palabra, pues se le consideraba hombre libre, pero quedaba atado a la tierra transformándose en siervo de la gleba. Si el señor vendía sus tierras, el siervo seguía la suerte de estas y pasaba a depender de su nuevo señor. El contrato de vasallaje se expresaba en el homenaje por el cual “se hacían hombre de otro” no en propiedad sino en la prestación de servicios de defensa y trabajo que iba acompañado de un juramento de fidelidad y muchas veces de una carta o contrato escrito. El sistema feudal no solo regulaba las relaciones del Rey con sus nobles sino las de estos con sus villanos. Las primeras, podían favorecer el poder real sobre los nobles; pero las segundas, al producir el mismo efecto sobre el poder de los nobles, disminuía el de los reyes, peligrosamente para estos. Así que la realeza tuvo que idear el modo de frenar el creciente poderío de la nobleza. El procedimiento no fue otro que el de la creación de las Cartas, Fueros o Privilegios de las ciudades (Muñoz, p. 2007).

La justicia también va a estar en manos del Rey o del Señor. La falta de una justicia pública hizo que la violencia fuera el modo de solucionar los conflictos con las consecuencias que ello acarrea. Este período con sus características se prolonga hasta el siglo XI.

## 2.1.2. Baja Edad Media. S. XI a XV

Asistimos en este período a nuevas situaciones que son consecuencia de la organización de la Alta Edad Media. Efectivamente, en las tierras feudales el principio que regía era el de autoabastecimiento, pero pronto comenzaron a necesitarse objetos manufacturados tales como sillas, mesas, vestimenta, útiles de labranza, etc. Surgen así las villas donde se comienza a trabajar la materia prima producida en el feudo con la mano de obra excedente (mujeres, niños, colonos). El enriquecimiento de los señores feudales y la expansión de la iglesia con sus necesidades de tener otros elementos de lujo, mostraron la inadecuación del sistema. Con el fin de satisfacer esta demanda, los monasterios y los señores feudales crearon centros urbanos que eran verdaderas empresas para crear estos artículos suntuarios. A nivel de las ciudades creadas, sus habitantes se rigen por los estatutos propios de la ciudad llamados fueros municipales.

Otra característica de este período es la aparición de asociaciones de hombres y mujeres con finalidad de caridad como fueron las cofradías, pero también con fines profesionales como las corporaciones, que jugaron un rol fundamental en la Edad Media. Estas corporaciones se regían por un estatuto especial que ellas mismas creaban donde se establecían las condiciones de ingreso y sanciones indemnizatorias para quien violara el estatuto. Los gremios, son consecuencia del perfeccionamiento de las corporaciones. En sus estatutos se reglamenta el trabajo del gremio correspondiente (herrero, panadero, relojero, etc) al extremo de no permitir la libertad del trabajo. Todo está reglado: el ingreso en carácter de aprendiz, el cambio a oficial cuando se había cumplido el plazo del contrato de aprendizaje para finalmente transformarse en un maestro si se cumplía con los requisitos exigidos para ello. Surge también en las ciudades otra figura, la del comerciante que se ocupaba de la intermediación de las mercaderías atesorando grandes fortunas con su actividad. Realeza y burguesía unieron sus intereses contra la nobleza, a la vez que se apoyaron mutuamente (Argüello, 1986, p. 60), y con ello fueron preparando el período político y jurídico posterior.

## 2.2. Fuentes jurídicas de la Edad Media

### 2.2.1. Fuentes jurídicas de la España visigoda

Durante el período de la España visigoda hay una proliferación de legislación, recopilaciones y codificaciones pero poco desarrollo de la ciencia jurídica. *El código de Eurico* fue el primero en regir en las Galias y en España dominada por los visigodos.

#### **Lex romana visigotorum o Breviario de Alarico**

El Rey Alarico II reinó en las Galias y España del 484 al 507. En esos territorios había una mayoría de población hispana, sobre todo romanos; los visigodos eran la población minoritaria. Como todos quienes pretenden dominar políticamente un territorio, Alarico era consciente de que necesitaba la unidad legal sobre todo porque tenía la amenaza de los francos. Planificó entonces realizar un código que contuviera toda la legislación aplicable a su reino y que a la vez derogara las leyes no vigentes.

El código de Alarico contenía tanto leyes (constituciones imperiales) como iuria (opiniones de los jurisconsultos). Constaba del texto y de la *interpretatio*. Por medio de esta

última se ilustraba, aclaraba o aun se modificaba el texto original, lo que permitió adaptar el viejo derecho a las nuevas circunstancias. Estuvo vigente desde su promulgación en el 506 hasta el siglo VII y fue reconocida como fuente del derecho en toda Europa hasta el siglo XI.

### ***Liber Iudiciorum* o Libro de los Jueces**

Podemos ubicarlo en la época del Rey Rescesvinto en el siglo VII, aun cuando no existe acuerdo entre los historicistas sobre ello. En él hay normas de diverso origen, tanto romanas como visigóticas. Contiene normas de derecho privado, público, procesal y penal. Rescesvinto ratifica la derogación de las leyes romanas que había hecho su antecesor Chindasvinto, aunque autoriza a estudiarlas. Algunos principios fundamentales se encuentran en esta obra. En el libro I establece como principio general que solo la ley es fuente de derecho y que no habrá de recurrirse a la costumbre por su falta sino al Rey quien dirimirá el conflicto. Asimismo, se habla de cómo debe ser la ley “justa, inteligible, manifiesta, conveniente al lugar donde se dictare, digna, honesta, útil y además necesaria”. Consagra también el principio de la igualdad ante la ley: “la ley se aplicará por igual sin distinguir personas y jerarquías”. Establece además cuáles han de ser las condiciones para ser rey. Al respecto se dice que no merece el nombre de Rey quien no gobierna con benevolencia y lo pierde quien comete injusticia. Discrimina, en materia de proceso mercantil, los conflictos entre godos y extranjeros. Cuando se trata de extranjeros, serán juzgados por jueces especiales y de acuerdo a su propio derecho. En cuanto a la responsabilidad penal, se establece su carácter personal a diferencia de la responsabilidad civil que alcanza a los herederos. Crea la responsabilidad de los jueces por la demora en los fallos o por dictar fallos injustos, quienes deben responder con sus bienes. Desde el punto de vista del derecho privado, reduce los límites de la autoridad paterna y establece que la madre puede ejercer la patria potestad en forma subsidiaria.

Se trata de legislación avanzada para su época pero que no pudo aplicarse por la invasión musulmana. Recién cobra validez en el orden de prelación fijado por el Ordenamiento de Alcalá de Henares en el 1348.

## 2.2.2. Fuentes jurídicas de la Alta Edad Media

Más allá del derecho musulmán (luego de la invasión mora a gran parte del territorio de la península ibérica) y el sistema de fuentes judío que rige para esta población que se instala en algunos lugares de la península, el sistema de fuentes de este período se completa con aquellas de la España cristiana. El *Liber iudiciorum* va a seguir subsistiendo como ley aplicable a los visigodos mientras no interfiera con el derecho musulmán.

### **Fueros y fazañas**

Algunos territorios que permanecieron independientes en la invasión visigótica se rigen por sus costumbres. Se ha resquebrajado el poder central, no existe una legislación única, y la costumbre y los fallos predominan sobre la ley. El predominio absoluto de estas fuentes se ve reflejado en el nombre con que se denomina el derecho en estas épocas. Será designado como fuero o derecho foral en los territorios de habla gallega y castellana y como *usus*, *usatici* y *utsages* en los de habla catalana. La costumbre se encuentra con carácter local como *usus terrae*. Otras costumbres regulan esa peculiar forma de relacionamiento medioeval como el contrato de vasallaje. Otra importante fuente de la época está constituida

por las fazañas o decisiones judiciales por libre albedrío, pero basado este último en la costumbre. Los fueros constituyeron una fuente especial por la que el Señor, Conde o Rey otorgan a determinadas personas o ciudades cierta legislación de privilegio por la cual se van a regir. Así puede otorgarla a las ciudades, a los nobles o a los integrantes del clero. Existen estudios histórico-jurídicos que llegan a la conclusión de que las ciudades se daban sus propias reglas las cuales luego someterían a la aprobación del rey, o que las mismas eran producto de un pacto con el señor. A estos fueros se les designaba con el nombre de *carta puebla*. Muchas veces los fueros se otorgaban a las ciudades que se iban reconquistando del poder musulmán y se les llamaba carta de confirmación porque lo que hacían era confirmar la costumbre del lugar. Dada la escasa intervención estatal, muchas relaciones jurídicas se rigen por pactos privados como las del aprovechamiento del agua o de los montes. Con diferente alcance, el proceso de dispersión normativa y de privatización del poder se repite en toda la Europa feudal. Esto implica un desmenuzamiento que acaba por hacer desaparecer el derecho público. Esta etapa se va a prolongar hasta el siglo XI en que vamos a asistir a un proceso contrario de consolidación de los poderes centrales.

## La ciencia del derecho

### Glosadores y Comentaristas

En el siglo XI, van a ser descubiertos unos manuscritos del Digesto de Justiniano y a partir de ese descubrimiento se van a comenzar a estudiar en la Escuela de Artes de Bolonia. Desde ese momento la enseñanza de la jurisprudencia va a separarse de la enseñanza de la retórica y se inaugura la Escuela de Leyes. El descubrimiento de los textos del Digesto llevó a un monje Irnerio y a sus seguidores a estudiarlo de la misma forma que estudiaban los textos bíblicos mediante el método exegético. Se atuvieron al texto literal al que le hicieron notas marginales o interlineales llamadas glosas. De ahí que a este movimiento se le dio el nombre de glosadores. Tal era el entusiasmo por el Corpus Iuris y sus soluciones que se le proclamó como derecho vigente. Además del estudio del texto elaboraron los llamados “brocardos”, reglas generales de derecho expresadas en forma concisa y “sumas” o estudios de una parte del Corpus. El profuso trabajo de casi un siglo fue ordenado por el glosador Accursio en lo que se llamó la *Magna Glossa o Glossa Ordinaria*. Con este trabajo la era de los glosadores parecía agotada y llegaba a su fin. No obstante, siguiendo el camino por ellos comenzado se formó una escuela, la escuela de los comentaristas *o mos italicus*, un modo italiano de enseñar y de decir el derecho. Esta escuela se extiende durante todo el siglo XIII y hasta el 1400. Sus principales exponentes fueron Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldis. A diferencia de sus antecesores ellos no partieron del estudio de las normas sino que se planteaban un caso tratando de darle la solución. Buscaban la ratio o razón de ser de las normas por lo que a partir de ella se propusieron extraer principios y conceptos generales. Dentro de sus actividades académicas estuvo la de producir tratados, textos exhaustivos sobre determinados temas de derecho. Su trabajo constituyó el verdadero inicio de la ciencia del derecho de la Europa continental.

### 2.2.3. Fuentes jurídicas de la Baja Edad Media

Este período muestra una tendencia a la unificación del derecho. En el Reino de Castilla se comienza con el esfuerzo recopilador del derecho tomando en cuenta la existencia de los fueros y teniendo uno de ellos como elemento aglutinador.

En este período debemos destacar la obra del Alfonso X hijo de Fernando III (1252-1284) En principio este rey trató de difundir el *Liber Iudiciorum* al que hizo traducir al castellano y llevó entonces el nombre de Fuero Juzgo para ser aplicado en el reino. Su iniciativa no tuvo mayor éxito. Comenzó entonces un camino de recopilación. Así, sus obras más importantes son *El Fuero Real* y *Las Siete Partidas* aunque también de esta época son *El espéculo* y *Las leyes de Estilo*.

#### **El fuero Real**

*El Fuero Real*, redactado entre 1252 y 1253, tiene como objetivo, expresado en su proemio, terminar con el desorden legislativo y lograr una unidad del derecho. El fuero real no se aplicó con carácter general sino a las ciudades que carecían de uno, o a aquellas cuyo fuero ya no satisficiese sus intereses.

#### **Ley de las Siete Partidas**

En cuanto a *La Ley de las Siete Partidas* no existe acuerdo entre los autores sobre su autoría y época. No obstante, en el prólogo se establece como fecha de comienzo el 1256 y se dice que “fue acabada desde que fue empezada a siete años cumplidos”. Tiene como fuentes el derecho canónico, el derecho romano justiniano, los roles de Olerón y demás legislación mercantil, algunos fueros municipales y nobiliarios. Está dividida en siete libros. El primero trata del derecho natural, de las costumbres, de las leyes de la fe católica, de los sacramentos y de la Iglesia; el segundo, del derecho público del reino y de la organización de los estudios; el tercero, de la organización judicial y del procedimiento, dominio, posesión, prescripción; el cuarto las materias de familia, potestades dominiales y señoriales, relaciones entre señor y vasallo; el quinto, de las obligaciones y contratos; el sexto sucesiones, tutelas y curatelas; el séptimo y último, del derecho penal.

Sus fuentes, sobre todo romanas, no fueron adecuadas a la población a la que pretendió aplicarse. Los hispanos, muy arraigados a sus costumbres germánicas no encontraron en las Siete Partidas las soluciones esperadas.

#### **Ordenamiento de Alcalá de Henares**

Otros esfuerzos en el mismo sentido que Las Siete Partidas se hicieron con posterioridad. *El Ordenamiento de Alcalá de Henares* de 1348 pertenece al reinado de Alfonso XI. En él se va a establecer un orden de prelación de normas. En primer lugar, se aplicaría el propio Ordenamiento, a falta de norma expresa en él debía recurrirse al fuero real u otros fueros y por último de no encontrarse disposición aplicable en ellos habría de recurrirse a Las Siete Partidas. En el período siguiente seguirán sucediéndose estas recopilaciones hasta la codificación.

## 2.3. Actividades sugeridas

### Preguntas y/o ejercicios reflexivos

¿Qué factores incidieron en la formación del derecho común europeo?

¿Esclavitud o servidumbre en la Edad Media? Fundamente su respuesta.

¿De qué forma incidieron los textos contenidos en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano en el derecho medioeval?

¿Por qué se dice que los comentaristas son los padres de la ciencia jurídica continental europea? ¿Está Ud. de acuerdo? Fundamente su respuesta.

## 3. La modernidad y las fuentes de producción del derecho

### 3.1. Generalidades

*Es indudable que nada de esto aconteció de una vez. Pero en sus avatares el hombre comienza a pensar desde un nuevo ámbito y desde una radical experiencia: desde el ámbito de la razón y la experiencia del valor de la realidad concreta (Gómez Arboleja, 1957).*

Varios acontecimientos importantes marcan el comienzo de un nuevo período histórico, a saber: la caída del Imperio Romano de Oriente en manos de los turcos otomanos en 1453, la asunción de Isabel como reina de Castilla en 1474 y el descubrimiento de América en 1492, entre otros. La prolongación de sucesos del período anterior como el claro predominio de la clase burguesa que trae aparejado un cambio de mentalidad, la consolidación de la realeza y la consecuente disminución del poder de la nobleza, serán los elementos que caracterizarán esta nueva sociedad. Con ellos nacerá una nueva forma de organización política que son los Estados nacionales soberanos modernos, basados en el poder absoluto del rey respecto de sus súbditos y dentro de un territorio delimitado. La clase burguesa, de su lado, se va afianzando traduciéndose en una suerte de alianza con la realeza. El desarrollo de la vida en la ciudad, la proliferación de estudios universitarios, la invención de la imprenta, el dinero como elemento de intercambio serán determinantes de la modernidad. Por otra parte, desde el mundo de las ideas, el ser humano moderno reaccionará contra el dogmatismo y autoritarismo eclesiásticos. Pondrá su interés en el mundo antiguo, en la razón humana como única capaz de llegar al conocimiento. Se desarrollaba así el movimiento humanista y renacentista.

#### 3.1.1. La ciencia jurídica

El *mos italicus*, como forma de entender y enseñar el derecho romano, utilizado por los glosadores y comentaristas, cayó en desuso. El humanismo se hizo sentir en el campo del derecho. Hubo una nueva forma de acercamiento al derecho romano llamada *mos gallicus* porque fue desarrollada mayormente en Francia. Ya no se concibió a aquel como derecho vigente sino como fuente inspiradora, producto histórico del genio romano, fruto de la razón y la equidad.

### 3.1.2. Escuela del derecho natural racionalista

En el siglo XVII nace la corriente jurídica más representativa de la modernidad, la escuela del derecho natural racionalista. Basados fundamentalmente en el pensamiento de Descartes, los iusnaturalistas racionalistas parten de la idea del universo regido por leyes inmutables y necesarias que constituirán el elemento de validez del derecho. La humanidad, a través de la razón puede llegar al conocimiento de esas leyes. Se produce, entonces, una identificación del derecho natural con el derecho racional y el derecho positivo, el legislador sanciona como ley positiva el derecho natural. Se parte del principio de que es posible la construcción de un sistema completo racional del derecho natural a través del método axiomático-deductivo. La idea de sistema o construcción lógica del derecho, en que todas las partes están relacionadas entre sí y cada una ocupa el lugar que le corresponde por naturaleza (una idea que también procede del campo de la teología), ya no desaparecerá de la ciencia jurídica (Levaggi, 1986, p. 116).

### 3.1.3. La ilustración

Al siglo XVIII se le conoce como el siglo de la Ilustración y su movimiento intelectual se denomina Iluminismo. Una de sus características más importantes fue poner en tela de juicio todo el conocimiento tradicional a través de la crítica. Sus seguidores se van a apartar de Descartes y va a seguir la filosofía empirista de Locke (1632-1704). El camino emprendido es inverso, van a partir no de axiomas para luego—deductivamente—llegar al conocimiento de los fenómenos sino que partirán de estos y utilizando el método inductivo pretenderán llegar al conocimiento. Siguiendo a Locke, entonces, sostendrán que todas las ideas parten de la experiencia, si bien a las cosas no nos llegarán en sí mismas sino como ellas se nos aparecen a través de las formas de la conciencia. La ilustración persiguió, a través de la crítica sistemática, fines eminentemente prácticos: la destrucción del orden imperfecto anterior y su sustitución por un orden racional impuesto por el legislador. De esta manera se encaminaban las naciones europeas, algunas de ellas mediante reformas que aceptaban las nuevas ideas tales como el despotismo ilustrado; otras ideas más revolucionarias, como el enciclopedismo francés, que trajeron consigo la revolución.

### 3.1.4. Los Reinos de Castilla y Aragón

En la península, Isabel de Castilla desata una política de unidad política, religiosa y racial tendiente a fortalecer al Estado frente al poder de la nobleza y de la incipiente clase burguesa. En este sentido se va a realizar una campaña de conversión de los judíos y la persecución de los judíos no conversos mediante la creación del Tribunal de la Inquisición. En 1492 se decretará la expulsión definitiva de los judíos no conversos.

Otro tanto sucede con los musulmanes y gitanos. Las ideas humanistas renacentistas no se propagaron en España como en el resto de Europa, sino que se fue hacia un neo cristianismo. Fueron los reyes católicos los primeros monarcas europeos quienes instalaron el nuevo Estado nación propio de la edad moderna que dejaba atrás el viejo Estado feudal. La unión de los reinos de Castilla y Aragón como consecuencia del matrimonio de Isabel y Fernando alcanzó la unidad territorial pero se manejaron ambos de manera separada tanto en el orden político como jurídico.

## 3.2. Fuentes del derecho

### 3.2.1. El derecho castellano

#### **Las leyes y demás fuentes castellanas**

Con carácter general podemos decir que se trata de fuentes del derecho que prácticamente provienen de una fuente única que es el rey. Las leyes serán disposiciones que emanan de la actividad conjunta de las cortes con el rey pero este podía prescindir de las cortes y, mediante el asesoramiento de juristas, dictar sus propias leyes a las que se les llamó pragmáticas. Junto a estas existieron otra cantidad de disposiciones reales con diferentes alcances (ordenanzas, provisiones, reales cédulas etc). Además de las fuentes escritas tenemos la costumbre. Esta servía para llenar vacíos posibles que existieran en las normas escritas pero nunca podía derogarlas. Su aplicación estaba sujeta a ciertas reglas: debía ser aceptada por la autoridad del lugar y conforme al derecho natural. En tanto, la jurisprudencia y la doctrina fueron fuentes no formales de derecho. En el año 1567, bajo el reinado de Felipe II existe un nuevo intento de ordenar la legislación. Se va a promulgar la Recopilación que resulta ser insuficiente. En el año 1805 y bajo el reinado de Carlos IV se va a producir la Novísima Recopilación cuando ya en Francia ya se había aprobado el Código Civil.

### 3.2.2. El derecho indiano

#### **Contenido y fuentes del derecho indiano**

El hecho histórico de que fuese Isabel de Castilla quien apoyase los proyectos que culminaron con el descubrimiento de América, motivaron que los nuevos territorios fueran incorporados al reinado de Castilla y que fuese en principio el derecho castellano el que rigiera en esas tierras. No obstante, el derecho castellano pronto se mostró incapaz de regular situaciones que tenían que ver con las condiciones geográficas, políticas, económicas, sociales, raciales de los territorios conquistados. Nace así el derecho indiano para dar respuesta a una casuística que superaba en mucho las disposiciones del derecho castellano peninsular. Desde la metrópoli se dispuso que en estos territorios debían de primar las disposiciones dictadas por los altos órganos de gobierno radicados en España, en primer lugar el rey y los organismos creados propiamente para estos territorios: la Casa de Contratación de Sevilla y el Real Consejo de Indias y por las autoridades coloniales facultadas a esos efectos. Así, no podía acudir a las fuentes del derecho castellano sino en forma supletoria a las fuentes de derecho indiano.

La esfera de aplicación del derecho castellano privado fue, igualmente, bastante amplia. En 1680 se produce la Recopilación de las Leyes de Indias. Se trató de un esfuerzo recopilador de las disposiciones aplicables a los territorios descubiertos en la que se prescribía lo siguiente: “Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviese decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias y por las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro...”.

### 3.3. Actividades sugeridas

#### Preguntas y ejercicios reflexivos

¿Qué escuela jurídica –que tiene su inicio en la modernidad– influyó en la codificación del siglo XIX? Fundamente su respuesta.

¿Cuáles son los principales problemas que se plantea el hombre moderno?

¿Cuáles son las consecuencias en el mundo del derecho del movimiento de la Ilustración?

¿Hacia dónde se desplaza el derecho común de la Edad Media?

¿Qué se entiende en la modernidad por derecho natural?

¿Qué se entiende por derecho castellano?

¿Qué se entiende por derecho indiano?

## 4. El derecho patrio y el proceso codificador

### 4.1. El derecho patrio desde la fundación hasta la codificación

A partir de la emancipación, nuestro país vivió respecto de las fuentes de producción del derecho dos etapas bastante definidas. Por un lado, desde nuestra primera constitución en 1830, y se puede decir que hasta la codificación, época que se conoce como de derecho intermedio, hay una supervivencia de las normas del derecho castellano y del derecho indiano. En la incipiente república, colmada de revueltas y guerras, el tiempo necesario para una legislación propia tardó. En este período existirán unas pocas leyes, la mayoría referentes a la organización de la justicia.

### 4.2. Período de la codificación, antecedentes europeos

Se le da el nombre de *codificación* al proceso que tuvo lugar en Europa e Iberoamérica que comenzó en las postrimerías del siglo XVIII y que tuvo un sostenido desarrollo durante el siglo XIX y que, bajo el influjo de las ideas de la modernidad, responde a los requerimientos de la ya consolidada clase burguesa. De esta forma los códigos modernos se apartaron de lo que eran las viejas recopilaciones que solo pretendían ordenar el fárrago de miles de disposiciones dispersas con el fin de saber cuáles estaban vigentes y cuáles no, si bien la ilustración justificó este despliegue normativo preparando el campo fértil para la codificación.

Los códigos nacen con un propósito deliberado: constituir un nuevo orden definitivo con soluciones para todos los casos que pudieran plantearse y dar así una certeza al derecho para seguridad de la clase burguesa. Desde el punto de vista de su conformación, son textos que contienen un conjunto de preceptos ordenados y organizados de forma tal que están relacionados entre sí y que son deducidos, mediante el método racional, a partir de unos axiomas o principios universales. Sus preceptos debían llegar a todos los destinatarios por lo que deberían ser redactados de forma clara, con lenguaje sencillo. Estos preceptos están llamados a regir en un marco témporo-espacial determinado y dan lugar así a la promulgación de derechos nacionales, aplicables a un territorio, con primacía de la ley y con el monarca en el vértice. Se evitaban de esta forma las organizaciones intermedias y el derecho común –muchas veces costumbrista– propios de la Edad Media.

La burguesía había cambiado el sentido del trabajo ahora considerado una fuente de bienes y éxito y que solo se podía dar en un marco de igualdad que solamente la ley los códigos garantizaban.

Si bien hubo algunos códigos anteriores como el prusiano y el bávaro, recién con el Código Civil elaborado por una comisión a instancias de Napoleón Bonaparte, finalizado en 1804 y promulgado en 1807, se tuvo un verdadero modelo que fue seguido por varios Estados modernos. El código de Napoleón fue realizado de acuerdo a los principios descriptos, pero, bajo el influjo de Domas y Pothier, la gran mayoría de sus disposiciones estarán basadas en el derecho romano. En las Escuelas de Derecho, a través de la docencia, los romanistas ya habían elaborado diferentes conceptos y construido la conexión entre ellos a partir de las normas romanas. De hecho, se llegó a decir que el derecho romano era el único depósito del derecho natural. Ningún codificador comenzó su tarea de cero. Los materiales que utilizaron como fuentes surgen de las actas de las comisiones encargadas de su redacción, así como de la propia exposición de motivos del código, de las notas y concordancias elaboradas por los codificadores.

### 4.3. La codificación americana

Mientras en Francia se codificaba, las nuevas ideas tardaban en concretarse en España. En Hispanoamérica y hasta los procesos emancipadores, el derecho que regía estos vastos territorios —como se dijo— era sustancialmente el derecho castellano. El trasplante del derecho castellano a estos territorios y su aplicación por defecto trajo aparejado también el influjo del derecho romano y del derecho común. No existía, entonces, una doctrina propia, por lo que los primeros códigos hispanoamericanos fueron realizados bajo el influjo casi único del código napoleónico al ver reflejado en él la igualdad de los ciudadanos, la seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad.

Luego vino una segunda etapa codificadora que culminó con los códigos de 1855 en adelante. Es de resaltar el Proyecto de Código Civil del uruguayo Eduardo Acevedo. Se trató de una obra privada y personal que editó en 1852 que no llegó a prosperar. Dentro de esta segunda etapa merece una consideración especial la obra de Andrés Bello, venezolano de origen y chileno por adopción. Andrés Bello se ocupa de la redacción del Código Civil chileno que luego será modelo en Hispanoamérica. Fue promulgado en 1855. Su estructura se realizó a semejanza de las Institutas de Gayo, estaba dividido en cuatro libros y un título preliminar. Sus fuentes fueron, entre otras, las Partidas y el código francés.

El Código Civil uruguayo es sancionado por decreto-ley del gobierno de facto del Brigadier Flores del 23 de enero de 1868, en el cual se fija la vigencia para el 19 de abril del mismo año. Por diferentes problemas, recién entra en vigencia en 1869. Fue obra del argentino Tristán Narvaja. Su estructura responde a cuatro libros y un título preliminar. Sus fuentes fueron el Código Bello, el Esbozo de Teixeira de Freitas y algunas obras castellanas.

## 4.4. Derecho después de la codificación contemporánea

Durante el siglo XX, los cambios producidos en la sociedad, como consecuencia de la industrialización, de los movimientos obreros, de la lucha de la mujer a través de los movimientos feministas por ocupar un espacio tanto en el derecho privado como público, el cambio y modernización del Estado, traen aparejado un cambio de paradigma en el derecho. Las guerras mundiales, sobre todo la segunda, motivan a los Estados a buscar soluciones para que no vuelvan a cometerse los horribles crímenes perpetrados. Se crea la Sociedad de Naciones y luego la Organización de Naciones Unidas con este fin. Hay un acentuado avance en la concepción de los derechos humanos que va acompañado de un correlativo avance de organismos internos e internacionales universales y regionales en la creación de estructuras que permitan cada vez más el respeto a esos derechos.

## 4.5. Actividades sugeridas

### Preguntas y/o ejercicios reflexivos

¿Qué se entiende por período intermedio patrio? Especifique cuáles eran las fuentes del derecho aplicables en dicho período.

¿Qué entendemos por proceso codificador?

Defina qué es un código.

¿La recopilación de 1805 española es un código?

¿Qué factores intervienen en la formación del derecho contemporáneo?

¿Cuáles factores considera ud. que intervinieron en la concreción y difusión de los derechos humanos?

## 4.6. Bibliografía básica

- Argüello, L. (1964). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Aru, L y Orestano, R. (1964). *Derecho Romano*. Trad. y notas marginales de Campos. M. Madrid: Epesa.
- Bonfante, P. (1944). *Historia del Derecho Romano. (I)*. Trad. de Santa Cruz Teijeiro, J. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- Burdese, A. (1987). *Diritto privato romano, terza edizione*. Torino: UTET.
- De Churruca, J. (1977). *Introducción histórica al derecho romano*. Deusto: Universidad de Deusto.
- Fernández, O. (2016). *Manual de Historia del Derecho* (versión taquigráfica). Montevideo: Ed. CED.
- García Gallo, A. (1953). *Historia, Derecho e Historia del Derecho*. Madrid: Ed. AHDE.
- Gómez Arboleya E. (1956). *Historia de la estructura y del pensamiento social*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Lalinde Abadía. J. (1983). *Iniciación histórica al Derecho español*. Barcelona: Ariel.
- Levaggi, A. (1986). *Manual de Historia del Derecho Argentino* (T. I). Buenos Aires: De Palma.
- Ots y Capdequí, J. M. (1967). *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano*. Madrid: Aguilar.
- Ots y Capdequí, J. M. (1975). *El estado español en las Indias*. México: FCE.
- Zorraquín Becú, R. (1975). *Estudios de Historia del Derecho* (T. I, II y III). Buenos Aires: Perrot.



# Instituciones

## 1. Persona

Dra. Graciela Porta Sicardi

*¡Todo detenido examen de la sociedad, el derecho y el Estado debe girar necesariamente en torno a la persona humana, principio, medio y fin de ellos, a punto tal que fija su sentido y destino, como la evolución humana lo pone de manifiesto (Alsina, p. 1947).*

Cuando nos aproximamos al origen del término *persona* vemos que no existe acuerdo en cuanto a su etimología. Tradicionalmente, y sobre todo desde las tiendas del derecho civil, se ha aseverado que proviene del vocablo latino *personare* con el cual se designaban las máscaras utilizadas por los actores a fin de obtener una mayor resonancia de la voz. Por otra parte, hay quienes sostienen que la voz provendría de un participio *personatus* que significa revestirse o disfrazarse, o del vocablo etrusco *phersus*. Sea cual sea el origen etimológico de la palabra, los cultores de la ciencia del derecho le han dado un sentido que se ha ido forjando a través de la historia y que podríamos resumir de esta forma: persona es todo ente titular de derechos y obligaciones, o sea, dotado de capacidad jurídica.

La primera cuestión para reflexionar es si ese ente siempre es un ser humano o el derecho puede hacer ingresar en la categoría jurídica de persona a otros entes diferentes, como analizaremos más adelante. Lo cierto es que el término *persona* no siempre estuvo ligado a este concepto. Si nos remontamos al derecho romano, por ejemplo, el término *persona* no tenía ninguna connotación jurídica y era utilizado —como el de *homo*— para referirse tanto al hombre libre como al siervo o esclavo al que se le negaba, en principio, toda capacidad jurídica. Los romanos concibieron al ser humano ligado a la posición que este tenía en la sociedad, o sea a su *status*, y es a partir de esta posición que irán regulando sus derechos.

### 1.1. Status libertatis

En principio, en Roma, no todos los seres humanos se encuentran en igualdad de condiciones frente al derecho. La discriminación más grande proviene de su condición de hombre libre o de esclavo. Los esclavos son aquellas personas que en Roma tienen la calidad de “homo” pero no tienen *status* o sea no son susceptibles de ser titulares de derecho y obligaciones. Entonces, la condición para constituirse en sujeto de derecho es ser capaz es tener el *status libertatis*.

La libertad era definida como la facultad natural de hacer aquello que se quería, inmune a ser impedido por la fuerza o por el derecho. Se es libre por nacimiento, en cuanto se nace de padres unidos en justas nupcias para lo cual deben ser necesariamente libres. Los que nacen de relaciones extramatrimoniales siguen la condición de la madre al momento del nacimiento. También se admitió que se naciera libre si en algún momento del embarazo la madre había sido libre aunque al momento del parto fuese esclava. La libertad también se podía adquirir mediante el acto jurídico de la manumisión por la cual el patrón liberaba al esclavo; o por ley, como premio en el caso de que el esclavo haya denunciado a los responsables del homicidio de su amo; o como sanción para el amo en caso de maltrato del esclavo. Aquellos que nacen libres llevarán el nombre de “ingenuos” y aquellos que devienen libres llevarán el nombre de “libertos”.

## 1.2. Status civitatis y status familiae

La capacidad jurídica no solo era reconocida a quien era libre, sino que se exigía al mismo tiempo para muchas relaciones jurídicas (y tanto más en el derecho antiguo) la ciudadanía romana y una particular posición de autonomía en el ámbito de las relaciones familiares. Estos requisitos vienen expresados por los intérpretes, cuando dicen que tenía capacidad jurídica quien disfrutaba del *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*. Mientras los dos primeros status son presupuestos necesarios para el ejercicio de derechos públicos, el tercero solo tiene importancia para las relaciones de derecho privado. El hecho de poseer *status civitatis*, o sea la calidad de ciudadano romano, le otorgaba a la persona derechos vinculados a su capacidad jurídica de derecho privado: *ius connubii* (derecho a contraer matrimonio válido) y el *ius commercii* (derecho a efectuar negocios jurídicos). La capacidad jurídica hasta aquí analizada (que en el lenguaje actual conocemos como capacidad de goce) no necesariamente suponía que la persona pudiera ejercer por sí misma sus derechos (lo que hoy denominaríamos capacidad de obrar). Muchas eran las causas (sexo, edad, demencia, prodigalidad) por las cuales dicha capacidad se encontraba limitada o directamente no existía.

## 1.3. Principio y fin de la persona física

Para que un ser humano fuese considerado existente jurídicamente de necesitaba que hubiera nacido, o sea que estuviese separado del vientre materno, que hubiese nacido vivo, que la gestación hubiese llegado al menos a los siete meses, que el nacido tuviese forma humana. Antes del nacimiento el concebido era considerado *mulieris portio vel viscerum* y por tanto no podía ser considerado como titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, al concebido por nacer, *nasciturus* se le reservaban sus derechos hereditarios siempre y cuando luego naciera con las condiciones establecidas. Hasta su nacimiento, sus derechos iban a ser tutelados por un *curatur ventris*. Algunas veces, cuando ello favorecía a la persona, su condición jurídica al nacer era determinada por su condición jurídica como concebida (caso que ya mencionamos para obtener su calidad de libre o de hijo legítimo). La prueba del nacimiento debía ser proporcionada por quien tuviere interés en ello.

En cuanto a la extinción de la persona se consideraba que se producía a su muerte. Algunas presunciones ligadas con la muerte o fin de la persona tuvieron lugar en el derecho clásico. Si varias personas unidas por parentesco y, por ende, llamadas a heredarse

morían juntas en un accidente y no se pudiese demostrar cuál de ellas murió primero, eran considerados muertos simultáneamente. En época justinianea se estableció que si se trataba de la muerte de padre e hijo, se consideraba que había muerto antes el hijo si este era impúber, o antes el padre si el hijo era púber.

## 1.4. Consideraciones legales de la esclavitud

La esclavitud tenía su principal fundamento en la cautividad de guerra que hacía esclavos a los *captivi*. Era un instituto del *ius gentium* definido como *contra naturam* porque se reconocía que por derecho natural todos los seres humanos eran libres e iguales. No obstante, la esclavitud fue admitida en el pueblo romano como en casi todos los demás pueblos de la antigüedad. El esclavo era considerado como una cosa y por tanto objeto y no sujeto de derecho; sobre él se podía constituir la propiedad y demás derechos reales y como tal podía ser vendido, donado, poseído. Era privado totalmente de su capacidad jurídica —*servili caput nullum ius habet*—por tanto, no podía contraer matrimonio válido porque estaba prohibido el matrimonio entre libres y esclavos, ni entre esclavos, solo uniones de hecho que llevaron el nombre de *contubernium*. El esclavo podía adquirir bienes pero estas adquisiciones siempre iban a recaer en el patrimonio del pater.

En dos aspectos el esclavo no era considerado una cosa: para el derecho sacro y para ser sujetos del derecho penal público. En principio los esclavos eran considerados casi como los *figli familiae*, ya que vivían en la *domus* y compartían la vida familiar. No obstante, con las conquistas romanas la cantidad de esclavos se incrementó en forma exponencial y la situación de estos varió sustancialmente, siendo sometidos a vejámenes y sevicias por parte de sus amos. Es recién a partir de la legislación imperial, seguramente por influencia del cristianismo, que se comenzó a limitar el derecho de los amos respecto de sus esclavos. Así se penaron las sevicias y se permitió al esclavo recurrir *extra ordinem* al magistrado por malos tratos. Concomitantemente, se fue desarrollando una capacidad patrimonial de los esclavos a través de la administración de un pequeño grupo de bienes (*peculio*) que ellos podían incrementar con su actividad.

## 1.5. Status civitatis

Como se ha dicho, para que una persona pudiese tener capacidad, además de ser libre, debía ser ciudadano romano. Se era ciudadano romano por nacimiento, liberación o concesión. Por nacimiento, si la persona era hijo legítimo o sea nacido de justas nupcias entre ciudadanos romanos. También los esclavos podían volverse ciudadanos cuando eran liberados. Por concesión, llegaban a ser ciudadanos romanos los extranjeros a los cuales les hubiese sido dada la ciudadanía por el pueblo romano. Esta concesión podía ser particular o general (a todos los habitantes de una región o ciudad). En el campo del derecho público significó tener el *ius suffragii* y el *ius honorum*, o sea, el derecho a elegir y ser electo magistrado.

En contraposición a los ciudadanos romanos se encontraban los extranjeros, en un principio llamados *hostes* y más tarde peregrinos. En principio, los peregrinos no se regían por el derecho civil romano exclusivo de los ciudadanos, antes bien, en sus relaciones se regían por sus derechos propios. Peregrinos eran también los súbditos de las provincias conquistadas por Roma. Más tarde, todos los peregrinos sin distinción pudieron realizar negocios jurídicos válidos a la luz del *ius gentium*.

Existía en Roma otro tipo de habitantes cuya situación era intermedia entre el ciudadano y el peregrino. Estos eran los llamados “latinos”. Dentro de ellos podemos considerar tres categorías: los *latini veteres*, antiguos habitantes del Lacio y de las más antiguas colonias de Roma, tenían todos los derechos de los ciudadanos salvo el *ius honorum*; *coloniarii*, habitantes de las colonias romanas fundadas después del 268 a. C., tenían el *ius suffragii*, *ius commercii* pero no tenían el *ius connubii*; por último, los *latini iuniani*, eran los esclavos manumitidos a los cuales no les había sido reconocida la ciudadanía. En el 212 d. C. el emperador Caracalla concede la ciudadanía a todos los que estaban *in orbe romano*. La ciudadanía romana se perdía por tres causas: pérdida de la libertad, pena de deportación o elección de otra ciudadanía.

## 1.6. Status familiae

Además del requisito de la libertad y de la ciudadanía, para que la persona tuviese capacidad en el campo del derecho privado era necesario ser *sui iuris*, o sea, ser autónomo de cualquier potestad familiar. Era *sui iuris*, entonces, aquella persona que no tenía ningún ascendiente que ejerciera la potestas sobre él, ya porque había sido liberado de dicha potestad por emancipación del pater, ya porque este había muerto. Si la persona *sui iuris* era hombre, se transformaba en pater familiae, cualquiera fuese su edad, siendo entonces también indiferente que tuviese o no descendencia. Solo las personas *sui iuris* tenían capacidad patrimonial.

En relación directa con los *sui iuris* existen los *alieni iuris*, o sea, todos aquellos que están sometidos a la potestas de un mismo pater configurando así la familia romana, tal como fue ya descrita. La condición de los hijos de familia no fue diferente a la de los esclavos desde el punto de vista patrimonial ya que, si adquirían bienes, los efectos de dicha adquisición recaían en el patrimonio del pater. También ellos a través de la administración de su peculio llegaron a extender la esfera de su capacidad patrimonial.

## 1.7. Capitis deminutio

La capacidad podía perderse por la *capitis deminutio*. Esta podía ser máxima, media y mínima. La máxima significaba la pérdida de la libertad y con ella de todos los demás status. La media significaba la pérdida de la ciudadanía y con ella todos los derechos que tenía el ciudadano. La *capitis deminutio* mínima significaba un cambio de status en la familia por emancipación, adopción, *datio in mancipio*, en estos casos se conservaban las dos primeras y la consecuencia que tenían estos institutos era la desvinculación del individuo de su familia de origen. Si lo que se producía era una *adrogatio* de un *pater* a otro, el *adrogado* cambiaba definitivamente su status de *sui iuris* por el de *alieni iuris*.

## 1.8. Las personas en el derecho germánico

La situación de las personas y su capacidad no varió mucho durante la época del derecho germánico: la capacidad civil también estaba determinada en función de la libertad de las personas. Tenían plena capacidad aquellas personas pertenecientes a la comunidad y libres. A los siervos les eran negados todo tipo de derechos. Esta situación se va a ir morigerando hasta que la servidumbre desaparece en las ciudades. Igual que en Roma,

todo lo adquirido por el siervo va a integrar el patrimonio del amo. De la situación de servidumbre se podía salir por medio de la institución del franqueamiento, por la cual el amo le otorgaba la libertad al siervo. Salvo alguna excepción, el franqueado no obtenía plenamente su libertad, su condición de semi libre lo dejaba bajo el patrocinio de quien había sido su amo o, si el franqueado lo prefería, bajo el patrocinio de la Iglesia. Desde el punto de vista patrimonial se les consideraba capaces aunque adscritos a la tierra. Después de su muerte el que había sido su amo tenía derecho a una cuota hereditaria sobre los bienes muebles de este. Para contraer matrimonio el semi libre debía de comprar el consentimiento del señor. Los extranjeros carecían de capacidad jurídica salvo que se pusiesen bajo la protección de un señor mediante lo que se llamó la “paz del mercado”. Si así lo hacían el señor ejercía una especie de tutela sobre la persona protegida habilitando en esta forma la realización de actos jurídicos. La capacidad se podía perder por la “pérdida de la paz”. Ella conllevaba la pérdida de todos los derechos patrimoniales como consecuencia de que esa persona ya no se consideraba perteneciente a la colectividad. Incluso se le podía dar muerte sin que implicara la comisión de un delito. Con la pérdida del derecho la persona no se volvía totalmente incapaz sino que perdía algunos derechos, por ejemplo, ser testigo o jurar en juicio.

## 1.9. La persona en el derecho bajo medioeval. Las Siete Partidas

Las Partidas van a seguir distinguiendo entre hombres libres y siervos o esclavos y van a adherir a la concepción romana de determinar la capacidad por el *status*. De esta manera van a definir la capacidad como “el estado de los hombres” y el estado como “la condición o manera en que los hombres viven o están”. Esta condición podía provenir de la propia naturaleza o de las leyes positivas. El estado natural podía pertenecer a personas nacidas o meramente concebidas, por razón del sexo a varones o mujeres, y por razón de la edad a menores o mayores. Se consideraba persona la nacida viva, cuando lo había hecho en tiempo útil y legítimo, hubiera vivido 24 horas, tuviese forma humana y hubiese sido bautizado. Los meramente concebidos podían llegar a tener derechos si le eran favorables y si luego nacían con los requisitos señalados con anterioridad. Con respecto al sexo, las mujeres tenían capacidad de goce pero no de ejercicio, o sea, tenían limitada su capacidad de obrar. En cuanto a la edad, se consideraron los 25 años para adquirir la capacidad plena, no obstante, para determinados actos jurídicos, como el otorgamiento de testamento o para contraer matrimonio, se fijó una edad más temprana, doce para la mujer y catorce para el hombre.

En lo que concierne a la esclavitud, si bien en las Partidas se la considera como vil, no por ello deja de legislar al respecto. Serán esclavos, entonces, para esta legislación los caídos en cautiverio de guerra por razones de fe, los hijos de sierva (se seguía la condición de la madre) y por la pérdida de la libertad. Esto último solo era posible si la persona era consciente de que estaba vendiendo su libertad y el comprador creer que esa persona era libre. Para este peculiar negocio quien vendía su libertad debía ser mayor de siete años. Durante los siglos XVII y XVIII se desarrolla todo un movimiento intelectual de antiesclavistas entre cuyos exponentes se encuentran Bartolomé de las Casas y Domingo de Soto entre otros.

## 1.10. La esclavitud en la colonia

En Uruguay y en América se va a producir la introducción de esclavos negros, que ya había tenido su origen en la España del siglo XV. En cuanto a sus derechos, no tenían capacidad jurídica civil aunque tenían, en principio, derecho a la vida y a la integridad física, por lo cual tenían la posibilidad de denunciar los malos tratos. En 1794 se prohíbe “la carimba”, o sea, la marca en el cuerpo del esclavo con hierro candente en señal de que se habían pago los tributos por su introducción. Dentro de los derechos patrimoniales podemos nombrar el derecho al peculio liberatorio, establecido por Real Cédula de 1526 que consistía en que el esclavo podía comprar su libertad pagando con su trabajo y recogido este derecho en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680. Una vez realizado el pago total, que era la suma que su amo había pagado por él en su adquisición, el esclavo se volvía persona libre. También se lograba la libertad mediante el aforro, acto personalísimo donde el amo entregaba la libertad al esclavo. Una vez libres estas personas se transformaban en plenamente capaces pero con supervivencia decreciente del concepto de cosa. Esto último significaba que debía honra y obediencia al señor que lo había aforrado. El incumplimiento de estas obligaciones podía hacer revocable el aforro oportunamente otorgado. No obstante, había otro problema vinculado y era el color de la piel. Solamente podían adquirir la libertad plena los llamados quinterones o sea aquellos que solo tenían un quinto de sangre negra. La libertad plena era negada a los negros y mulatos.

## 1.11. La esclavitud en nuestro país

En el período intermedio por un decreto de 1825 y una ley de 1830 se estableció la libertad de vientres en nuestro país y la prohibición del tráfico de negros desde el extranjero. El constituyente de 1830 se pronuncia en igual sentido por lo que sigue vigente en el país la esclavitud preexistente. En el mismo año, se había dictado una ley que establecía las condiciones de venta. Independientemente de la prohibición constitucional del tráfico de esclavos este siguió sucediendo en el país. Es recién en 1846 cuando se decreta la abolición total de la esclavitud en el territorio nacional otorgando la plena libertad a todos los esclavos. El Código Civil uruguayo va a dar un concepto de persona parecido al del código Bello, cuando dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones reconocidas por la autoridad pública”<sup>14</sup>. De esta forma, la normativa uruguaya pone al individuo, persona humana, como centro de imputación de derechos y obligaciones al decir “son”, en tanto que establece que hay otros entes que se consideran personas capaces de derechos y obligaciones por imposición de la ley y no por su naturaleza misma.

## 1.12. La persona: centro de los ordenamientos jurídicos

La consideración de la persona ocupa hoy un lugar preeminente en la discusión jurídica e iusfilosófica que trasciende la esfera del derecho civil o privado, aunque lo incluye. Savatier (1959) ya lo expresaba de esta forma en el pasado siglo al decir que la persona se ha transformado en el centro de la meditación jurídica contemporánea. Esta afirmación

---

14 Art. 21; Libro primero.

resulta cada día más cierta con el desarrollo de los derechos humanos y responde a una concepción menos patrimonialista y más humanista del derecho. Se ha trasladado el eje del derecho civil, de las cosas y la propiedad al ser humano como centro del ordenamiento jurídico.

## 2. La familia: algunas líneas de su evolución histórica

Esc. Claudia Cabrera

### 2.1. Introducción

La familia como institución social e institución jurídica ha sido objeto de interés y de regulación desde siempre por ser considerada una cuestión obvia, necesaria e inclusive “natural”. Pero la historia de la familia como institución es un asunto cuyo interés teórico es bastante más reciente. Alrededor de las décadas de 1960 y 1970 y como consecuencia de asuntos tales como la multiplicación de los divorcios, la caída de la natalidad, el conocimiento de las relaciones sexuales extra-matrimoniales, el aumento de uniones libres, la inestabilidad de los lazos intergeneracionales, la inserción de la mujer en el mercado laboral, la lucha por la igualdad, etc., muchas personas comunes y corrientes y también académicos se formularon preguntas similares: ¿estamos frente a la una crisis definitiva de la institución familia? O ¿son solamente transformaciones coyunturales, similares a las producidas en distintos momentos históricos? Desde entonces el estudio de la familia y su historia se ha tornado interesante, relevante, un atractivo objeto de estudio. El estudio de la familia y de la historia de la familia se ha vuelto atractivo para las ciencias sociales y esto ha favorecido muchos enfoques interdisciplinarios interesantísimos desde disciplinas como la Demografía, Economía, Estadística, Sociología, Psicología, Derecho, Historia, Antropología, etc.

Consideramos que una mirada desde la Historia del Derecho, disciplina que enfatiza el elemento temporal y que se detiene y profundiza en la regulación normativa de las instituciones vinculadas a la familia, puede proporcionarnos una perspectiva útil e interesante e incluso habilitarnos una mejor comprensión del estado de la familia actual, o mejor dicho, una razón de ser de las actuales normas que regulan la familia. Por ello realizaremos un breve panorama histórico, de las distintas instituciones conectadas a la familia, que sin ánimo de agobiar al lector pueda servir para generar una visión global e histórica de la institución familia.

Otra precisión que nos parece oportuno realizar es que nos hemos referido hasta aquí a la categoría de familia en sentido amplio como el conjunto de personas que conviven, formando una casa o un grupo doméstico vinculado por razones de parentesco. Pero consideramos muy útil a nuestro propósito realizar algunas precisiones adoptando conceptos desde el campo de la Sociología.

El término familia se aplica en Sociología para designar a un grupo social y a una institución. En ese sentido, podemos afirmar: “Como grupo social, la familia puede estar constituida por personas de diferente sexo y edad, vinculados por lazos de sangre, legales o

consensuales y cuyas relaciones se caracterizan por la intimidad, la solidaridad y la duración” (Valero, 1995, p. 93). Además, “...la familia es una institución — específicamente de parentesco— porque está regulada por unas prácticas sociales que se repiten regular y continuamente, que se sancionan, que se mantienen por las normas y tienen una importancia fundamental en la estructura social” (Abercrombie, 1998, p. 136).

Por otra parte, si atendemos a la etimología romana del sustantivo “familia”, encontramos que se deriva de la expresión latina *famulus* (servidor) y se aplicaba inicialmente al colectivo de esclavos y sirvientes que compartía un mismo techo, y posteriormente el término amplió su campo semántico y abarcó a la casa en su totalidad: el señor, la señora, los hijos y la servidumbre.

Con estas precisiones estamos entonces en condiciones de realizar una mirada histórica panorámica de la familia en distintas épocas

## 2.2. La familia en el Derecho Romano

A diferencia de lo que ocurre con otros institutos o instituciones jurídicas, la institución familia aparece especialmente definida en los textos romanos. Y ello tiene consecuencias.

La definición de familia que aparece en el Digesto (50, 16, 195, 1-5) elaborada por el jurista Ulpiano es muy importante en dos sentidos: en primer lugar, porque consolida jurídicamente una concepción social tradicional de familia romana que se basaba en la férrea, rígida y antigua concepción del poder del paterfamilias quien, bajo su *potestas* tiene un grupo de personas (concepción social de la familia) y bajo su *dominium* tiene un conjunto de cosas o de bienes (concepción patrimonial de la familia); en segundo lugar, porque tiene el mérito de plasmar en la Compilación de Justiniano una definición útil que puede ser comprendida y asimilada en cualquier época histórica.

Esto, implica que, a pesar de los diversos cambios producidos por reformas jurídicas vinculados a los cambios sociales, económicos, políticos, jurídicos y culturales por los que Roma transitó y que involucraron, también, cambios en las distintas instituciones que se desarrollan en el seno de la familia (matrimonio, divorcio, adopción, filiación, etc.), la concepción primordial de la familia persistió y sirvió como marco referencial: el paterfamilias es el origen y fin de la familia. Sin paterfamilias no hay familia. Y una confederación de familias constituía una *gens*.

La expresión *paterfamilias* era equivalente a “cabeza libre”, eso es persona no sometida a potestad alguna. La expresión paterfamilias no implicaba tener descendencia biológica, sino que indicaba una independencia jurídica.

La familia *proprio iure* es definida por Ulpiano (Dig, 50, 16, 195, 2) del siguiente modo: “Llamamos familia a muchas personas que o por naturaleza o por derecho están sujetas a las potestad de uno solo”. La familia *communiuri* es la que se configuraba al fallecer el paterfamilias; es la de todos los agnados, porque aunque muerto el paterfamilias, cada uno tiene familia propia; sin embargo, todo los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progeñie.

El concepto de parentesco civil o por *agnación*, que es ese vínculo que se transmitía por línea masculina, fue complementado por el concepto de cognación, que hacía referencia a las personas ligadas por vínculos sanguíneos, es decir, al vínculo de parentesco natural, pero recién aparecerá en la época de Justiniano.

Recordemos que también configura el concepto de familia romana el conjunto de bienes que se pueden transmitir por herencia.

En síntesis, la familia romana fue originariamente el conjunto de personas y bienes sobre las cuales el paterfamilias ejercía su potestad. Este tenía libre disposición y administración de los bienes, y era jefe del culto familiar y juez dentro de su familia.

El concepto de parentesco es un término que integra a la institución familiar romana. Los romanos reconocieron además del parentesco civil o *agnaticio* y el parentesco natural o *cognaticio*, el parentesco por *afinidad* que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Inclusive reconocieron el parentesco por *gentilidad*, que era el nexa que unía a los miembros de las gens o familias agnaticias que habrían tenido remotos antepasados comunes.

Vinculado al concepto de familia se destaca el concepto de *patria potestad*. Esta era el conjunto de poderes que el paterfamilias ejercía sobre aquellas personas libres que constituían su comunidad familiar, ya fueran sus descendientes u otras personas incorporadas a la domus por adopción, adrogación o por legitimación.

Así, alguien podría estar sujeto a la patria potestad de un paterfamilias por varios mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico:

- 1) por nacimiento,
- 2) por adopción,
- 3) por legitimación,
- 4) por adrogación.

El *nacimiento* implicaba haber sido procreado por un individuo varón de la familia ya fuera este el paterfamilias o un filius. El hijo concebido dentro de las justas nupcias era un hijo iusti y luego llamado legítimo. Para ser legítimos los hijos debían haber nacido luego de los 180 días de la celebración del matrimonio o 300 días contados desde la disolución del matrimonio. Los hijos nacidos de concubinato llamados *liberi naturales*, seguían la condición de la madre.

La *legitimación por subsiguiente matrimonio* de los padres fue un mecanismo del derecho post clásico, por el cual un hijo natural concebido en una relación estable de concubinato alcanzaba la calidad de legítimo y quedaba sometido a la patria potestad en calidad de *alieni iuris*.

La *adopción* por otra parte, era un mecanismo previsto para recibir en la familia a personas ajenas a ella, quienes se someterían a la patria potestad del paterfamilias, Con respecto a la adopción, debemos diferenciar sus características antes y después de Justiniano. Antes del mencionado emperador, la forma de adoptar era seguir ciertos pasos no exentos de complicaciones: el padre vendía tres veces consecutivas a su hijo, para ello utilizaba el mecanismo de la mancipatio, y de acuerdo de antemano con un tercero de confianza, este los manumitía dos veces consecutivas. A la tercera venta no se realizaba la mancipatio y sí un proceso *in iure cessio* en el cual el padre adoptante reivindicaba su derecho de patria potestad al antiguo paterfamilias. Con Justiniano se produjo una simplificación de este proceso, solo se requería que se presentaran frente al magistrado el adoptante, el paterfamilias y su filius; el magistrado declaraba la adopción. La adopción podía ser plena o minus plena. En la *adopción plena* el adoptado se desligaba de su familia de origen y se colocaba bajo la patria potestad de su padre adoptante. En la *adopción minus plena*, el adoptado no salía de su familia de origen y solo se le acordaba un derecho de sucesión sobre los bienes del adoptante.

La *adrogación* era un particular mecanismo que implicaba que un paterfamilias pasaba a estar bajo la potestad de otro, es decir que el paterfamilias adrogado se colocaba en la posición de hijo de familia con respecto al paterfamilias adrogante.

La *manusmaritalis* era la potestad que tenía el paterfamilias sobre la mujer casada. Es pertinente hacer referencia al matrimonio porque es otro de los elementos constitutivos de la familia. El *matrimonio* era para los romanos, una situación de hecho, de carácter monogámico e implicaba la finalidad de constituir una comunidad de vida. Los cónyuges tenían la intención de tratarse como marido y mujer, de dispensarse la posición y dignidad de tales. El matrimonio era la cohabitación de dos personas de distinto sexo (elemento material o corporal), con la intención de constituir entre ellos una comunidad de vida, procrear a sus hijos, tratarse como cónyuges (*affection maritalis*). Generalmente, el matrimonio era precedido de los *esponsales*, ceremonia realizada por los futuros cónyuges o sus paterfamilias, que consistía en la promesa de matrimonio mediante un contrato verbal y solemne. El matrimonio podía ser *cum manu*, según el cual la esposa se hacía parte de la familia de su cónyuge y estaba sometida a la potestas de su cónyuge o la del paterfamilias de su cónyuge. También existió el matrimonio *sine manus*, en el cual la mujer quedaba en igual situación familiar y pecuniaria que tenía antes de sus nupcias.

En el caso del matrimonio *cum manu*, la *manusmaritalis* no nacía automáticamente por la celebración del matrimonio sino que requería la celebración de determinados actos para la adquisición de dicha potestad:

- 1) la *confarreatio*;
- 2) la *coemptio*;
- 3) el *usus*.

La *confarreatio* era una ceremonia religiosa de mucha solemnidad en la cual los desposados se hacían recíprocas preguntas frente a testigos y pontífices y ofrecían un pan de trigo al Dios Júpiter. La mujer era así admitida a la comunidad familiar del paterfamilias.

La *coemptio* era una forma de adquisición de la mujer por causa de matrimonio para que quedara bajo la potestad del marido como esposa y no como esclava.

Por último, el *usus* era el mecanismo que se utilizaba cuando no se había realizado la *confarreatio* o la *coemptio*. Consistía en retener a la mujer por un año de forma ininterrumpida. En ese período la esposa podría interrumpir esa prescripción permaneciendo fuera de la casa del marido por tres noches consecutivas. Este mecanismo desapareció a fines de la república y el emperador Augusto lo abolió por completo.

El derecho romano exigió la presencia de ciertos presupuestos o requisitos para la validez del matrimonio:

- 1) capacidad jurídica o *iusconnubii* (aptitud legal para unirse en legítimo matrimonio);
- 2) capacidad sexual para procrear;
- 3) consentimiento de los contrayentes;
- 4) consentimiento del paterfamilias cuando los contrayentes fueran *alieni iuris*.

Con respecto a los impedimentos para contraer matrimonio, la teoría no fue genuinamente romana sino una elaboración posterior producto de la cristianización del imperio y del desarrollo del derecho canónico. Este aspecto será oportunamente abordado.

El matrimonio, como institución vinculada a la familia, es importante por los efectos jurídicos que tiene con respecto a las personas de los cónyuges, a las personas de los hijos y a los bienes.

Con respecto a la personas de los cónyuges, la principal consecuencia del matrimonio que estableció el derecho romano era el deber de fidelidad entre los cónyuges. El derecho romano fue más severo con la infidelidad o adulterio de la mujer que con la del hombre. Con respecto a los hijos, el efecto principal del matrimonio fue la adquisición de la filiación legítima. Finalmente, el efecto principal del matrimonio con respecto a los bienes también llamado el régimen patrimonial del matrimonio, tendrá que ver con el tipo de matrimonio: si es *cum manu*, todos los bienes que la esposa poseía se transmitía al cónyuge o a su paterfamilias, y la mujer era patrimonialmente incapaz, a la muerte del esposo le sucedía como si fuera una hija de familia más. En cambio en el matrimonio *sine manu*, dado que la mujer seguía perteneciendo a la familia paterna se producía una separación de bienes, por lo tanto, si la mujer era *sui iuris* era propietaria de todos sus bienes y si era *alieni iuris* las adquisiciones durante el matrimonio eran propiedad de su propio paterfamilias.

Vinculado al matrimonio *cum manu*, surgió en Roma el instituto de la *dote* que era el conjunto de bienes que la mujer o su paterfamilias aportaba al futuro marido a causa del matrimonio a celebrarse. Por el hecho de que la mujer perdiera los derechos hereditarios en su familia de origen, se le entregaban bienes como una especie de anticipo de la herencia.

A propósito del matrimonio, no podemos ignorar la existencia en el derecho romano de la posibilidad de su disolución. Para los romanos el matrimonio, como ya dijimos, era una situación de hecho y era por ello, *esencialmente disoluble*. El matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por pérdida de la capacidad matrimonial, por sobrevenir un impedimento y por el divorcio. Con respecto a divorcio es interesante notar que era definido como la conclusión o finalización del *affectiomaritalis* en uno de los cónyuges o en ambos, Justiniano distinguió cuatro tipos de divorcio:

- 1) por mutuo consentimiento,
- 2) el repudio o divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge;
- 3) el divorcio unilateral sin causa,
- 4) el divorcio por causa no imputable a ninguno de los cónyuges (impotencia incurable, votos de castidad o cautividad por guerra).

Finalmente, no podemos dejar de mencionar en este capítulo dedicado a la familia, los temas de la *tutela* y la *curatela*. La presencia de estos institutos se justifica por la existencia de personas en las familias que gozaban de plena capacidad jurídica, pero que podían hallarse imposibilitados de ejercer por sí mismos los derechos de los que eran titulares. Las razones de que existieran sujetos con incapacidad de obrar, estaba fundada básicamente en razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la dilapidación de bienes. La *tutela* estaba pensada para los hijos de familia que se convertían en *sui iuris* a la muerte de su paterfamilias, pero que por ejemplo eran impúberes, esto es, no habían cumplido 14 años o eran las mujeres *sui iuris* de cualquier edad. La *curatela* fue la otra institución creada por el derecho romano para proteger los bienes o el patrimonio de los incapaces no sometidos a tutela, esto es, los enfermos mentales o dementes (*furiosi*) y para los pródigos sujetos a interdicción.

El derecho romano identificó tres tipos de tutela: tutela testamentaria, que era la expresada por el paterfamilias por testamento; la tutela legítima, que era la determinada por la ley (e implicaba generalmente vínculo de parentesco entre el tutor y el pupilo); la tutela dativa, cuando la designación del tutor provenía de un magistrado.

¿Qué funciones cumplía el tutor? La *autoritas* era el acto por el cual el tutor con su presencia prestaba al pupilo asentimiento para la realización de un negocio jurídico y así

resultaba eficaz. Pero si el pupilo era, por ejemplo, menor de siete años, su incapacidad de obrar era absoluta y en estos casos el tutor no cooperaba o asistía al incapaz, sino que actuaba por medio de la *gestio* que era la administración de los negocios del pupilo como si fuera propio.

Un caso interesante que aparece regulado en el derecho romano es la *curatela del menor púber*. Aunque la tutela sobre las personas sui iuris terminaba con la pubertad, – momento en que se alcanzaba la plenitud para obrar– los romanos consideraron que era necesario proteger a los jóvenes hasta los veinticinco años y así salvaguardar sus intereses patrimoniales. Se introdujo en la práctica un curador o administrador que asistía al púber y prestaba su cooperación.

Un caso llamativo y particularísimo que encontramos en el derecho romano es la *tutela de las mujeres* o tutela perpetua del sexo. Las noticias que nos llegan de la situación de las mujeres romanas son muy escasas, desarticuladas y anecdóticas, pero sí es claro que las mujeres estaban ubicadas en una situación inferior a la del hombre. Por la naturaleza patriarcal de la familia, las mujeres están excluidas del poder familiar y excluidas de las funciones públicas, no tienen derechos políticos, no actúan en el foro ni ante los tribunales. Es evidente que la clase social en que nacía la mujer determinaba su rol en la sociedad, pero fuera cual fuera su status, nunca tuvieron las mujeres romanas la totalidad de los derechos otorgados a los varones. Las mujeres eran consideradas como infantes perpetuas, incapaces de obrar con capacidad relativa. La función principal del tutor se reducía a la interposición de la auctoritas para dar validez a determinados actos de trascendencia patrimonial y siempre con presencia de la mujer. La decadencia de esta tutela perpetua de la mujer empieza cuando el padre o el marido de la mujer dejan por testamento a las mujeres el derecho de designar ellas mismas a su tutor, pero tiene su mayor y fuerte impacto cuando se declara por la ley Iulia y Papia Poppaea libre de tutela a la mujer ingenua que tuviera tres hijos o a la madre manumitida con cuatro hijos. En el Corpus Iuris Civilis de Justiniano desaparece la tutela perpetua de las mujeres.

Como consecuencia de las invasiones bárbaras, que en realidad fueron movimientos migratorios que aumentaron en intensidad y frecuencia, los pueblos romanos entran en contacto con otra forma de vida y otras concepciones de la familia y el derecho. Veamos, pues, algunas consideraciones sobre la familia en el Derecho Germánico.

### 2.3. La familia en el Derecho Germánico

Cuando pensamos en el derecho germánico, tenemos que tener en cuenta que el concepto es el resultado de una construcción intelectual basada en similitudes, en costumbres y reglas análogas que se presentan en algunas de las tribus germánicas que invadieron el imperio romano de occidente, pero en realidad no existe un derecho germánico estructurado normativamente como lo es, por ejemplo, el derecho romano. Por lo tanto, debemos ser conscientes de que esta construcción unitaria a la que llamamos *derecho germánico* es una visión o perspectiva desarrollada por los propios romanos (por ejemplo, César y Tácito).

Considerando lo anterior, diremos entonces que, para los germanos el derecho parecía cumplir la función de un ordenamiento estable para la paz general, que se transmitía en forma consuetudinaria y estaba íntimamente relacionado a la religión y a los usos sociales, cuyas disposiciones eran formuladas a través de versos, lo cual era una herramienta funcional para que el pueblo pudiera memorizarlos.

Dentro de su derecho, encontramos un concepto particularmente importante que es el de *sippe*, el cual constituye la base de la sociedad, y hace referencia por todas las personas ligadas entre sí por vínculos sanguíneos, y además a quienes se sentían identificados por un mismo pasado y honor. La *sippe* era un colectivo de trascendencia jurídica que englobaba al conjunto de individuos que descienden de un tronco común en línea masculina. Ese conjunto de individuos tenía un carácter de círculo de autodefensa, con un conjunto de derechos y deberes para sus miembros, de manera que, por ejemplo, la protección penal de sus integrantes quedaba en manos del propio colectivo cerrado de la *sippe*.

La comunidad parental de la *sippe* no se reducía exclusivamente a aquellos que proceden de una línea masculina común, sino que podía extenderse a aquellos que fueran ajenos a esa rama familiar pero que se adscribieran a la *sippe* mediante la fraternidad artificial. Para formalizar su inclusión en la comunidad fraternal, dos individuos habían de hermanarse de una manera ceremonial y ritualista, en la que se producía un juramento de hermandad, así como una mezcla simbólica de la sangre del extraño y del miembro de la *sippe*.

En el ámbito del derecho de Familia, la *sippe* tenía importancia debido a que en instituciones como el matrimonio —que para los germanos era un asunto que concernía a toda la parentela y no solo a los novios— se podía incrementar el honor de la *sippe* o por el contrario, aumentar su detrimento.

Una categoría interesante era la de *munt*, conocido por las fuentes romanizadas como *mundium*. Era el equivalente germánico del conjunto de potestades del paterfamilias romano, es decir, a la potestad jurídicamente atribuida al cabeza de familia sobre el círculo de miembros que la integran. El *munt*, en particular, se atribuía al jefe de la *sippe* sobre todos sus componentes.

Cuando el círculo comunitario veía cómo uno de sus miembros era dañado, los restantes quedaban legitimados para acceder a la *blutrache* (venganza de sangre) o al *wergeld* (compensación económica). Además, la pertenencia a una *sippe* afectaba al juramento, y obligaba a estar bajo el *munt* de aquel que ocupase la posición de jefe dentro de la unidad familiar.

La condición de la *persona* podía corresponderse con la de hombres libres, y la de semilibres (*liten*) o siervos, que podían ser manumitidos. La clase social tenía gran importancia a la hora de determinar el *wergeld*, de manera que el *liten* valía la mitad que el hombre libre.

Otros conceptos vinculados a los mencionados son los de la *capacidad jurídica* y las *causas modificativas de esa capacidad*. La capacidad se adquiere con el nacimiento y aceptación paterna. Respecto a las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar en el caso germánico son:

- La edad. Se adquiere mayoría de edad cuando adquiere la capacidad del manejo de las armas. Una de las razones para excluir a las mujeres de la política y otros ámbitos, es la incapacidad de las mismas para el manejo de dichas armas para la guerra.
- El sexo. Las mujeres no deciden en el ámbito político y tampoco tienen siempre la capacidad de enajenar los bienes inmuebles. Es el caso de la denominada ley sálica; el origen de dicha ley viene del pueblo franco-sálico, en las que enuncian que las mujeres son meras transmisoras por herencia de los inmuebles a los hijos.
- La condición social. Incluso en el matrimonio se sigue diferenciando en cuanto a los hijos la posibilidad de heredar unos bienes u otros, si hay un matrimonio de condición social diferente, los hijos siempre siguen la condición jurídica del cónyuge inferior. Este tipo de matrimonio de diferente clase social es el *matrimonio morgánico*.

El matrimonio germánico se constituye con la cohabitación de la pareja unida y no por un acto formal, de tal manera que, más que legal, era un acto social. Sin embargo, es interesante notar que la poligamia estaba aceptada en la medida de las posibilidades económicas de cada familia. De tres maneras se creaba el matrimonio germano: por compra, por raptó y por consentimiento mutuo.

La compra (*kaufêhe*) de la novia era parte de un acuerdo entre dos familias, por lo que un intercambio de propiedad era esencial. Este proceso de compra contenía tres etapas. Se iniciaba con un acuerdo (*muntvertrag*) entre el pretendiente o su padre y el padre o tutor de la novia, referido a la compensación que la familia del novio debía pagar a la familia de la novia. Le seguía una transferencia pública (*anvertrauung*) de la novia al jefe de la familia del novio. Venían, a continuación, unos esponsales rituales (*trauung*), consistentes en que los miembros del clan de la novia se colocaban a su alrededor para testimoniar la transferencia e indicar que consentían en ella. La transferencia no implicaba solamente la entrega física de la mujer, sino también de un poder legal (*munt, mundium*) sobre ella al marido y a su grupo familiar. La mujer abandonaba su familia y quedaba integrada en otra. Este tipo de matrimonio era el más escogido.

Luego existió el matrimonio por raptó o captura (*raubehe*). Se efectuaba por medio de un secuestro forzado, sin el consentimiento de la mujer y de su familia. A veces se le ha llamado matrimonio por violación. Este tipo de compromisos violentos fueron combatidos por las leyes en los códigos germánicos, incluyendo grandes multas.

Finalmente, el matrimonio por consentimiento mutuo (*friedelehe*) generaba un matrimonio válido. Este contrato fue, al parecer, una derivación del raptó pero con la aquiescencia de la mujer, pero no de su familia. Entonces, se diferenciaba de la compra porque faltaba, en primer lugar, el acuerdo de noviazgo o llamado también de dote y, en segundo lugar, faltaba al marido la transmisión del *munt* sobre la novia. En ausencia de este, la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen, aunque viviera con su marido, miembro de otra familia.

Pero en síntesis podemos concluir que la idea del matrimonio germánico se fundaba en la relación sexual acompañada de la intención de vivir en unión permanente y tener hijos.

Con respecto a los hijos, podemos decir que en el derecho germánico no existía la consideración de hijos naturales, como tampoco la de hijos ilegítimos, y no existía filiación legítima frente a la ilegítima, sino que toda la filiación era natural (por sangre) o artificial (por vínculos jurídicos). Predominó como criteriola igualdad de los hijos, sin distinción del momento de su concepción o de su nacimiento fuera del matrimonio.

## 2.4. La familia en el derecho medieval

Para referirnos a esta etapa, la primera idea que queremos considerar es que el *ordenamiento jurídico canónico* que se configura en la Edad Media tiene una gran influencia en el *derecho matrimonial* y, a través de él, en buena parte del *derecho de familia*.

Cuando utilizamos la expresión *Derecho Canónico*, nos estamos refiriendo al derecho que se constituye con los *cánones legis* de la institución Iglesia y que tendrían su origen en la revelación divina, así como también en la *doctrina* y la tradición de los padres de la Iglesia (patrística), y, por último, en diversas *disposiciones conciliares*.

La configuración jurídico-normativa del matrimonio medieval será, entonces, un reflejo de ciertos valores judeo-cristianos y se articulará jurídicamente por el derecho de la Iglesia Católica.

Durante la Edad Media el poder eclesiástico y los tribunales eclesiásticos tendrán la jurisdicción sobre las causas matrimoniales, lo cual se comprende por la peculiar concepción católica del matrimonio, considerado a un tiempo como *sacramento* y a la vez como *negocio jurídico*. Por ser un sacramento se justificará el control del matrimonio de los bautizados como una competencia del poder espiritual y por ser –inseparablemente– un contrato, esa competencia posee carácter propiamente jurisdiccional para los referidos tribunales. Por ello, sería correcto decir que durante toda la Edad Media, los tribunales eclesiásticos tuvieron una amplísima jurisdicción en asuntos familiares, matrimoniales, patrimoniales, desde registro de nacimientos hasta asuntos de carácter sucesorio; asimismo tuvieron injerencia en la existencia de determinados delitos e incluso en la defensa de las consideradas *personas miserabiles*, como las viudas o los huérfanos.

A pesar de ello, debemos reconocer que la *estructura familiar* de la Alta Edad Media es un reflejo claro de la estructura familiar que se manifestaba tanto en la sociedad romana como en la sociedad germánica al estar integrada por el núcleo matrimonial –esposos e hijos– y un grupo de parientes lejanos, viudas, jóvenes huérfanos, sobrinos y esclavos (*familia proprio iure* y *sippe*, respectivamente). Todas estas personas seguirán estando bajo el dominio del varón –bien sea de forma natural o por la adopción–, quien desciende de una estirpe; su principal obligación era proteger a sus miembros y como consecuencia de esta protección existía una estrecha dependencia del varón jefe de familia.

Retomando la institución *matrimonio*, diremos que para la Iglesia será una institución de *derecho natural*, pero es una institución también jurídica que organiza las relaciones entre varón y mujer, y que constituye un contrato legítimo entre ambos para producir una comunidad *indisoluble* de vida, exclusiva y perpetua. Por lo tanto, el matrimonio implicará un acuerdo bilateral, cuyo objeto material son los propios contrayentes y cuyo objeto formal será la comunidad de vida. Sus elementos esenciales no podrán ser variados por acuerdo o voluntad privada, pues este es indivisible por su propia naturaleza.

La indisolubilidad del matrimonio cristiano, entonces, es una de las características que se introducen en este período y esto tiene, desde el apóstol Pablo, su más profunda motivación y fundamento en el carácter de símbolo de la unión de Cristo con la Iglesia: un vínculo también indisoluble.

El matrimonio, el divorcio, la familia, la patria potestad y su ejercicio son instituciones que serán abordadas exhaustivamente por los Primeros Padres de la Iglesia en sus escritos, reflexiones y argumentaciones. Como consecuencia de esto, algunos temas como el derecho de vida y muerte o el abandono de los hijos recién nacidos, potestades que tenía el paterfamilias romano, no solo serán considerados como derechos atroces, sino como pecados capitales bíblicos. Del mismo modo, la avaricia, el egoísmo, y la codicia de los bienes, pecados que afloran al abrigo del ejercicio desmedido de la patria potestad romana mediante la explotación laboral y productiva de los hijos, constituyen otros pecados graves. La Iglesia intervendrá en todos aquellos asuntos civiles que tengan contacto o relación con las Sagradas Escrituras (Antiguo y Nuevo Testamento).

Nos parece muy oportuna la referencia a un clásico historiador, Alfonso García Gallo, quien describe el papel decisivo que jugó la Iglesia cristiana en la evolución de las instituciones romanas del derecho de familia en los períodos del Bajo Imperio y Visigodo en Hispania:

(...) fue la Iglesia, por boca de sus obispos y sacerdotes, la que impuso a los fieles la acomodación de sus actos a los preceptos de la religión: la obediencia a las autoridades, el trato humano de los esclavos, la indisolubilidad de los matrimonios, la prohibición de abandonar a los hijos, el cumplimiento de los contratos, etcétera. Por lo demás, la iglesia no pretendió alterar en su conjunto el régimen económico, social o político del mundo romano, ni sustituir por otro el derecho vigente; sino tan solo modificar aquello que contradecía su propia doctrina o dificultaba la observancia de esta (1967, p. 51).

## 2.5. La familia en la modernidad y en nuestro Código Civil de 1868

La primera apreciación que nos gustaría realizar para referirnos a la etapa de la Modernidad es que este período histórico fue un intento muy profundo de *secularización* de las estructuras sociopolíticas, lo cual constituye un esfuerzo por *temporalizar* lo espiritual.

Estos intentos de secularizar, temporalizar y racionalizar se manifiestan concretamente en normas jurídicas que entre otros asuntos van a regular la familia y se reflejan en diversos intentos de asimilar el matrimonio al régimen contractual, o institucionalizar el divorcio, o en la extensión del principio de autonomía de la voluntad en la relación entre los cónyuges, o en las limitaciones a la patria potestad, e inclusive en las limitaciones a la libertad testamentaria y reformas en el régimen de sucesión universal.

En la Modernidad, la teoría del derecho natural se secularizó y a partir de allí las leyes naturales se entendieron como derivadas de la razón humana. Al amparo del iusnaturalismo racionalista, los Estados europeos se abocaron a la tarea de planear su futuro redactando cuerpos de leyes denominados *códigos*. Codificar fue una nueva forma de ordenar y sistematizar normas en nuevos cuerpos jurídicos y esto difiere de tareas realizadas anteriormente como las compilaciones o recopilaciones. Mientras las recopilaciones o compilaciones tendían a ordenar temporalmente o temáticamente leyes antiguas, la codificación fue un esfuerzo consciente por reunir todo el derecho positivo de forma sistemática, totalizadora y universal en pos de regular la sociedad futura. Los codificadores debían tomar de la tradición histórica solo aquello que fuera compatible con la razón; no era necesario innovar si la tradición era considerada racional.

Es interesante señalar que en la mayoría de los códigos modernos se hizo referencia a los principios generales de derecho y este mecanismo habilitó a que los juristas encontraran muchas soluciones a diversos asuntos en el iuscommune romano canónico, es decir, hay una innovación que mantiene la tradición.

El Código Civil Napoleónico de 1804 –aunque no fue el primero– resulta emblemático y representativo en este proceso de codificación moderno, ya que representó el fruto de un largo proceso orientado a la unificación legislativa y a la vez se convirtió en fuente de inspiración para posteriores codificaciones a nivel mundial.

El código de Napoleón reprodujo la definición que el jurista Portalis dio del matrimonio: “es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”, pero también retoma el concepto de autoridad paternal: la mujer estará bajo la tutela del marido y no puede ejercer actos civiles o jurídicos sin su autorización. Se autoriza el divorcio por causas determinadas, o bajo mutuo acuerdo, pero de forma bastante restringida.

Por otra parte, y acercándonos al proceso de configuración de nuestro propio derecho patrio –también inmerso en el proceso de codificación que se produce en Latinoamérica–,

es importante resaltar la influencia en nuestro codificador de Andrés Bello, humanista y jurista venezolano y redactor del Código Civil chileno quien tenía profundos conocimientos sobre el derecho romano. Además, justo también es decir que el romanismo llegó a nuestro Código indirectamente por la vía de las Siete Partidas.

Nuestro Código Civil de 1868 recibió también la influencia de los códigos de Europa y de América, especialmente el de Chile, de los comentadores del Código de Napoleón y de los proyectos de Acevedo, García Goyena, Freitas y Vélez Sarsfield. De esta forma, también ha sido influido del pensamiento jurídico romano, de la legislación española y del derecho canónico.

En el caso de nuestro Código Civil debemos decir que fue obra de Tristán Narvaja y tuvo como antecedente el proyecto de Eduardo Acevedo. Fue revisado por una comisión designada en 1866 por el Poder Ejecutivo e integrada por el autor del proyecto y por los doctores Manuel Herrera y Obes, Florentino Castellanos, Joaquín Requena y Antonio Rodríguez Caballero.

A modo de síntesis, podemos mencionar algunas de las características de la familia que organiza nuestro Código Civil de 1868 a través de sus diversas normas:

A) Incapacidad relativa de la mujer casada (y el consiguiente ejercicio de la potestad marital).

B) La patria potestad ejercida únicamente por el padre.

C) La administración de los bienes conyugales por la sola mano del marido.

D) El matrimonio instituido como vínculo indisoluble (se admitía solo la separación de cuerpos).

E) La férrea defensa de la familia legítima (en desmedro de la natural).

En cuanto a los vínculos de filiación, en el Código Civil de 1868: se clasificaba a los hijos en legítimos y en naturales, y a estos últimos en adulterinos, incestuosos o sacrílegos, de todos los cuales se prohibía la investigación de la paternidad. Se consideraba que no tenían padre o madre. Estaba vigente la prohibición de reconocer hijos naturales fuera del matrimonio.

A continuación mencionaremos normas que van modificando el Código Civil: Ley 1791 de 1885 que establece el matrimonio civil obligatorio, hace desaparecer la categoría de hijo sacrílego; la Ley 3294 de 1909 les permite heredar a los hijos naturales la legítima rigorosa; la Ley 3731 de 1910 suprime las categorías de hijos incestuosos y adulterinos; la Ley 15855, de 1987 iguala hijos naturales y legítimos (alimentos y derechos sucesorios); Ley 16719, de 1995 establece la mayoría de edad a los 18 años. En setiembre de 2004 se sanciona la Ley 17823, (el Código de la Niñez y la Adolescencia) que establece una nueva segmentación etaria: niños serán hasta los trece años y adolescentes entre los trece y los dieciocho años. También elimina distinción entre hijos legítimos y naturales y utiliza expresión *hijo habido dentro o fuera* del matrimonio respectivamente. Reconoce, además, la posibilidad de obrar en materias específicas de interés del niño o adolescente (visitas, tenencia, uso de apellidos, etc.) en las cuales el niño o adolescente deberá ser escuchado (art. 8). Además, amplía el concepto de alimentos.

Para finalizar, haremos una breve referencia a la situación de la mujer en el Código Civil de 1868. Constatamos que se encontraba en una situación dual: si era *soltera* era capaz a los veintiún años pero no podía abandonar casa paterna hasta los treinta años; si era *casada*: era considerada relativamente incapaz y cedía a favor del hombre sus facultades y poderes.

Con el advenimiento de una norma bastante posterior esto cambia: la ley 10783 de 18 de setiembre de 1946. Allí se consagra la libre administración de bienes, el domicilio conyugal se fija de común acuerdo, la patria potestad es ejercida por ambas partes, quienes contribuyen al sostén del hogar. Otras normas modificatorias del Código Civil de interés a mencionar son las siguientes: primera ley de divorcio N° 3245, del 26 de octubre de 1907; segunda ley de divorcio N° 3641 del 11 de julio de 1910; divorcio por la sola voluntad de la mujer, Ley N° 4802 del 9 de setiembre de 1913; Decreto Ley N° 14766 del 18 de abril de 1978 (que iguala situación del marido y la mujer ante el adulterio: “por adulterio de cualquiera de los cónyuges” e incorpora causales); Ley 16094 del 24 de octubre de 1989 (reduce a seis meses el plazo del divorcio por mutuo consentimiento).

## 2.6. Actividades sugeridas

¿Por qué la familia puede ser considerada una institución jurídica?

¿Qué cambios ha tenido la institución *patria potestad* considerada históricamente?

¿Cómo se conjuga la tradición y la innovación en la Modernidad en el ámbito de las normas vinculadas a la familia?

## 2.7. Bibliografía básica

- Abercrombie, N., Hill, S. y Turner, B. (1998). *Diccionario de Sociología*, Barcelona: Cátedra.
- Arangio-Ruiz, V. (1952). *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires:Depalma.
- Arguello, L. R. (2000). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Bonfante, P. (1929). *Instituciones de derecho romano*. Madrid:Reus.
- Fernández Sbárbaro, O. y Porta, G. (1982). *Manual de Historia del Derecho*, Vol.1, Vol. 4 y Vol. 5. (Versión taquigráfica), Montevideo.
- Fernández Sbárbaro, O. (2006). *Evolución de las Instituciones Jurídicas: teoría general*. Byblos: Montevideo.
- Levaggi, A. (1986). *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Tomo I. De Palma: Buenos Aires.

## 2.8. Bibliografía complementaria

- Aries, P. (1998). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid: Taurus.
- Barrán, J. P., et al. (1996). *Historia de la vida privada en el Uruguay. Entre la Honra y el desorden 1780- 1870*. Montevideo: Taurus.
- Bentancur, A. (2011). *La familia en el Río de la Plata a fines del período hispánico. Historias de la sociedad montevideana*. Montevideo: Planeta.
- Coing, H. (1996). *Derecho Privado Europeo* (traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín). Madrid: Fundación cultural del notariado.
- García Gallo, A. (1967) *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho español*. Madrid: Artes gráficas y ediciones.
- Lalinde Abadía, J. (1998). *Iniciación histórica al Derecho Español*, 4ª ed. reformada, 2 vols., Madrid: EUB.
- Ots Capdegui, J. M. (1945). *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires: Losada.
- Sarli, E. (1993). *Consideraciones sobre la evolución del derecho de la familia uruguayo posterior a 1868*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vial Dumas, M. *Derecho, muerte y matrimonio: la familia matrimonial en el mediterráneo cristiano, desde la antigüedad al final de la edad media*. Universidad de Girona. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/403848>

- Morineau, M. (2006). *Bases históricas de la familia jurídica romano-canónica*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/6.pdf>
- Zuleta, E. (1980). *El Estado moderno y la familia. Notas para una discusión*. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/41607089?seq=1>
- S/A. (s/f). *El derecho en la modernidad. El movimiento codificador en Europa y en América*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3263/11.pdf> ()
- Suárez Llanos, L. (2006). *El sueño de la codificación y el despertar del derecho*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/publication/39674510\\_El\\_sueno\\_de\\_la\\_codificacion\\_y\\_el\\_despertar\\_del\\_derecho](https://www.researchgate.net/publication/39674510_El_sueno_de_la_codificacion_y_el_despertar_del_derecho)
- Ramos, C. (1995). *El código napoleónico, fuentes y Génesis* Recuperado de: <https://C:/Users/CFNC/Downloads/14319-56980-1-PB.pdf>
- Valero, Á. *El Sistema familiar español. Recorrido a través del último cuarto de siglo*. Reis. pp. 91-105. Universidad Complutense.  
Recuperado de: [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_070\\_08.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_070_08.pdf)

## 3. Delitos y crímenes en el Derecho Romano

Dr. Álvaro Garcé García y Santos.

### 3.1. Etimología del término “delito”

La palabra *delito* proviene del sustantivo latín *delictum*, relacionado al verbo *delinquere*, es decir, “faltar al cuidado o al deber”. Con ese sentido la expresión aparece en la obra de Cicerón; el poeta Horacio le atribuía un significado vinculado al “error o equivocación” (Rabinovich-Berkman, 2001, p. 622).

La lengua latina empleaba una serie de voces sinónimas para referir en general al detrimento, al menoscabo o a la falta al deber; se hablaba de *maleficium*, *scelus*, *facinus*, *peccatum*, *noxa*, y *crimen*. Con el transcurso del tiempo este amplio conjunto de expresiones se diferenciaron técnica y semánticamente.

Algunas de tales expresiones fueron tomadas por la lengua castellana y son actualmente empleadas con frecuencia en su forma original (*crimen*), o mediante voces derivadas (*facinus*: facineroso); algunas desaparecieron (*scelus*), y otras perdieron su relevancia jurídica, quedando asociadas a la religión (*peccatum*).

### 3.2. La concepción clásica del delito

Uno de los mayores aportes de la doctrina moderna ha sido la elaboración de la teoría general del delito, cuya formulación representa una garantía para la seguridad jurídica de las personas. Tal teoría general permite una respuesta punitiva proporcionada a la mayor, menor, o nula gravedad del hecho particular, y a las peculiaridades subjetivo-individuales de su realización.

La teoría del delito puede resumirse en la siguiente estructura básica: *acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*. Así, es delito la acción típica, antijurídica y culpable; según aquellos que agregan un quinto elemento, la *punibilidad* (es decir, la posibilidad de imponer una pena), es delito toda acción típica, antijurídica, culpable y punible.

La identificación de la *acción* como primer requisito del delito fue un aporte de Berner, en su manual de 1857. Poco después, en 1867 Von Ihering definía en el derecho civil el concepto *antijuridicidad*, esto es, contrariedad a derecho de una acción o de una situación.

Tal noción de *antijuridicidad*, con el mismo concepto y carácter, fue adoptada en el derecho penal por Von Liszt en 1881. A dicho concepto, el autor añadía el requisito de la *culpabilidad*.

Así, a fines del siglo XIX se perfilaba una definición del delito muy cercana a la actual. Sólo faltaba el elemento *tipicidad*, pues no toda acción antijurídica y culpable es necesariamente criminal, en cuanto pudiera constituir una infracción de carácter no penal.

En su célebre monografía de 1906, titulada “La teoría del delito”, Von Beling incorporó el concepto de *tipo* (*tatbestand*: supuesto de hecho) e incluyó a la *tipicidad* como elemento anterior a la *antijuridicidad* y a la *culpabilidad*.

El *tipo* consagra el principio de legalidad en materia penal toda vez que para que una conducta pueda ser considerada delictiva, debe estar descripta como tal en una ley penal previa. Von Beling denomina *tipo* a la descripción por la ley penal de un hecho con determinados caracteres, es decir, el supuesto abstracto y diferenciado de otros hechos delictivos. A su vez, *tipicidad* de una acción significa su conformidad con la descripción general de una conducta, según lo establecido por la ley penal.

La formulación de un concepto general del delito con una serie de elementos, divididos a su vez en subelementos y subcategorías, constituyó un avance fundamental en la evolución penal, pues ha dado a los tribunales criterios objetivos para todos los posibles supuestos de hecho que se presenten, más allá de las particularidades del caso concreto.

### 3.3. Introducción a la noción legal de delito

La definición legal del delito surge del artículo 1 de nuestro Código Penal, norma que dispone: “Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal”.

Según la gravedad de la conducta, en su actual redacción el artículo 2 del código clasifica a los ilícitos penales en crímenes, delitos y faltas. Esta clasificación tripartita fue introducida por la ley 18026. Hasta la sanción de dicha ley el código dividía a los ilícitos penales en delitos y faltas. En las notas explicativas al código, el codificador, Irureta Goyena, caracterizaba a estas últimas por su menor cuantía, caracterizándolas gráficamente como “delitos enanos”.

La expresa introducción de los crímenes ha tenido en nuestro derecho un impacto que va más allá de la mera clasificación teórica de los ilícitos penales. Dada su extrema gravedad, el juzgamiento de los crímenes se encuentra legalmente sujeto a un régimen especial, en el que se destacan ocho principios: (1) la imposibilidad de dar asilo o refugio a personas respecto de las que existan motivos fundados para suponer que han cometido un crimen; (2) la imprescriptibilidad de los crímenes y de sus correspondientes penas; (3) la imposibilidad de declararse extinguidos por la vía del indulto, amnistía, gracia o cualquier otro instituto de clemencia similar; (4) la improcedencia e irrelevancia de la orden del superior, que no podrá en ningún caso invocarse como excusas, al igual la existencia de circunstancias

excepcionales como la amenaza de guerra o el estado de guerra, la inestabilidad política, o cualquier otra emergencia pública real o presunta, a manera de presunta justificación; (5) la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, civiles o militares, respecto de los crímenes cometidos por quienes se encuentren bajo su autoridad; (6) la exclusión de las jurisdicciones especiales, en particular la militar; inadmisibilidad de la calificación legal del crimen como “delito militar” o “delito de función”; (7) la admisión de la intervención de la víctima en el proceso, a los efectos de garantizar el más amplio acceso a las actuaciones judiciales, la proposición de prueba y la participación en el desarrollo del proceso; (8) el derecho a la reparación integral de las víctimas, esto es, más allá de lo patrimonial e incluyendo garantías de no repetición de los hechos<sup>15</sup>.

En Roma, a medida que la sociedad y el derecho progresaban, fue acentuándose la distinción entre las conductas que afectaban los intereses particulares de determinados individuos (las que mantuvieron la denominación *delictum*; en plural, *delicta*) y aquellas conductas que lesionaban las bases generales de la convivencia (*crimen*; en plural, *crimina*).

Respecto de estas últimas, fue característica la tendencia a la mayor intervención estatal, el establecimiento de un régimen procesal especial, y la mayor severidad en las penas. Mientras las penas para los delitos privados eran predominantemente pecuniarias, las de los delitos públicos eran en general atroces y corporales.

Las conductas actualmente previstas como “crímenes” nada tienen que ver con lo que los romanos reputaban tales. Es claro que, bajo dicho punto de vista, sería inadmisibles pretender cualquier paralelismo. Lo que hoy se denomina “crímenes” es regulado por un régimen procesal especial, y es notoria la mayor severidad del régimen punitivo común, como en Roma.

### 3.4. Delitos públicos y delitos privados en Roma

El delito público o *crimen* consistía en una infracción que causaba un daño general a la sociedad o que motivaba la cólera de los dioses. Tal clase de infracciones eran reprimidas en nombre de la comunidad, mediante la imposición de penas corporales, como la muerte (*supplicium*), la mutilación, el destierro, o la imposición de una multa. En ninguno de estos casos la víctima se beneficiaba directamente con la aplicación de los castigos<sup>16</sup>. La represión pública de estos delitos buscaba limitar la autodefensa espontánea por el ofendido o su familia. Ello se consideraba imprescindible para la mantener la paz social, dada la magnitud de la perturbación a la vida colectiva generada por esta clase de hechos.

El delito privado (*delictum*) afectaba un interés particular. El agraviado tenía derecho de acción ante los tribunales, para la obtención de una pena pecuniaria (*poena*) en su directo beneficio. La *poena* consistía en el pago de una suma de dinero, generalmente tasada en forma previa por la ley, que servía de indemnización por el perjuicio sufrido.

Excepcionalmente, ciertos delitos fueron considerados como delitos públicos y privados a la vez. En estos casos, el damnificado tenía la opción de elegir entre la acción pública tendiente a la imposición de un castigo corporal, o ejercer su derecho a la obtención de la *poena*.

En tales situaciones la condición económica del ofensor resultaba decisiva, ya que tratándose de un insolvente la preferencia invariablemente se dirigía hacia la acción pública

15 Ley 18026, de 4/10/2006, artículos 7 a 14.

16 Los *crimina* no constituían fuente de obligaciones, pues eran parte del derecho penal público.

(Monier, 1948, p. 36). De tal forma, en la práctica se fueron abandonando las acciones privadas en favor de los castigos corporales, que resultaban mucho más efectivos contra la masa de delinquentes insolventes (Declareuil, 1928, p. 430).

### 3.5. Los primeros delitos privados en el derecho romano

#### *Tigno juncto* (uso de materiales ajenos en la casa propia)

El que empleara en la construcción de su casa madera o materiales ajenos, con buena o mala fe, era sancionado con una acción al doble, denominada *tigno juncto* (Huvelin, 1980, p.17). La acción por empleo de materiales ajenos podía ser promovida por la persona perjudicada, a fin de obtener una pena equivalente al doble del valor del material robado. La construcción en la que se hubieran empleado los materiales ajenos no podía ser destruida hasta que se resolviera la cuestión. La pena al doble correspondía aun en el caso de que el constructor actuara de buena fe, es decir, ignorando completamente la procedencia ilícita de los materiales. Cuando se demostraba la mala fe del constructor, además de la acción de *tigno juncto*, correspondía la reivindicación de los materiales por su propietario una vez que se dispusiera la demolición de la construcción.

#### *Arboribus succisis* (mutilación o corte de árboles)

La mutilación o corte de árboles era sancionada con una pena de 25 ases por cada árbol, mediante la acción denominada *arboribus succisis*. Bajo la denominación genérica de “árboles” quedaban también comprendidas las viñas, de acuerdo a lo indicado por Gayo: “Debe saberse que a aquellos que cortan los árboles, y especialmente las viñas, se les debe castigar como los ladrones”<sup>17</sup>. Cuando la planta era lo suficientemente pequeña, como una hierba por ejemplo, no podría ser considerada como “árbol” a los efectos del delito<sup>18</sup>. Si los autores del delito eran varios, el damnificado podía entablar contra cada uno la acción<sup>19</sup>.

#### *Pastu* (pastoreo)

Consistía en hacer pastar el rebaño en el campo de otra persona. La acción correspondiente a tal supuesto era la acción de *pastu pecoris*. Sobre esta nos han llegado muy escasas noticias (Rossi Masella, 1951, p. 51). El ejercicio de la acción requería la conjunción de dos circunstancias: la primera, que el dueño de los animales los introdujera en el campo ajeno; la segunda, que el ganado efectivamente pastara, pues si ello no ocurría no quedaba disponible la acción (Rossi Masella, 1951, p. 52).

#### *Aedium incensarum* (incendio de una casa o de un montón de trigo)

Al que incendiara intencionalmente una casa o un montón de trigo ubicado junto a una casa, se le ataba y azotaba, y luego se le arrojaba al fuego. Si el incendio era resultado de la negligencia, el culpable solo debía resarcir el daño. Bajo el término “casa” quedaban genéricamente comprendidos “toda clase de edificios”<sup>20</sup>.

---

17 D. 47, 7, 2.

18 D. 47, 7, 4.

19 D. 47, 7, 6.

20 D. 47, 9, 9.

### *Rationibus distrahendis* (malversación de los bienes del pupilo)

La malversación de los bienes del pupilo daba lugar a la acción de *rationibus distrahendis*, por medio de la cual, al término de la tutela, el pupilo podía reclamar al tutor una pena equivalente al doble de los valores o bienes que hubiera sustraído o malversado. Con el correr del tiempo esta acción se consideró insuficiente para la protección de los pupilos, por lo que se estableció, sobre fines del período de la República, una acción que permitía a los pupilos anticiparse y exigir el fin de la tutela, con la consiguiente rendición de cuentas a cargo del tutor.

### *Pauperie* (daño causado por animales)

La acción de *pauperie* se concedía a fin de resarcir el empobrecimiento (*pauper*) derivado del daño causado por un animal cuadrúpedo. Según Ulpiano, el daño en estos casos era causado sin *injuria*, pues el animal carece de razón<sup>21</sup>. Para que pudiera ejercitarse la acción era necesario que el animal fuera cuadrúpedo (*quadrupes*) o doméstico (Rossi Masella, 1951, p. 323).

## 3.6. Delitos del Derecho Civil

El concepto de derecho civil se perfila en Roma a partir de su distinción con el derecho de gentes: el primero es propio y particular de los romanos, mientras el segundo es común a todos. Esta noción de derecho civil es la idea de privilegio, pues el derecho civil no constituye una imposición a los romanos sino que es un beneficio del cual estos gozan. El derecho civil romano estableció tres delitos privados: el *furtum* (hurto), el *damnum injuria datum* (daño) y la *iniuria* (lesiones físicas y ciertas agresiones al honor).

### *Furtum* (hurto)

#### a) Concepto

La palabra *furtum* proviene de *furvo*, es decir, “negro”, pues el delito se asocia al secreto, la oscuridad, la noche; o de la palabra fraude, como afirma Sabino; o de *ferendo* y *aufere*, es decir, “llevar o transportar”<sup>22</sup>, todo ello tiene que ver con lo clandestino y lo malicioso de la conducta. Según Paulo, el *furtum* consiste en la “aprehensión de una cosa con intención fraudulenta de obtener ganancia con la cosa misma, o también su uso, o su posesión, que por ley natural está prohibido admitir”<sup>23</sup>. De lo dicho resulta que la noción romana del hurto es más amplia que la actual, pues comprende la sustracción de la posesión sobre inmuebles, y se mantienen en cambio, los requisitos de la aprehensión y el de la intención de lucro o aprovechamiento por el agente.

#### b) Elementos

El *furtum* requería dos elementos: el material (*contraeactio*) y el intencional o subjetivo, es decir, el *animus furandi* (Foignet, 1922, p. 227). El *elemento material* comprendía: a) la sustracción de la cosa, es decir, lo que hoy se considera como un hurto propiamente dicho; o, b) el abuso de confianza, por ejemplo, en el caso de uso fraudulento

21 D. 9, 1, 1, 3.

22 D. 47, 2, 1.

23 I. 4, 1, 1.

de la cosa por parte del depositario (*furtum usus*) que se servía de la cosa confiada por su propietario, sin autorización de este. Como *elemento intencional* se requería que el ladrón actuara conscientemente y a sabiendas de actuar contra la voluntad del dueño (*dominus*) y con el propósito de obtener un beneficio. No existía *furtum* cuando el apoderamiento era cometido de buena fe (Huvelin, 1980, p. 31).

### c) Modalidades

El *furtum* tenía dos modalidades: el *furtum manifestus* y el *furtum nec manifestus*. El *furtum manifestus* se producía en cualquiera de alguna de las siguientes tres situaciones: a) cuando el ladrón era sorprendido *in fraganti*, es decir, en el momento de cometer del delito<sup>24</sup>; b) cuando el ladrón era sorprendido inmediatamente después de cometerlo, llevando la cosa hurtada a su domicilio o a un lugar destinado a guardarla<sup>25</sup>, o incluso si la cosa sustraída era recuperada antes que el ladrón llegara con ella al destino propuesto<sup>26</sup>; c) cuando la cosa hurtada era encontrada en la casa del ladrón por medio de un procedimiento llamado *perquisitio lance et licio*, es decir, pesquisa con lanza. En este antiguo ritual –de origen griego– el investigador ingresaba a la casa del presunto ladrón semidesnudo, cubierto solamente por un taparrabos, llevando una bandeja para transportar el objeto sustraído, en caso que fuera recuperado.

### d) Penas

En las XII Tablas el *furtum manifestus* era castigado con la muerte del ladrón, si era esclavo, o con azotes y esclavitud, si era hombre libre. El pretor sustituyó estas penas por una pena pecuniaria, consistente en una acción al cuádruplo. Las sustracciones cometidas en ocasión de un incendio, naufragio o catástrofe, también daban lugar a la acción al cuádruplo, durante el primer año; vencido este término, la acción era simple<sup>27</sup>. Cuando el *furtum* era *nec manifestus*, la pena pecuniaria consistía en una acción al duplo, es decir, el doble del valor del objeto u objetos hurtados. Excepcionalmente, se imponía una pena al triple, pero ello ocurría en los casos de *furtum conceptum* y de *furtum oblatum*. Se consideraba *furtum conceptum*, cuando la cosa era recuperada, con la presencia de testigos, en la casa de un tercero. Se reputaba *furtum oblatum*, cuando la cosa hurtada era hallada en casa de un tercero, donde había sido transportada con la intención que fuera hallada allí y no en el domicilio del ladrón. En ese caso, la acción al triple recaía sobre el que había transportado el objeto.

### *Damnum injuria datum* (daño)

#### a) Concepto

Bajo la denominación *damnum injuria datum* (daño causado injustamente), la *lex Aquilia* sistematizó la penalización de algunas conductas dañosas. En términos generales, esta norma corresponde con el artículo 1319 del Código Civil, aunque debe tenerse en cuenta que mientras esta norma se aplica a “todo hecho ilícito del hombre que causa a

24 D. 47, 2, 3.

25 D. 47, 2, 5.

26 D. 47, 2, 4.

27 D. 47, 9, 1.

otro un daño”, la *lex Aquilia* se aplicaba a un número limitado de hechos dañosos. La importancia de esta *lex Aquilia*, además de la mencionada proyección en el derecho actual, deriva del gran impacto que tuvo en el derecho romano de daños. La primera regulación del daño aparece en las XII Tablas, aunque aún no se formulaba un principio general para esta clase de responsabilidad (Rossi Masella, 1951, p. 63). Una vez establecida la *lex Aquilia* (286 a. C.) esta norma coexistió con la regulación decenviral.

#### **b) Regulación del daño en la *lex Aquilia***

El primer capítulo de la *lex Aquilia* dispuso que quien diera muerte al esclavo o a la esclava ajena, o a un cuadrúpedo o animal considerado cabeza de ganado, era condenado a pagar al dueño el mayor valor de ese esclavo o animal durante el año anterior al hecho. El segundo capítulo de esta *lex* introdujo una primera forma de protección al elemento inmaterial del patrimonio (derecho de crédito), concediendo una acción contra el coestipulante (*adstipulator*) que fingiera haber recibido un pago en perjuicio del acreedor principal. El *adstipulator* era un acreedor secundario, dotado de todas las facultades propias del acreedor principal y establecido a fin de proteger los intereses de este; cuando este coestipulante declaraba falsamente no haber recibido el pago el acreedor podía accionar contra él para resarcirse del perjuicio sufrido. El tercer capítulo de la *lex Aquilia* disponía el resarcimiento del daño causado por la lesión del esclavo o animal ajeno (a diferencia del primer capítulo, en el que el daño resarcible era producido por la muerte del esclavo o animal ajeno). La pena equivalía al mayor valor del esclavo o animal en los treinta días anteriores al hecho dañoso.

#### **c) Naturaleza del daño resarcible: daño “corpore et corpori”**

De acuerdo a la *lex Aquilia* era resarcible el daño causado con el cuerpo (*corpore*), es decir, directamente por el ofensor, sin mediar la intervención de otra causa u otra fuerza. Según Gayo, debía considerarse *corpore* el daño provocado por la muerte de un esclavo o cabeza de ganado ajena, si la muerte se hubiese producido encerrándolos y dejándolos morir de hambre; igualmente, si alguien convenciera a un esclavo de subir a un árbol o bajar a un pozo y el esclavo, al subir o bajar, muriera o resultara lesionado (Rossi Masella, 1951, p. 89). Asimismo, la *lex* establecía que el daño debía ser *corpori*, esto es, que se tratara de un daño material que alcanzara el “cuerpo mismo del objeto dañado”, por ejemplo, quien muriera por haber ingerido veneno no había sufrido ninguna lesión en su cuerpo, por lo que en este caso no se concedía la acción (Rossi Masella, 1951, p. 91).

#### **d) Daños no regulados por la *lex Aquilia***

En algunos casos, aun existiendo daño no se admitía la acción prevista por la *lex Aquilia*. Rossi Masella reseña las siguientes hipótesis: (i) el daño producido por el derrumbe de un edificio estaba especialmente regulado por una acción de naturaleza preventiva, denominada *cautio damni infecti*; (ii) el daño causado por aguas pluviales, cuando estas caían violentamente sobre un fundo más bajo, era contemplado por la acción, de carácter preventivo como la anterior, denominada *aquae pluviae arcendae*; (iii) el daño provocado por los animales, era resarcible mediante la *actio de pauperie* (Rossi Masella, 1951, p. 93).

## *Injuria* (lesiones físicas y delitos contra el honor)

### a) Concepto

El término “injuria” designaba en el derecho romano todo acto realizado contra derecho, lo que comprendía un amplio conjunto de conductas que afectaban el interés ajeno, ya sea por medio de golpes, lesiones, escritos difamatorios, y especialmente los insultos<sup>28</sup>.

### b) Evolución

La represión de la injuria fue evolucionando con el tiempo. Al respecto, Foignet distingue cuatro etapas: (i) En las XII Tablas la pena era el talión (“ojo por ojo, diente por diente”) salvo que el ofensor pagara una compensación legalmente tasada. Aulo Gelio refiere el caso *Lucio Veratio*, quien solía divertirse abofeteando a los transeúntes que se cruzaban con él, abonándoles de inmediato la suma debida por intermedio de un esclavo que le seguía unos pasos atrás<sup>29</sup>; (ii) El pretor creó la acción *injuriarum aestimatoria*, por la que el magistrado fijaba en cada caso el monto de la compensación. Dicha acción era de carácter penal y, por lo tanto, intransmisible a los herederos del ofensor; (iii) Una ley aprobada bajo la dictadura de Sila (siglo I a.C.) regulaba ciertos casos de injuria, como las cometidas por medio de escritos difamatorios, la violación de domicilio y los golpes. La ley daba al ofendido la posibilidad de elegir entre la imposición de una pena pública o la fijación de una compensación por el juez; (iv) Finalmente, en el derecho justinianeo el sistema de represión establecido por la *lex Cornelia* fue ampliado a todos los casos de injuria.

### c) Modalidades

Las XII Tablas establecieron tres modalidades de injuria: las lesiones por fracturas (*os fractum*); las lesiones por mutilación de un miembro (*membrum ruptum*); las violencias corporales leves, como las bofetadas (*injuriae*). La pena correspondiente a las fracturas o amputaciones era de trescientos ases si la víctima era un hombre libre, y de ciento cincuenta ases si era esclavo. En el caso de las violencias corporales leves, la suma debida era veinticinco ases.

### d) Canciones ultrajantes o escritos difamatorios (*famosis libellis*)

En las XII Tablas, la injuria cometida mediante canciones infamantes era castigada con la pena capital. Dicha severidad fue luego atemperándose. Según Ulpiano, la ley Cornelia de injurias creó una acción específica para penar a quien redactara un escrito para difamar a otro, o lo distribuyera, o de cualquier forma aplicara sus medios para que una u otra cosa sucediera<sup>30</sup>. El delito se cometía aunque no se indicara el nombre de la persona agraviada. Tratándose de un afiche público, si el nombre del difamado no era incluido ello aparejaba un problema de prueba contra el acusado<sup>31</sup>, pero determinaba que la persecución del delito tuviera lugar por medio de un juicio público. En cambio, cuando el ofendido era claramente identificado tenía derecho a intentar una acción privada, puesto que el interés era de carácter privado<sup>32</sup>.

---

28 D. 47, 10, 1.

29 Aulo Gelio, 20, 1.

30 D. 47, 10, 5, 9.

31 D. 47, 10, 5, 10.

32 D. 47, 10, 6.

### 3.7. Delitos creados por el pretor

Se denomina *jus honorarium* al conjunto de las normas jurídicas creadas por el pretor mediante el edicto. Creada en el año 367 a.C.<sup>33</sup>, la magistratura del pretor adquirió rápidamente una gran importancia dentro del orden político y jurídico romano. El pretor era un funcionario encargado de administrar justicia, cuyas facultades no eran lo suficientemente amplias para modificar el derecho civil, pero sí tenía facultades suficientes como para introducir nuevas reglas, adaptando el derecho a la realidad. En este sentido, tocó a los pretores una tarea de renovación jurídica a partir de soluciones prácticas e inspiradas en criterios de justicia. Uno de los aportes más trascendentes del pretor fue la creación de cuatro delitos privados: *rapina* (rapiña), *dolus* (engaño), *metus* (miedo), y *fraus creditorum* (fraude a los acreedores).

#### *Rapina* (rapiña)

La creación del delito de rapiña fue el resultado de una situación social de inseguridad. Alrededor del año 90 a. C. la preocupación por el mantenimiento de la paz pública llegó a un punto crítico, cuando en tiempos de la “Guerra Social” se produjo la irrupción de grupos armados que cometían violentos actos de pillaje en la campaña. Poco después, el pretor Terentius Lucullus creó (año 76 a. C.) una nueva acción penal, denominada *vi bonorum raptorum*, que castigaba al cuádruplo la sustracción mediante violencia y el daño ocasionado por grupos armados. La acción era de carácter anual. Vencido el término, la víctima solo tenía derecho a reclamar el valor simple de la cosa.

#### *Dolus* (engaño)

El engaño o dolo era una maniobra fraudulenta cometida por una persona a otra para inducir a error y determinarla a realizar un acto, ya fuera material o jurídico; la acción de dolo fue creada por el pretor Aquilius Gallus, en el año 66 a. C. Dicha acción por dolo presentaba cinco características (Foignet, 1922, p. 235):

- (i) *Penal*. La acción era anual y no era concedida contra los herederos del autor del dolo.
- (ii) *Infamante*. El autor del dolo era condenado al valor simple del perjuicio causado, sin múltiplos, pero, en contrapartida, en caso de condena esta tenía carácter infamante.
- (iii) *Subsidiaria*. La acción no podía ser intentada sino en defecto de todo otro medio de procedimiento.
- (iv) *Arbitraria*. El autor del dolo podía evitar la condena mediante la reparación del perjuicio causado.
- (v) *Personal*. La acción sólo podía entablarse contra el autor del dolo (*scripta in personam*).

#### *Metus* (miedo)

Consistía en el temor causado por una persona sobre otra, por medio de la violencia, para determinarla a contratar. Para reprimir la violencia, el pretor Octavio otorgó la acción *quod metus causa*. Ello ocurrió alrededor del año 150 a.C. (Foignet, 1922, p. 236). Dicha acción era al igual que la acción de dolo (*penal y arbitraria*) pero no tenía como esta

33 En 242 a. C. fue creado el pretor peregrino, encargado de las cuestiones de justicia que involucraban a los extranjeros. Desde entonces coexistieron las dos figuras: el pretor urbano se ocupaba de las cuestiones de los romanos y el pretor peregrino para los asuntos que involucraban a los extranjeros. En la época del Imperio el número de pretores alcanzó a un total de dieciocho.

el carácter simple (era al cuádruplo), ni era infamante, ni era personal (podía intentarse contra todos aquellos que hubieran cometido la violencia). El carácter arbitrario de la acción por *metus*, tenía que ver con la siguiente regla: solo era posible aplicable el criterio del cuádruplo si previamente el ofensor no había satisfecho la compensación fijada por el magistrado.

#### *Fraus creditorum* (fraude a los acreedores)

Era una maniobra fraudulenta del deudor, por la cual deliberadamente agravaba su insolvencia en perjuicio del acreedor. Con el fin de sancionar el fraude el pretor Paulo creó la acción que ha conservado su nombre (acción pauliana). El ejercicio de esta se encontraba supeditado a la concurrencia de tres condiciones: (i) el empobrecimiento del deudor; no bastaba un acto por el cual omitiera una mejora en su condición; (ii) Existencia de un acto que le tornara insolvente, o más insolvente; (iii) Complicidad de un tercero, que acompañara el acto del deudor, aunque se tratara de un acto a título gratuito. La acción pauliana no podría ser intentada aisladamente por el acreedor, sino, en nombre de todos ellos, por el *curator bonorum vendendorum*, figura que jugaba en Roma un rol análogo al que hoy desempeñan los síndicos. La acción se dirigía contra los terceros beneficiarios del acto fraudulento.

### 3.8. Crímenes

#### Concepto

A diferencia de los delitos privados, que afectaban un interés particular, los delitos públicos afectaban los intereses generales de la *res publica*. En los primeros tiempos de Roma se consideraba que estas conductas motivaban la furia de los dioses. Luego se entendió que las mismas ponían en riesgo el orden social, la organización político administrativa o la seguridad del Estado, por lo que la persecución debía ser impulsada ante los magistrados por cualquier ciudadano. La aplicación del castigo tenía por objeto el restablecimiento del orden y el mantenimiento de las bases de la convivencia. En el comienzo del derecho romano solo un pequeño grupo de delitos eran considerados públicos. Con el tiempo el número fue aumentando, en la medida que la organización estatal registraba progresos y se tornaba más compleja. Declareuil caracterizó este proceso como el “deslizamiento de toda la materia de los delitos hacia el dominio del derecho público” (1928, p. 430).

#### Régimen procesal aplicable a los crímenes

La persecución de los crímenes o delitos públicos requería la intervención de un acusador, quien solicitaba al juez o la autoridad correspondiente la imposición del castigo. Salvo expresas excepciones las mujeres no podían actuar como acusadoras. El acusado no podía demandar a su acusador, al menos antes de la absolución. En efecto, era “prohibido a los acusados deducir recriminación a sus acusadores, por el mismo crimen u otro, antes que fueran absueltos”<sup>34</sup>. Toda acusación era de inmediato notificada al interesado, a lo que seguía el registro público de la acción. Esta o cualquier otra abreviación de la acusación criminal no implicaba el desconocimiento de las garantías mínimas; por ejemplo, cuando se trataba de un delito grave era inadmisibles una condena en rebeldía, pues se consideraba

---

34 C. 9, 1, 19.

que un ausente no debía ser juzgado como culpable de un crimen<sup>35</sup>. La prohibición del proceso en ausencia se fundaba en el propósito de evitar cualquier acto de injusticia, por el desconocimiento de la acusación o por la imposibilidad de una adecuada defensa<sup>36</sup>. Apenas el acusado de un crimen se encontrara a disposición de la justicia, fuera por la acción de un particular o por la del ministerio público, debía de inmediato comenzar la instrucción de la causa. No se admitían las cárceles particulares, tanto en las ciudades como en el entorno rural<sup>37</sup>. Tampoco se toleraba la promiscuidad, por lo que la separación por sexo estaba especialmente establecida por ley; si en un mismo lugar de reclusión coincidían hombres y mujeres, la custodia debía asegurarse que no existiera posibilidad alguna de contacto<sup>38</sup>. El uso de esposas para asegurar a los prevenidos era permitido, pero debía prestarse atención a que el hierro no oprimiera en demasía ni causara heridas. El lugar de encierro debía ser luminoso y salubre —regla *dignus claustris carceris et custodiae*— a fin de evitar que la prisión resultara mortal<sup>39</sup>. Los encargados de prisión eran responsables por los detenidos confiados a su custodia. En caso de fuga, no podía oponer la responsabilidad del subordinado como excusa absoluta, y hasta podía sufrir la pena que hubiera correspondido al fugado. En caso de ser manifiesta la responsabilidad del subordinado, también él era juzgado con la misma severidad<sup>40</sup>.

### Penas aplicables

De acuerdo a la gravedad del crimen cometido, las opciones de castigo variaban en amplia gama, desde las penas capitales hasta sanciones menores como la inhabilitación para algunos actos o funciones. Eran penas capitales: (i) el último suplicio, que consistía en la muerte por el fuego; (ii) la decapitación; (iii) el despeñamiento desde una roca; (iv) la muerte causada por bestias feroces. La pena inmediatamente inferior a la muerte era la condena al trabajo en las minas. A esta le seguían, en orden decreciente, la deportación a perpetuidad o temporal en una isla<sup>41</sup> y la deportación simple. Otras penas de aplicación frecuente eran la condena a trabajos públicos o la aplicación de azotes. En el caso de los trabajos forzados, su variante más grave consistía en el trabajo en las minas; cuando no se fijaba una duración en particular para esta pena, debía entenderse que el plazo era de diez años<sup>42</sup>.

### Situaciones especiales que se reflejaban en la aplicación de la pena

A los esclavos se les aplicaba un régimen particular de castigo, mucho más severo que el correspondiente a los libres; el esclavo que atentara contra la vida de su dueño, tendiéndole una trampa, era, sin opción, arrojado al fuego<sup>43</sup>. Respecto de las mujeres sólo se establecieron reglas particulares para la ejecución de aquellas que estuvieran encintas:

---

35 C. 9, 2, 6.

36 C. 9, 2, 6.

37 C. 9, 5, 1.

38 C. 9, 4, 3.

39 C. 9, 4, 1.

40 C. 9, 4, 4.

41 D. 48, 19, 28.

42 D. 48, 19, 23.

43 D. 48, 19, 28, 11.

la pena de muerte debía cumplirse después del parto<sup>44</sup>. En lo que refiere a la culpabilidad, en el derecho justiniano se esbozó una distinción, válida para todos los crímenes, entre la comisión intencional y la accidental. Dicha diferenciación determinaba la aplicación estricta de la ley en el primer caso, o su moderación, en el segundo<sup>45</sup>. El carácter personalísimo de la responsabilidad penal fue afirmándose lentamente y se llegó a establecer que la pena aplicable al padre no podía extenderse a los hijos: cada cual respondía de sus propias acciones, y nadie podía ser considerado heredero del crimen cometido por otro<sup>46</sup>. Tampoco era admisible la condena de un ausente o la incriminación en base a meras sospechas<sup>47</sup>.

### 3.8.1. Principales crímenes

#### a) *Lesae majestatis (lex Julia majestatis)*

Considerado “muy próximo al sacrilegio”<sup>48</sup>, este crimen abarcaba un amplio conjunto de conductas: reunirse en grupo armado contra la república; ocupación de plazas o templos; realización de asambleas para empujar al pueblo a la sedición; formar parte de un plan para matar a un magistrado romano; ayudar o enviar cartas a los enemigos de Roma<sup>49</sup>; no retirarse en Provincia a la llegada de su sucesor; abandonar a su ejército o pasarse al enemigo; escribir a sabiendas algo falso en los registros públicos; destruir estatuas del Emperador<sup>50</sup>. Dada la gravedad del delito, los acusados de *lesae majestatis* eran por mandato legal sometidos a tormento, independientemente de la procedencia social o la familia que integraran. El mismo tratamiento era aplicado a todos los cómplices de la conducta<sup>51</sup>.

#### b) *Adulterio (lex Julia de adulteriis coercendis)*

Esta *lex* daba al marido derecho de acusación sobre su mujer sorprendida en adulterio. Si él mismo había transgredido la ley, dicha circunstancia le podía ser opuesta y hasta se le podía tener por desistido de la acción<sup>52</sup>. El marido, considerado el principal acusador en virtud de esta ley, podía a su vez ser imputado por infamia. El crimen de lenocinio (*lenocinii*), fue previsto por la misma ley contra el marido que indujera la prostitución de su mujer. La represión en este caso no requería de acusador. A quien alegara haber cometido adulterio bajo instigación del propio marido, le correspondía una pena menor, pues su crimen era menos grave por este motivo<sup>53</sup>. Si el padre de la mujer señalada por adulterio acusaba de infamia al marido, el problema derivado de la simultaneidad de las acciones era resuelto a favor del marido acusador, pues en este se presumía un sufrimiento más intenso. Cuando el adulterio que implicara a la vez incesto, la acción criminal tenía por destinatarios a los dos responsables<sup>54</sup>.

---

44 D. 48, 19, 3.

45 D. 48, 19, 5, 2.

46 D. 48, 19, 26.

47 D. 48, 19, 5.

48 D. 48, 4, 1.

49 D. 48, 4, 1, 1.

50 D. 48, 4, 1.

51 C. 9, 8, 3.

52 D. 48, 5, 2, 1.

53 D. 48, 5, 2, 4.

54 D. 48, 5, 7, 1.

### c) Violencia pública (*lex Julia de vi publica*)

Esta *lex* estableció el castigo de aquellos que juntaran armas, en su casa o en el campo, quedando exceptuadas las armas habidas para la comercialización o las adquiridas por sucesión<sup>55</sup>. El que, siendo púber, se presentara en público portando armas, también era culpable del crimen<sup>56</sup>, y en la misma situación se encontraban todos aquellos que, dando un ejemplo pernicioso, o en el transcurso de una sedición, forzaran viviendas en la campo<sup>57</sup>. Dentro de la ley quedaban incluidas también algunas situaciones de violencia sexual, por ejemplo, el abuso por la fuerza “contra un niño, una mujer o quien sea”<sup>58</sup>. Del mismo modo, quedaba comprendido en la ley quien “mediante sedición, excitara un incendio, o quien mediante dolo enfermara a un hombre, o lo maltratará”<sup>59</sup>, o “raptara por la fuerza a una mujer, libre o casada”<sup>60</sup>. A los condenados por violencia pública se les aplicaba en los primeros tiempos de Roma la interdicción del agua y del fuego<sup>61</sup>. A los que robaran en viviendas urbanas o rurales, si lo hubiesen hecho por medio de las armas y la fuerza, se les imponía la pena capital<sup>62</sup>, entendiéndose por arma “todo aquello con lo que un hombre puede causar el mal”<sup>63</sup>. Quedaban exentos de castigo los que portaran las armas para defender su vida. Según Paulo, debe distinguirse entre quienes llevan armas para protegerse y los que lo hacen para hacer daño se resume en la actitud, pues “aquellos que portan las armas a los efectos de defender su vida no parecen tenerlas para matar a alguien”<sup>64</sup>.

### d) Violencia privada (*lex Julia de vi privata*)

Quedaban comprendidos en esta *lex* aquellos que, en un acto de atropello, emplearan violencia contra alguien sin llegar a matarlo<sup>65</sup>. La tortura de un esclavo ajeno era un crimen punible por esta *lex*, lo mismo que la expulsión de su campo a alguno por un acometimiento sin armas<sup>66</sup>. De acuerdo al senadoconsulto Volusiano, aquellos que se involucraran con maldad en el proceso contra alguno con la intención de beneficiarse con el producto de las condenas, también quedaban sometidos a la ley de violencia privada<sup>67</sup>; si algún acreedor, sin estar autorizado por un juicio, se apropiara de la cosa en poder de su deudor, era pasible de la aplicación de esta ley; devenía infame y se le confiscaba la tercera parte de sus bienes<sup>68</sup>.

---

55 D. 48, 6, 1, 1-2.

56 D. 48, 6, 3, 1.

57 D. 48, 6, 3, 3.

58 D. 48, 6, 3, 4.

59 D. 48, 6, 5.

60 D. 48, 6, 5, 2.

61 D. 48, 6, 10, 2.

62 D. 48, 6, 11.

63 D. 48, 6, 11, 1.

64 D. 48, 6, 11, 2.

65 D. 48, 7, 2.

66 D. 48, 7, 5.

67 D. 48, 7, 6.

68 D. 48, 7, 8.

### e) Homicidio cometido por sicarios (*lex Cornelia de sicariis et veneficis*)

Por dicha *lex* se castigaba a quienes con dolo provocaran un incendio; a los que llevaran armas para matar o robar; a los que, siendo magistrados o presidentes de jurado en un juicio público, condenaran, o hicieran acusar y condenar, a un inocente, mediante falsos indicios<sup>69</sup>; y a quien, para matar a un hombre, preparara, guardara, vendiera o proporcionara veneno a otro<sup>70</sup>, pues se consideraba “mayor crimen hacer morir a alguien por medio del veneno que matarlo con un arma”<sup>71</sup>. También era juzgado bajo el régimen de esta ley el que, mediante falso testimonio, lograra la condena en juicio a alguien por un crimen capital, al igual que el magistrado o juez en proceso criminal que recibiera dinero para que alguien fuera condenado<sup>72</sup>. Asimismo, quedaban comprendidos en el delito los que vendieran a sabiendas medicamentos nocivos o los tuvieran con el propósito de matar personas<sup>73</sup>. Marciano recuerda al respecto el senadoconsulto en virtud del cual quienes vendieran sin precaución ciertos alimentos y semillas, eran castigados de acuerdo a las disposiciones de esta ley<sup>74</sup>. La misma norma recogía la prohibición de hacer eunucos, dispuesta por el Emperador Adriano (76-138 d.C.); también eran pasibles de pena capital por esta *lex* quienes fueran vistos con armas en busca de alguien, con el propósito inequívoco de darle muerte: la ley lo reputaba y penaba como si fuera autor del crimen consumado<sup>75</sup>. El *paterfamilias*, de acuerdo a lo establecido en el derecho justinianeo, no podía dar muerte a sus hijos, sino que debía limitarse a acusarlos ante el prefecto o el gobernador de la provincia<sup>76</sup>.

### f) Parricidio (*lex Pompeia de parricidiis*)

Esta *lex* sancionaba a quien hubiera dado muerte a su padre o su madre, su hermano o hermana, tío o tía, primo o prima, su cuñado o cuñada, su mujer, su marido, su suegro o suegra, su hijo o hija, y también a aquel cuyo dolo hubiera causado este crimen<sup>77</sup>. Por disposición del emperador Constantino, para los parricidas no bastaba una ejecución simple, pues:

(...) semejante criminal no debe recibir la muerte por o el fuego, ni sufrir otra pena ordinaria; que sea cosido en un saco de piel, junto a un perro, un gallo, y una víbora, encerrado con bestias y asociado con las serpientes; y además, sea expulsado al mar o al río vecino, a fin que, aunque sobreviva, le falten todos los elementos, y que la tierra le sea negada después de su muerte<sup>78</sup>.

La práctica de magia, la imposición de suplicios en forma clandestina, y la “generación de maleficios” eran conductas también sancionadas por esta ley<sup>79</sup>. La norma no era aplicaba

69 D. 48, 8, 1.

70 D. 48, 8, 1, 1; D. 48, 8, 5, 3.

71 C. 9, 18, 1.

72 D. 48, 8, 1, 1.

73 D. 48, 8, 3, 1.

74 D. 48, 8, 3, 3.

75 C. 9, 16, 7.

76 D. 48, 8, 5, 2.

77 D. 48, 9, 1.

78 C. 9, 17, 1.

79 C. 9, 18, 8-9.

al demente que matara a su padre, en cuyo caso la pena aplicable no era la del parricidio sino “la correspondiente a la propia locura, es decir, el encierro”<sup>80</sup>.

#### g) Profanación de tumbas (*sepulcro violato*)

El que profanara un sepulcro, “la casa de los muertos”<sup>81</sup>, si incorporaba los objetos a una construcción cometía un doble crimen: en perjuicio del difunto, y por la utilización de las cosas ilícitamente habidas<sup>82</sup>. La compra o venta de objetos procedentes de las tumbas generaba *per se* la nulidad del respectivo contrato, y además, la acción configuraba un crimen de lesa religión<sup>83</sup>. El esclavo que fuera sorprendido demoliendo una tumba era condenado “a los metales”, es decir, la muerte mediante derramamiento sobre su cuerpo; si la acción era producto de la orden de su amo, entonces la pena era de confinamiento. Cuando la cosa sustraída de la tumba era incorporada en una finca urbana o rural, la ley establecía la confiscación de la vivienda<sup>84</sup>, por ejemplo, si era sustraído el busto del difunto para utilizar el metal refundido en la ornamentación de un edificio, o si las columnas o trozos de piedra eran empleados en la decoración de las salas<sup>85</sup>. La represión de este crimen era especialmente encomendada a los jueces<sup>86</sup>.

#### h) Falso testimonio (*lex Cornelia de Falsis*)

De acuerdo a esta *lex* eran castigados aquellos que, mediante dolo, presentasen en juicio falsos testigos o prestaran falso testimonio<sup>87</sup>. También quedaban comprendidos en la norma quienes recibieran dinero para suprimir testimonios o corromper a los jueces<sup>88</sup>; los que abrieran la sucesión de un hombre vivo<sup>89</sup>; los tutores o curadores que, sin haber rendido cuentas al cabo de su función, contrataran con el fisco<sup>90</sup>. Según Paulo, también eran castigados por esta ley aquellos que escondieran un testamento, o lo reemplazaran o alteraran<sup>91</sup>. Una *edicta* del emperador Claudio ordenó incluir como delito en esta *lex* la falsificación realizada por el escribiente de un testamento que agregara por sí una cláusula, sin conocimiento del testador<sup>92</sup>. La norma también sancionaba otras formas de falsificación como la adulteración y venta de piezas de oro y de otros metales<sup>93</sup>, la presentación de una persona bajo un nombre falso<sup>94</sup>, o la invocación de órdenes del pretor por medio de documentos apócrifos<sup>95</sup>.

---

80 D. 48, 9, 9, 2.

81 C. 9, 19, 4.

82 C. 9, 19, 4.

83 C. 9, 19, 1.

84 C. 9, 19, 2.

85 C. 9, 19, 5.

86 C. 9, 19, 3.

87 D. 48, 10, 1, 1.

88 D. 48, 10, 1, 2.

89 D. 48, 10, 1, 5.

90 D. 48, 10, 1, 9-11.

91 D. 48, 10, 2.

92 D. 48, 10, 15.

93 D. 48, 10, 8.

94 D. 48, 10, 13.

95 D. 48, 10, 25.

### **i) Concusión (*lex Julia repetundarum*)**

Por esta *lex* se castigaba a todo aquel que, ejerciendo poderes públicos, recibiera dinero para juzgar o decidir alguna cosa<sup>96</sup>, o para recibir o desestimar un testimonio<sup>97</sup>. La pena aplicable en general a este crimen era la deportación, aunque, dependiendo de la gravedad de la conducta, podía llegar a imponerse la pena capital<sup>98</sup>.

### **j) Peculado (*lex julia de residuis*)**

El juez que, durante su administración, sustrajera dineros públicos, era condenado junto a sus cómplices a la pena de suplicio<sup>99</sup>. En el antiguo derecho romano se castigaba con la interdicción del agua y del fuego a quien se apropiara de dinero sagrado, por ejemplo, el destinado a los dioses, a menos que la ley lo autorizara. Esta pena arcaica fue luego sustituida por la deportación<sup>100</sup>. La *lex* también castigaba a quien retuviera dinero público y no lo aplicara a su destino<sup>101</sup>.

### **k) Plagio (*lex Fabia de plagiaris*)**

La norma castigaba a quien vendiera en el exterior un esclavo ajeno, como si fuera propio. Si el esclavo había sido raptado por la fuerza su *dominus* podía, además de la acción por plagio, formalizar acusación por violencia<sup>102</sup>. También eran sancionados por esta *lex* quienes donaran como esclavo a un hombre libre, o lo entregaran en dote<sup>103</sup>, y aquellos que recibieran un fugitivo o lo ocultasen<sup>104</sup>. La competencia para juzgar este crimen recaía únicamente en los gobernadores de las provincias. La sentencia pronunciada por cualquier otra autoridad era nula<sup>105</sup>. El poseedor de buena fe no se encontraba sometido a esta *lex*; se consideraba de buena fe a todo aquel que ignorase el fraude previo a su posesión o a la adquisición de la propiedad<sup>106</sup>.

### **l) Destrucción o desplazamiento de mojones**

La destrucción o el desplazamiento de mojones que demarcaran límites era de carácter pecuniario, y su determinación debía realizarse de acuerdo a la condición del culpable<sup>107</sup>. Según estableció el emperador Adriano en una *rescripta*:

... no se puede dudar del carácter maligno de la acción realizada por aquellos que transportan los mojones establecidos sobre los límites. En cuanto a la pena, esta puede ser determinada más fácilmente por la condición de la persona, y por su intención. Cuando se trata de personas distinguidas, es evidente que tratan de apoderarse del terreno de otro. Ellas

---

96 D. 48, 11, 3.

97 D. 48, 11, 6.

98 D. 48, 11, 7, 3.

99 C. 9, 28, 1.

100 D. 48, 13, 1.

101 D. 48, 13, 2.

102 C. 9, 20, 1.

103 D. 48, 15, 4.

104 D. 48, 15, 5.

105 C. 9, 20, 4.

106 D. 48, 15, 3.

107 D. 47, 21, 1.

pueden ser exiladas por un tiempo, dependiendo de la edad que tengan, los más jóvenes por períodos más largos, los mayores durante períodos más cortos<sup>108</sup>.

Una ley agraria establecida por Nerva introdujo penas pecuniarias para aquellos que transportaran con fraude los mojones fuera de su terreno<sup>109</sup>. Si tal conducta era realizada por un esclavo, hombre o mujer, con dolo y por mandato de su *dominus*, se castigaba al esclavo con la pena de muerte, salvo que el dueño asumiera su responsabilidad en el hecho y abonara la pena pecuniaria<sup>110</sup>. A todos los que, para generar confusión sobre cuestiones de límites, modificaran el paisaje —por ejemplo, convirtiendo un árbol en arbusto, o un bosque en tierra laborable— se les aplicaban penas económicas, “según la persona y su condición, y la violencia del atentado”<sup>111</sup>.

#### m) Abigeato

La sustracción de animales considerados cabeza de ganado no constituía por sí mismo un crimen; en principio se trataba de un hurto, esto es, un delito privado; pero como en la práctica la conducta era acompañada de violencia, se entendía que sus autores debían ser más severamente sancionados que quienes cometieran un hurto<sup>112</sup>. Tratándose de una conducta frecuente, el emperador Adriano dictó una *rescripta* en la que dispuso que el abigeato debía ser considerado un ilícito extremadamente grave, cuyos autores (*abigei*) debían ser condenados a trabajos forzados<sup>113</sup>.

#### n) Prevaricación

Según Labeón, la prevaricación ocurre de múltiples maneras, en general, cuando alguien favorece injustamente a uno a expensas de otros<sup>114</sup>. El crimen fue establecido con un propósito aleccionador, es decir, “como ejemplo de castigo, por el temor que inspira y para contener a otros que puedan verse tentados a la imitación”<sup>115</sup>. En una *mandata*, Teodosio destacó la importancia de la honestidad de los gobernadores, y ordenaba elegir como tales a “hombres que tengan una buena reputación y sean dignos de la función, y no aquellos que aspiren a este honor sólo movidos por la ambición o la codicia”<sup>116</sup>. El gobernador o funcionario que, desoyendo el *temor de Dios*<sup>117</sup>, no respetara su juramento de buen desempeño de la función, podía ser denunciado por cualquiera sin distinción, y en caso de ser condenado la pena consistía en el cuádruplo de la suma indebidamente recibida.

---

108 D. 47, 21, 2.

109 D. 47, 21, 3.

110 D. 47, 21, 3, 1.

111 D. 47, 21, 3, 2.

112 D. 47, 14, 4, 2.

113 D. 47, 14, 1.

114 D. 47, 15, 1.

115 C. 9, 27.

116 C. 9, 27, 6.

117 C. 9, 27, 6.

#### ñ) Falsificación de moneda (*falsa moneta*)

La fabricación y circulación de moneda falsa fueron consideradas por el emperador Constantino como “un crimen atroz”<sup>118</sup>. Sin distinción, todos los que supieran de un crimen así debían denunciarlo, y poner a disposición de los jueces a los autores y a los cómplices de esta conducta. Si un soldado dejaba escapar a alguien acusado de este crimen se le aplicaba la pena de muerte; a los particulares les cabía la misma suerte, sin derecho de apelación de la sentencia condenatoria. La casa empleada para la fabricación de la moneda falsa era confiscada, a menos que se comprobara que el dueño no habitaba allí y desconocía por completo la maniobra<sup>119</sup>.

#### o) Corrupción de las dignidades públicas (*ley Julia de ambitu*)

Cumplido un mandato público o expirado el término, el titular debía de inmediato dejar el cargo, “porque la utilidad pública no permite a quienes han ejercido una vez sus funciones ser reelectos”<sup>120</sup>. La continuación de las funciones más allá del término, sin que mediara una expresa autorización para continuar temporalmente, era considerada una temeridad sancionada con pena de deportación. Todos los actos realizados por el usurpador se consideraban nulos.

#### p) Sacrilegio (*crimine sacrilegii*)

Eran culpables de sacrilegio quienes, por ignorancia o negligencia, violaran las disposiciones de la ley divina<sup>121</sup>. La correspondiente investigación era encomendada a los gobernadores de provincia<sup>122</sup>. Quienes hubiesen sido condenados por este crimen no podían aspirar a ejercer un cargo en la administración de las provincias, salvo expresa dispensa del emperador<sup>123</sup>. La sustracción de cosas pertenecientes a particulares, depositadas en un templo, daba lugar a la acción por hurto, pero no por sacrilegio<sup>124</sup>.

#### q) Corrupción de la pupila por el tutor; abuso de esclavo por mujeres

El tutor que sedujera a su pupila era deportado, y todos sus bienes eran confiscados<sup>125</sup>. A la mujer que en forma oculta se entregara a un esclavo se le aplicaba la pena capital, y el esclavo era arrojado al fuego<sup>126</sup>. La denuncia de este “crimen infame”<sup>127</sup> era permitida a cualquiera que tuviese conocimiento del mismo, incluyendo a los esclavos. En este caso, si los hechos resultaban probados el denunciante era recompensado con la libertad<sup>128</sup>. Los hijos procedentes de esta unión eran libres, pero resultaban excluidos de la sucesión de la madre. Solo podían comparecer a la sucesión de esta los hijos legítimos, si los hubiera, y otras personas designadas como herederos.

---

118 C. 9, 24, 1.

119 C. 9, 24, 1.

120 C. 9, 26, 1.

121 C. 9, 29, 1.

122 D. 48, 13, 4, 2.

123 C. 9, 29, 4.

124 D. 48, 13, 5.

125 C. 9, 10, 1.

126 C. 9, 11, 1.

127 C. 9, 11, 1.

128 C. 9, 11, 1.

#### r) Encubrimiento (*crimen receptatorum*)

El encubrimiento era considerado un crimen mayor, y sus autores eran tratados como “una especie funesta” (*pessimum genus*), puesto que, sin ellos, ningún culpable de delito podría esconderse o quedar impune por largo tiempo<sup>129</sup>. La jurisprudencia estableció que los encubridores debían ser castigados con igual severidad que los autores del delito<sup>130</sup>. Quien diera protección a un ladrón o a sus aliados o parientes debía ser castigado por ese simple hecho<sup>131</sup>. “...aquellos que protejan a los criminales deben ser tratados en forma pareja con estos, sin distinción, dada la sociedad que entre ellos han formado”<sup>132</sup>. Los emperadores Honorio y Teodosio establecieron, en una *mandata* del año 423, que si en una finca de campo se encontraran ladrones u otros criminales, el dueño, o en su ausencia su representante, debía dar inmediato aviso a las autoridades de la provincia; en caso de no hacerlo, todos serían responsables ante la justicia por la omisión<sup>133</sup>.

#### s) Hurtos nocturnos o cometidos en los baños públicos

El hurto cometido durante el día constituía un delito privado (*furtum*); en cambio, el hurto nocturno (*fures nocturni*) o el hurto en baños públicos (*fures balneariis*) eran considerados más graves. En lugar de la *poena* pecuniaria prevista por el derecho común para el *furtum*, la pena aplicable a los dos casos mencionados era la de trabajos públicos<sup>134</sup>. Al soldado que hurtara en un baño público se le daba inmediatamente de baja<sup>135</sup>.

### 3.9. Actividades sugeridas

- 1) Investigar la relación entre el *furtum* romano y el actual delito de hurto.
- 2) Desarrollar la relación entre los antecedentes romanos del delito de rapiña y su versión en el presente.
- 3) Responder las siguientes interrogantes:
  - a) ¿Qué diferencias existían entre los delitos públicos y los delitos privados en el derecho romano?
  - b) ¿Cuáles eran fuente de obligaciones?
  - c) ¿Qué significa “desplazamiento” del derecho romano de los delitos privados hacia los delitos públicos? ¿Por qué se produjo dicho fenómeno?

---

129 D. 47, 16, 1.

130 D. 47, 16, e1.

131 D. 47, 16, 2.

132 C. 9, 39, 1.

133 C. 9, 39, 2.

134 D. 47, 17, 1.

135 D. 47, 17, 3.

### 3.10. Bibliografía básica

- Huvelin, P. (1980). *Derecho Romano*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cámara Botía, A. (1994). *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. 3. Madrid: Editorial Civitas.
- Lerner, B. (Dir.). (1994). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Rabinovich-Berkman, R. (2001). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Rossi Masella, B. E. (1951). *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil uruguayo*. Montevideo: UdelaR
- ..... (1967). *Historia del Derecho*. T. 3. Montevideo: Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado.

### 3.11. Bibliografía complementaria

- Declareuil, J. (1928). *Roma y la organización del Derecho* (traducción de Ramón García Redruello). Barcelona: Editorial Cervantes.
- Foignet, R. (1922). *Manuel Elementaire de Droit Romain*. París: Librairie Arthur Rosseau.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena, y delito*. Montevideo: Edit. B. de F.
- Monier, R. (1948). *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, T. 2. París: Editions Domat Montchrestien.
- Nino, C. S. (1999). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Rossi Masella, B. E. (1951). *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*. Montevideo: UdelaR.
- Valiño, E. (1977). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Universidad de Valencia.

## 4. Evolución histórica de las penas

Dr. Álvaro Garcé García y Santos.

*Hay que procurar que la pena no sea mayor que la culpa.*  
(Cicerón, *De Officiis*, I, 25).

### 4.1. Concepto de pena

La pena consiste en una disminución de un bien jurídico aplicada a quien viola un precepto legal (Goldstein, 1993, p. 734). Clásicamente, se ha considerado que esta noción constituye uno de los tres elementos dentro del tríptico del derecho penal: delito, delincuente y pena.

El estudio de la pena es tema de una disciplina especial, la *penología*. El origen de este término se remonta a 1834, cuando Francis Lieber lo empleó por primera vez con el fin de designar a la rama de la ciencia criminal ocupada del castigo del delincuente y del estudio de la pena. Siguiendo a Cuello Calón, corresponde a la penología (del griego *poine*, castigo, y *logos*, saber) el estudio de los medios de prevención y represión del delito, y especialmente de su ejecución. Así, todo género de sanción, pena o medida de la misma, cae dentro del ámbito de esta disciplina especial (Goldstein, 1993, p. 741).

En las diferentes épocas se han propuesto variadas explicaciones sobre la pena. Ulpiano la caracteriza como una venganza ante el delito; Beccaria la concibe como el obstáculo

político contra el delito; Carrara la entiende como el restablecimiento del orden externo en la sociedad; para Pessina es el sufrimiento que recae sobre quien ha sido declarado autor de un delito; a juicio de Von Liszt se trata de un mal impuesto por un juez para materializar la reprobación social que afecta al acto y al autor; para Florian es el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, el autor de un delito; en opinión de Soler, constituye un mal amenazado, primero, e impuesto luego al transgresor de un precepto legal, cuyo fin es evitar los delitos.

A juicio de Nino, la pena reúne cuatro características: (i) implica la privación de libertad de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras; (ii) es consecuencia de un delito; (iii) tiene por destinatario al autor del delito; (iv) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata (Nino, 1980, p. 199).

El concepto de pena está ligado al de sanción, aunque es más restringido que este. La noción de pena surge como consecuencia del delito, es decir, históricamente relacionada con la necesidad de castigarlo. En cambio, el concepto de sanción es moderno, desde que su conformación fue, fundamentalmente, obra de los positivistas. Mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

## 4.2. Desarrollo histórico del *jus puniendi*

En la evolución del derecho a castigar o *jus puniendi* pueden distinguirse, en grandes rasgos, tres etapas fundamentales: 1) la venganza libre; 2) la aplicación de la *ley del talión*; 3) la administración de la justicia a manos del Estado.

### 4.2.1. Venganza libre

La primera reacción humana frente a la agresión fue la venganza libre. En las sociedades primitivas los grupos de parentesco actuaban como unidades de protección frente a las agresiones, reales o supuestas, causadas a alguno de sus miembros por otros integrantes de la comunidad. La ofensa a uno era colectivamente asumida; de esta manera, las disputas se complicaban hasta involucrar a aldeas enteras o grupos de aldeas. Muchas veces tales conflictos derivaban en homicidios cruzados entre las distintas bandas.

En la sociedad primitiva predominaba la idea según la cual la única respuesta adecuada a un homicidio era matar al asesino o a otro miembro de su grupo de parentesco (Harris, 1990, p. 259). La falta de una autoridad política centralizada propiciaba las venganzas de sangre, cuyo único límite eran las fuerzas propias, individuales o grupales.

En estas comunidades, no solo se castigaba con fines defensivos, sino que también se imponía el castigo para hacer sufrir al culpable y sin esperar mayor ventaja de ese sufrimiento: no siempre se buscaba castigar lo justo o castigar útilmente, sino solamente castigar. Por eso se penalizaba a los animales y a los entes inanimados que fueran el instrumento del delito, como el cuchillo empleado para perpetrar el homicidio. Cuando la pena se aplicaba a personas, se extendía con frecuencia más allá del culpable, alcanzando a inocentes, la mujer, los hijos y los vecinos. Tal extralimitación de la pena sucedía porque

... la pasión, que constituye el alma de la pena, no se detiene sino hasta después de agotada. Si, pues, ha destruido a quien más inmediatamente la ha suscitado, si le quedan algunas fuerzas, se extiende más aun, de una manera completamente mecánica (Durkheim, 2001, p. 101).

## 4.2.2. Ley del talión

### Concepto y fundamentos éticos

El término talión proviene del latín, *talis-tale*, “semejante” o “igual”. El principio ético que inspira a dicha regla es que el mal infligido al autor de un delito debe ser de la misma naturaleza y entidad que el perjuicio sufrido por su víctima, pero no debe ir más allá de tal daño. El criterio implícito consiste en devolver al ofensor “la pareja del daño” (Lara Peinado, 1997, p. 157).

La fórmula talionaria, ampliamente difundida en las sociedades arcaicas, procuraba resolver –al mismo tiempo– las dos grandes dimensiones del delito, es decir, la magnitud social y la individual. La primera, castigando determinadas conductas a fin de asegurar la paz pública; la segunda, restituyendo a cada cual lo que le fue injustamente privado y procurándole de tal modo la satisfacción en lo que hubiera resultado ofendido (Lara Peinado, 1997, p. 157).

El talión fue consagrado en todos los pueblos. Por eso se ha dicho que el descubrimiento de la ley del talión ocurrió *quelque jour, quelque part* (algún día, en alguna parte), sin que pueda determinarse con precisión dónde y cuándo sucedió (Bernaldo de Quirós, 1944, p. 16).

### El talión en el derecho babilónico y en el Antiguo Testamento

El desarrollo más extenso de la venganza talionaria se produjo en el derecho babilónico. De los doscientos ochenta y dos preceptos del Código de Hammurabi (siglo XVIII a. C.), más de una decena consagraban aquella regla. De tal modo se establecía, entre otros ejemplos:

Si un señor ha reventado el ojo de otro señor, se le reventará su ojo<sup>136</sup> ... si un señor ha desprendido de un golpe el diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá de un golpe uno de sus dientes<sup>137</sup>.

En particular, otros tres pasajes del referido código evidencian una intensa adhesión a la fórmula talionaria:

Si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte<sup>138</sup>... si es el hijo del propietario a quien ha causado la muerte, recibirá la muerte el hijo de ese albañil<sup>139</sup>... si es al esclavo del propietario de la casa a quien ha causado la muerte, dará al propietario de la casa un esclavo<sup>140</sup>.

En el Antiguo Testamento el talión fue recibido en múltiples pasajes del Levítico, del Éxodo y del Deuteronomio.

---

136 Código de Hammurabi, ley 196.

137 Código de Hammurabi, ley 200.

138 Código de Hammurabi, ley 229.

139 Código de Hammurabi, ley 230.

140 Código de Hammurabi, ley 231.

En el Levítico se establece:

El que hiera de muerte a un hombre debe ser castigado de muerte. El que hiera de muerte a un animal pagará con otro; vida por vida. El que cause alguna lesión a su prójimo, como él hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se hará la misma lesión que él ha causado a otro. El que mate a un animal, dará otro por él; el que mate a un hombre, morirá<sup>141</sup>.

En el mismo sentido el libro del Éxodo dispone: “El que hiera a otro y lo mate, morirá”<sup>142</sup>; “Al que ataque a su prójimo y lo mate por traición, hasta de mi altar lo arrancarás para matarlo”<sup>143</sup>. La regla del talión era aplicada también en el caso de aborto seguido de muerte:

Si dos hombres, en el curso de una pelea, dan un golpe a una mujer embarazada, provocándole un aborto, sin que muera la mujer, serán multados conforme a lo que disponga el marido ante los jueces. Pero si la mujer muere, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe<sup>144</sup>.

Con criterio similar, un pasaje del Deuteronomio contempla la imposición de azotes que sean “proporcionados a la culpa”, esto es, en la medida del daño causado y no más:

Cuando haya pleito o contienda entre dos hombres, se recurrirá a los jueces para que juzguen. Se declarará justo al que lo es, y se condenará al culpable. Si este merece azotes, el juez le hará echarse al suelo en su presencia y hará que lo azoten con número de golpes proporcionado a su culpa. Podrán darle cuarenta azotes, no más, no sea que al golpearlo más sea mucho el castigo y tu hermano quede deshonrado a tus ojos<sup>145</sup>.

La ley del talión fue abandonada en el judaísmo y en el cristianismo. Respecto a este, basta recordar el conocido pasaje del Sermón de la Montaña: “Oísteis que fue dicho: ojo por ojo, diente por diente. Pero yo os digo: no resistáis al que es malo; antes, a cualquiera que te hiera la mejilla derecha vuélvele la izquierda”<sup>146</sup>.

### **La ley del talión en Roma**

En el derecho romano la ley del talión aparece explícitamente en la Ley de las XII Tablas (451/450 a. C.). Tal fue la importancia de este primer documento jurídico que Tito Livio lo consideró “fuente de todo el derecho público y privado”. Las Tablas, también conocidas como legislación decenviral, llegaron a ser un hito de tal importancia que, según Cicerón, durante los primeros siglos de Roma se hacía a los niños a repetir sus preceptos de memoria (Rascón García et al., 2006, p. 15).

En la tabla VIII quedó establecido: “Si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que pacte con él, aplíquese el talión”. La aplicación de la venganza regulada fue tema

---

141 Levítico, 24,17-21.

142 Éxodo, 21, 12.

143 Exodo, 21, 14.

144 Exodo, 21, 22-25.

145 Deuteronomio, 25, 1-3.

146 Mateo, 5, 38-39.

de discusión entre los juristas romanos: mientras algunos la consideraban un avance frente a la mayor dureza de las primeras leyes romanas, otros juristas cuestionaban su eficacia para la resolución de los conflictos.

Una discusión entre Sexto Cecilio<sup>147</sup> y Favorino<sup>148</sup>, relatada por Aulo Gelio<sup>149</sup>, pone de manifiesto las distintas valoraciones que se hicieron en Roma respecto de la ley del tali3n.

En este di3logo, Sexto Cecilio se3ala que el tali3n constituy3 un progreso con respecto al derecho preexistente: “¿D3nde, te pregunto, est3 esa crueldad, si se hace contra ti lo que t3 hiciste contra otro?”.

Favorino, luego de enumerar algunas leyes romanas arcaicas –muy severas en algunos casos, y excesivamente piadosas en otros– identifica los tres puntos d3biles del tali3n. El primer problema del tali3n, seg3n el citado fil3sofo, es la imposibilidad de aplicarlo en casos de da3o involuntario, ya que un da3o causado por impericia o imprudencia no puede ser proporcionalmente contestado con un da3o intencional. As3, seg3n Favorino:

(...) aparte de la crueldad de la venganza, tampoco puede procederse a la ejecuci3n de un tali3n justo, pues a quien le fue roto un miembro por otra persona, si quiere romperle a esta misma otro miembro de igual manera, en virtud del tali3n, me pregunto si puede haber exacta igualdad de miembro a miembro, y, a este prop3sito, tal dificultad resulta insalvable. ¿Y qu3 ocurre si se hubiese roto un miembro a otro por imprudencia? Pues lo que se hizo por imprudencia, debe ser vengado por la ley del tali3n mediante imprudencia, pues es claro que un golpe fortuito y uno premeditado no forman tali3n<sup>150</sup>.

El segundo problema insalvable del tali3n, a juicio de Favorino es que tiende a perpetuar las agresiones en un c3rculo que puede llegar a ser interminable:

Aunque se haya herido con intenci3n, no se querr3 recibir herida m3s ancha o profunda que la inferida, y me pregunto d3nde est3 el peso y la medida para arreglar esto. Si se hace m3s o diferentemente, ¡qu3 rid3cula atrocidad! La ley tendr3 que admitir nuevo tali3n y reciprocidad de heridas hasta lo infinito<sup>151</sup>.

El tercer inconveniente del tali3n radica en la existencia de circunstancias en las que resulta absolutamente imposible mantener la proporcionalidad entre la agresi3n y la respuesta. Ser3 el caso de una persona tuerta que privara a otra de la visi3n en un ojo: si el agredido respondiera actuando de igual forma, dejar3 ciego a su ofensor; es igualmente absurdo incendiar la casa del incendiario o saquear la casa del saqueador.

En los siglos siguientes a las XII Tablas se produjo en Roma un desarrollo creciente de los denominados *cr3menes* o delitos p3blicos. Los mismos ten3an un r3gimen procesal especial y daban lugar a la aplicaci3n de penas preestablecidas por el Estado. Esta gradual afirmaci3n de los delitos p3blicos llev3 al consiguiente retroceso de la f3rmula del tali3n, t3picamente privada e inter-partes. En el final del ciclo del derecho romano, el *Corpus Juris* de Justiniano hizo pocas referencias a la ley del tali3n, por entonces considerada arcaica. Se

147 Jurista de la 3poca del emperador Adriano.

148 Fil3sofo y ret3rico, maestro y amigo de Aulo Gelio.

149 Aulo Gelio, 20, 1.

150 Aulo Gelio, 20, 1.

151 Aulo Gelio, 20, 1.

destacan apenas algunos comentarios de Gayo<sup>152</sup> y citas de Pomponio<sup>153</sup> sobre la antigua aplicación de esta fórmula.

### **La venganza de sangre en el derecho germánico**

El derecho de los pueblos germánicos se fundó en la idea según la cual el individuo debe servir a la comunidad. De tal premisa aquellos derivaban las reglas del auxilio mutuo, la vida en común, la reciprocidad en las relaciones sociales y la fidelidad. Esta última noción era particularmente intensa en el derecho germánico: la persona debe ser leal, obediente, debe corresponder a los fines que ha prefijado la sociedad. Este concepto se refleja claramente en el sistema feudal, en la fidelidad de los vasallos hacia el señor y de éste hacia el rey (Rossi Masella, 1967, p. 148).

Consignientemente con este punto de partida, el derecho germánico regulaba como una preocupación especial la condena de la traición. El reproche de las traiciones más graves se fundaba en el principio de la venganza, es decir, el castigo dirigido contra la persona que ha faltado a la fidelidad o que ha faltado a sus deberes hacia la comunidad (Rossi Masella, 1967, p. 148).

En esta línea, la *blutrache* o venganza de sangre correspondía toda vez que un integrante de una *sippe* (unidad familiar consagrada a la protección) resultara muerto o fuera dañado por un integrante de otra, lo que conllevaba la “pérdida de la paz” entre los clanes involucrados.

Ante la ausencia de un sistema estatal de administración de justicia, el derecho de castigar continuaba siendo una potestad de los particulares que la ejercían en forma privada y colectiva. Cualquier agresión a un individuo afectaba a todos los seres cercanos, y por lo tanto la reacción no era un asunto meramente individual.

El derecho a la venganza habilitaba el derramamiento de sangre dentro del grupo al cual pertenecía el ofensor, en la misma proporción causada, o la reproducción de un daño de igual entidad. Quien actuaba dentro de estos límites quedaba completamente exento de responsabilidad.

### **4.2.3. Aplicación de las penas por el Estado**

#### **El derecho penal en el absolutismo monárquico**

Durante los siglos XVI y XVII en Occidente el trato a los condenados era inhumano. El absolutismo monárquico se encaminaba a su esplendor, y los reyes invocaban la teoría del derecho divino para legitimar sus poderes. De acuerdo a tal teoría, la autoridad del monarca deriva directamente de Dios, y por tanto su poder es sagrado e ilimitado ante los hombres. El rey es el instrumento terrenal para la concreción de los mandatos divinos; el monarca tiene como misión fundamental el guiar como un buen pastor a su pueblo. Debe asegurar la difusión y la observancia de la religión entre sus súbitos, y para gobernar dispone de todos los medios de autoridad que le brinda el Estado, cuya esencia representa.

Cualquier signo de rebelión en su contra constituía un delito gravísimo. Toda infracción a la ley era *lesa majestatis*, por lo que el monarca decidía a quién se castigaba y disponía a su arbitrio por qué medios y cuál debía ser el límite de la sanción. Detrás de cada delito se sospechaba un potencial regicida, es decir, un criminal total y absoluto, para el que la

---

152 D. 1, 2, 1.

153 D. 1, 2, 2, 1-6.

pena apropiada no podía ser menos que la suma de todos los suplicios; la venganza podía ser infinita, si así lo disponía el rey.

El suplicio constituía un ritual político de triunfo y de ratificación del poder, y como tal formaba parte de un ceremonial público (Foucault, 1989, p. 57); la ejecución de los condenados era parte de la diversión pública.

Mucho peor que la ejecución misma eran las escenas que se producían inmediatamente después: algunas madres llevaban a sus hijos al cadalso para que la mano del ajusticiado les transmitiera poderes especiales de curación; los pedazos de madera de las horcas eran arrancados para aplicarlos en remedios contra los dolores de muelas; los asistentes de los cirujanos disputaban los cadáveres para la disección (Koestler, 1972, p. 26).

En la misma época se desarrollaron las penas simbólicas. Estas penas nacieron de la extensión del talión a las infracciones que por su naturaleza en principio no admiten la retorsión del mal. Así, en los delitos sexuales se estableció la pena de castración; en las injurias verbales, la ablación de la lengua; en los delitos contra la propiedad, la amputación de la mano (Bernaldo de Quirós, 1944, p. 22). La nueva versión del talión se proponía “herir al culpable por donde más haya pecado este, *quia peccatum*; pero, además, ponerlo en condiciones de no volver a reincidir, *ne peccetur*” (Bernaldo de Quirós, 1944, p. 24).

### **La humanización de las penas: Beccaria**

A Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794) y primogénito de una familia acomodada, corresponde el histórico mérito de haber contribuido puesto las bases para la humanización de la administración de justicia.

En su obra más señalada, el Tratado de los Delitos y de las Penas (1764), Beccaria abogó por la erradicación de los abusos y la instauración de una justicia más racional y humana. Su pensamiento, claramente ordenado en los cuarenta y siete capítulos de dicho tratado, puede resumirse en las siguientes premisas:

(1) Es mejor evitar los delitos que castigarlos<sup>154</sup>; recompensar la virtud es una forma efectiva de evitar el delito<sup>155</sup>.

(2) El perfeccionamiento de la educación constituye el medio más seguro, y a la vez el más difícil, de evitar los delitos<sup>156</sup>.

(3) Toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica<sup>157</sup>.

(4) Solo las leyes pueden establecer las penas contra los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador<sup>158</sup>.

(5) La interpretación de las leyes corresponde al legislador y no al juez<sup>159</sup>.

(6) La ley debe ser clara y simple<sup>160</sup>.

(7) Las penas deben ser proporcionadas al delito, ya que si se aplica una pena igual a delitos de diferente cuantía los hombres no encontrarán obstáculos para escoger el mayor<sup>161</sup>.

---

154 Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, capítulo 41.

155 Beccaria, op. cit., capítulos 42 y 44.

156 Beccaria, op. cit., capítulo 45.

157 Beccaria, op. cit., capítulo 2.

158 Beccaria, op. cit., capítulo 3.

159 Beccaria, op. cit., capítulo 4.

160 Beccaria, op. cit., capítulos 5 y 41.

161 Beccaria, op. cit., capítulo 6.

(8) La verdadera medida de los delitos es el daño hecho<sup>162</sup>.

(9) La pena de muerte no es útil ni necesaria<sup>163</sup>: “No es (...) la pena de muerte *derecho*, cuanto tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser”<sup>164</sup>.

(10) El fin de las penas no es atormentar sino impedir al reo cometer nuevos delitos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales: “¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso el tiempo, que no vuelve las acciones atrás?”<sup>165</sup>.

(11) Los juicios y las pruebas del delito deben ser públicas; deben abolirse las acusaciones secretas: “¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del *secreto*, el más fuerte escudo de la tiranía?”<sup>166</sup>.

(12) Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez: “La sociedad no puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”<sup>167</sup>.

(13) La tortura judicial debe abolirse por absurda, ya que solo pone a prueba la fortaleza física y, en muchos casos, sirve para condenar al inocente y absolver al delincuente fuerte<sup>168</sup>.

(14) Es necesario fijar plazos breves para la presentación de las pruebas, para la defensa del reo y para la aplicación de la pena: “Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido”<sup>169</sup>.

(15) Las penas deben ser las mismas para el primero y para el último de los ciudadanos<sup>170</sup>.

(16) Los hurtos que no tienen unida violencia deberían ser castigados con pena pecuniaria<sup>171</sup>.

(17) El freno al delito no está en la crueldad de las penas, sino en su infalibilidad<sup>172</sup>: “No es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su extensión”<sup>173</sup>.

(18) Deben ser eliminadas de los juicios las interrogaciones sugestivas<sup>174</sup>.

En el sistema ideado por Beccaria, la cárcel cumplía una función de simple custodia hasta que el individuo fuera declarado culpable. Para los delitos más graves postulaba que

---

162 Beccaria, op. cit., capítulos 7 y 8.

163 Beccaria, op. cit., capítulo 11.

164 Beccaria, op. cit., capítulo 28.

165 Beccaria, op. cit., capítulo 12.

166 Beccaria, op. cit., capítulo 15.

167 Beccaria, op. cit., capítulo 16. La presunción de inocencia, adelantada por Beccaria en este capítulo, fue expresamente declarada por primera vez en el artículo IX de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26/08/1789.

168 Beccaria, op. cit., capítulo 16. Sostiene allí el citado autor: “La ley que manda la tortura es una ley que dice: Hombres, resistid al dolor, y si la naturaleza ha criado en vosotros un inextinguible amor propio, si os ha dado un derecho inalienable para vuestra defensa, yo creo en vosotros”; “Se da la tortura para descubrir si el reo lo es de otros delitos, fuera de aquellos sobre el que se le acusa, cuyo hecho equivale a este raciocinio: Tú eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de otros cientos. Esta duda me oprime, y quiero salir de ella con mi criterio de la verdad; las leyes te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo”.

169 Beccaria, op. cit., capítulo 19.

170 Beccaria, op. cit., capítulo 21.

171 Beccaria, op. cit., capítulo 22.

172 Beccaria, op. cit., capítulo 27.

173 Beccaria, op. cit., capítulo 28.

174 Beccaria, op. cit., capítulo 38.

el destierro era la pena más adecuada. La prisión, según Beccaria, debe extenderse por el menor tiempo posible y las condiciones deben ser lo menos rigurosas que se pueda. La naturaleza de la privación de libertad es cautelar, pues mediante ella se evita la fuga o la ocultación de pruebas. En general, el peso de la pena debe ser la más eficaz para los terceros y la menos dura que fuere posible para quien la sufre<sup>175</sup>.

Algunas de las ideas planteadas por Beccaria ya habían sido adelantadas por otros filósofos, en particular por Montesquieu –a quien Beccaria cita en su *Tratado*– pero ninguno antes había alcanzado a sistematizar una propuesta tan amplia.

### Introducción al surgimiento de los sistemas penitenciarios modernos

La preocupación por las cárceles fue esbozada en el pensamiento de Tomás Moro (*Utopía*, 1516) y en el de Tomás Campanella (*La Ciudad del Sol*, 1623). En los siglos siguientes se sucedieron aportes, como el Jean-Paul Marat (1743-1793) y del John Howard (1726-1790), que tendieron a plasmar en la realidad algunos de los principios adelantados por Beccaria.

En *Las Cadenas de la Esclavitud* (1774), Marat sostuvo que las leyes no tienen valor si contrarían la moral, siendo en tal caso arbitrarias e ilegítimas. En 1791 publicó sus “Principios de Legislación Penal”; poco después fue asesinado.

El británico John Howard dedicó su vida a la reforma de las cárceles. Visitó prisiones de Inglaterra, Gales, Francia, Alemania, Turquía, Crimea, Austria y España; en *The State of Prisons* denunció las penosas condiciones de reclusión.

Los postulados de Howard fueron llevados a la práctica después de su muerte. El sistema, basado en la premisa según la cual una persona que cometa un mal debería ser tratada de un modo que no la hiciera peor, generó gran entusiasmo en Inglaterra, éxito que luego se propagó en el continente europeo.

En Francia se implantó el sistema de corrección en la Roquette, y posteriormente el modelo se entendió a Dinamarca, Suecia, Noruega, Bélgica y parte de Italia.

En Irlanda, Walter Crofton, director de las prisiones, implementó entre 1854 y 1864 un novedoso sistema de reclusión estructurado en tres etapas: a) período de reclusión en celda individual, por un término de seis meses de duración; b) en caso de buena conducta, el recluso pasaba a la internación en alguna de las *public workhouse*, a fin de inculcarle hábitos de trabajo; c) por último, el encarcelado accedía a la “libertad condicional”, una etapa de prueba y de adaptación previa al otorgamiento de la libertad definitiva.

El modelo irlandés fue replicado por Inglaterra y Alemania, y en la segunda mitad del siglo XIX su difusión se amplió en Europa y América. En el mismo lapso, en esta región se fueron gestando las primeras bases de los sistemas penitenciarios, consolidados en la primera mitad del siglo XX.

### El modelo penitenciario de las Naciones Unidas

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de los derechos fundamentales recobró un nuevo y decisivo impulso, fomentado por la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas. En este sentido, la expresión más recordada es la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en París el 10/12/1948. Este texto, entre otras garantías, consagró el derecho a la vida, el derecho a no ser víctima de torturas o de penas

175 Beccaria, op. cit., capítulo 19.

o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado y la presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad.

La Declaración no introdujo otras referencias a las penas o a la privación de la libertad. Tal aporte resultó del texto conocido como “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” o “Reglas de Ginebra”, aprobadas en 1955<sup>176</sup>.

Dichas reglas obedecieron al propósito de definir un conjunto de principios para la organización penitenciaria, que sirvieran de modelo internacional para el desarrollo de buenas prácticas, más allá de las condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales de cada país.

Desde su establecimiento en 1955 hasta su reciente abrogación, las Reglas de Ginebra constituyeron una notable referencia. Recientemente (2015) dichas directrices fueron reemplazadas por las “Reglas Mandela”, una versión superior y renovada de aquellas. Los dos principales fundamentos del sistema establecido en las nuevas normas de Naciones Unidas son: la progresividad en régimen de la reclusión y el principio de normalización.

### **La progresividad del régimen de la reclusión**

El régimen de reclusión debe entenderse como una preparación gradual para el retorno a la vida en sociedad. El cumplimiento de la progresividad requiere infraestructura adecuada, en la cual deben diferenciarse tres niveles de seguridad: máximo, medio y mínimo. En cada uno de estos niveles pueden a su vez distinguirse etapas intermedias, dependiendo de los recursos disponibles y de las posibilidades edilicias. La buena conducta del interno a lo largo del tiempo de reclusión le habilita para acceder sucesivamente a condiciones de menor seguridad, culminando el proceso con la obtención de la libertad.

La experiencia enseña que la recuperación de la libertad constituye un momento tan crítico como su pérdida, especialmente para quienes carecen de trabajo, de hogar y de familia. Atendiendo a esta realidad las Reglas Mandela reafirmaron la necesidad de la ayuda post-penitenciaria, pues “el deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso”<sup>177</sup>. En consecuencia, Naciones Unidas recomienda a los Estados que dispongan de servicios gubernamentales y no gubernamentales que contribuyan a la reinserción social y laboral del liberado.

### **La “normalización de la vida” como principio rector de la aplicación de la privación de libertad**

Las nuevas reglas penitenciarias de Naciones Unidas procuran propiciar que el régimen penitenciario reduzca al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, a fin de inculcar en los reclusos su responsabilidad y de asegurar que las instituciones penitenciarias respeten la dignidad de aquellos<sup>178</sup>.

Consiguientemente, las mencionadas directrices recomiendan:

En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad<sup>179</sup>.

176 Las Reglas de Ginebra fueron oficialmente adoptadas por Naciones Unidas en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31/07/1957, y 2076 (LXII), de 13/05/1977.

177 O.N.U. (2015), *Reglas Mandela*, nro. 90.

178 O.N.U. (2015), *Reglas Mandela*, nro. 5.1.

179 O.N.U. (2015), *Reglas Mandela*, nro. 88.1.

### Reflexión final: ¿la pena de muerte es talión institucionalizado?

La pena de muerte no es otra cosa que la extensión del derecho de castigar llevado hasta la completa eliminación física de los semejantes, lo que ha sido calificado como un “asesinato administrativo” (Camus, 1972, p. 126). Se mata, ante todo, en nombre del orden, pero también los cementerios están llenos de orden (Sueiro, 1974, p. 9).

Entre las versiones históricas del talión –es decir, tomando a aquellas en las que su cumplimiento estaba a cargo de los particulares– y la aplicación pena de muerte parecería existir, al menos a primera vista, una diferencia esencial. Sin embargo, a poco que se profundice en la filosofía que sustenta a la pena capital se advierte una similitud apenas disimulada bajo cuestiones meramente formales: la ejecución del condenado, irreversible y nunca exenta de la posibilidad de errores, constituye en última instancia un ejercicio talionario: *vida por vida*.

## 4.3. Actividades sugeridas

1) Investigar las propuestas sobre la pena planteadas en el pensamiento utópico.

2) Identificar los aspectos del proyecto de Beccaria que luego fueron desarrollados en las instituciones penitenciarias.

3) Responder las siguientes interrogantes:

a) *¿Qué aspectos positivos y qué limitaciones señalaban los romanos respecto de la ley del talión?*

b) *¿Cuál era el límite de la pena en las sociedades primitivas?*

c) *¿Por qué se ha dicho que en el absolutismo monárquico las penas tenían un fin político y aleccionador?*

d) *¿Existen actualmente formas encubiertas de talión en manos del Estado?*

e) *¿Qué críticas, tanto en plano filosófico como en el práctico, se han realizado sobre la pena de muerte?*

## 4.4. Bibliografía básica

- Beccaria, C. (1994). *Tratado de los delitos y de las penas*. Barcelona: Editorial Altaya.
- Cámara Botía, A. (1994). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Editorial Civitas, Tomo III.
- D’Ors, X. (2001). *Antología de textos jurídicos de Roma*. Madrid: Ediciones Akal.
- Foucault, Michel (1989). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI Ediciones.
- Goldstein, R. (1993). *Diccionario de derecho penal y criminología* (3° ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Sueiro, D. (1974). *La pena de muerte. Ceremonial, historia, procedimientos*. Madrid: Alianza.

## 4.5. Bibliografía complementaria

- Bernaldo de Quirós, C. (1944). *Lecciones de Derecho Penal Comparado*. Santo Domingo: Ediciones de la Universidad de Santo Domingo.
- Camus, A. (1972). *Reflexiones sobre la pena capital*. Buenos Aires: Emecé.
- Durkheim, E. (2001). *La división del trabajo social*. Madrid: Editorial Akal.
- Harris, Marvin (1990). *Antropología cultural*. Madrid: Alianza Editorial.

- Koestler, Arthur (1972). *Reflexiones sobre la horca* (Traducción de Manuel Peyrou). Buenos Aires: Emecé.
- Lara Peinado, Federico (1997). *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos.
- Lara González, F., y Lara Peinado, F. (1994). *Los Primeros Códigos de la Humanidad*. Madrid: Tecnos.
- Mir Puig, Santiago (2006). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B. de F.
- Nino, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Rascón García, C., y García González, J. (2006). *Estudio Preliminar de la Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos.
- Rossi Masella, Blas (1967). *Historia del Derecho*, T. III. Montevideo: Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado.
- S/N. (1985). *Enciclopedia del Derecho*, T. XXXII. Varese: Giuffrè Editore.

## 5. El Estado: visión histórica, fundamento filosófico y evolución institucional

Dr. Álvaro Garcé García y Santos.

*Yo tengo mi patria: como Antonino a Roma, como hombre al mundo entero  
(Marco Aurelio Antonino, Emperador romano y filósofo, 121 a 180 d. C.).*

### 5.1. Introducción

La máxima forma organizada del poder político en las sociedades contemporáneas se define como *Estado* (De Vergottini, 1985, p. 89). De acuerdo a la noción tradicional, el Estado consiste en la “asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio” (Jellinek, 1954, p. 133). En esta acepción actual el término *Estado* se usó en tiempos relativamente recientes, en particular, a partir del Tratado de Westfalia de 1648 (De Vergottini, 1985, p. 92).

La clásica definición del Estado propuesta por Jellinek perfila los tres elementos de dicha institución: el *territorio*<sup>180</sup>, la *población* y el *poder étático*. El primero es la base geográfica en la que se asienta la organización estatal<sup>181</sup>, el segundo es el elemento humano, y el tercero consiste en “la autoridad, provista de los medios de acción necesarios para aplicar y hacer cumplir el régimen jurídico (...) e imponer la sanción coactiva prevista para el caso de violación de las normas jurídicas” (Jiménez de Aréchaga, 1995, p. 148).

180 En las últimas décadas la noción jurídica de territorio ha sido replanteada en sus alcances e importancia. En tal sentido, Peter Häberle (2007, p. 107) ha postulado que el elemento territorio, y con él, toda la “estática” que la noción implica, se ha visto afectada recientemente por partida doble: por un lado, dada la emergencia de una sociedad mundial, multinacional y abierta, en cuyo mérito la cuestión del territorio del Estado podría parecer como pasada de moda y superada; al mismo tiempo, y en contraste con lo anterior, el mencionado autor señala la vuelta a lo “pequeño” en la localidad, una especie de retirada hacia la región y la patria, visible en los Estados nacionales que tienden a descomponerse en “micro-Estados” étnicos.

181 Según André Hauriou (1980, p. 127) los Estados son, principalmente, formaciones territoriales, y todo lo que concierne al territorio es considerado como algo de gran importancia. En el mismo sentido, Jiménez de Aréchaga (1995, p. 145) indica que “todo Estado, para ser tal, debe ocupar una parte definida del globo terráqueo, y ejercer dentro de los límites de esa zona territorial, un poder exclusivo y excluyente sobre todas las personas y las cosas que se encuentren dentro de ella. Tener un territorio propio permite al Estado ejercer su poder en forma negativa, o sea excluyendo todo ejercicio de poder ajeno, y en forma positiva, aplicándose a todo lo que se encuentra dentro de sus límites”.

En la teoría constitucional actual, algunos autores –como Dürig y Häberle– han sostenido que los elementos del Estado deben ser revisados. De acuerdo a este punto de vista, la cultura perfila un cuarto elemento, que “informa” o llena de contenido a los otros tres (Häberle, 2007, p. 106).

Más allá de esta cuestión concreta –es decir, sean tres o cuéntenos cuatro elementos pilares de la teoría estatal– debe recordarse que el Estado constituye una institución jurídica y, en cuanto tal, ha experimentado una extensa evolución histórica. La evolución o transformación es una característica que afecta a todas las instituciones jurídicas, y que se verifica independientemente del tipo o naturaleza de la institución. La variación histórica alcanza a la familia, a los contratos, a las obligaciones, a las sucesiones, a los delitos, a las penas, al Estado, a la Universidad, y, en general, a cualquier otra institución jurídica. La razón que provoca evolución de las instituciones jurídicas radica en el cambio de uno o varios de los elementos que integran estas instituciones, es decir, que se debe a una variación en las situaciones de hecho comprendidas en la institución jurídica, o en la valoración social de esta en su entorno, o en su regulación jurídica (Fernández y Porta, 2006, p. 356).

En el caso del Estado, el carácter cultural e histórico de esta institución jurídica ha sido particularmente notorio, lo que permite el seguimiento de sus múltiples transformaciones. En Occidente, si tomamos el período transcurrido desde la Antigüedad clásica hasta el presente, no solo ha variado la expresión institucional del Estado, sino también, correlativamente, su base de fundamentación filosófica.

De acuerdo a esta línea, en los dos apartados siguientes se reseñará, primero, la evolución de las teorías que justifican la existencia y los fines del Estado; luego se detallarán las sucesivas formas de regulación jurídica del mismo a lo largo de las diferentes épocas históricas; finalmente, se hará un análisis del Estado de Derecho y de sus bases en nuestro ordenamiento jurídico.

## 5.2. Teorías acerca de la naturaleza del Estado

### 5.2.1. Grecia

#### **Platón (427 a. C.-347 a. C.)**

Desarrolló la teoría de un Estado ideal, equiparable en escala a un organismo humano (*macro-anthropos*) y armónicamente organizado en torno a tres grandes partes o sectores: los *gobernantes*, los *guerreros* y los *artesanos*<sup>182</sup>. Cada una de estas tres clases debe dedicarse “a lo suyo”, es decir, respectivamente, a gobernar, defender la ciudad y producir<sup>183</sup>, y cumple en el plano social una función equivalente a la que, en el mismo orden, realizan a nivel individual la *razón*, el *ánimo* y los *sentidos*.

El fin del Estado radica en la obtención de la felicidad y prosperidad de todos sus integrantes, sobre quienes ejerce un poder ilimitado con el propósito de realizar la justicia.

<sup>182</sup> Platón, La República, libro III, 415 a-b.

<sup>183</sup> Platón, La República, libro IV, 433 a-b.

### Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.)

Concibió al Estado como asociación permanente y necesaria, realizada entre los hombres con el fin de alcanzar el bien supremo<sup>184</sup>, pues “la justicia es la virtud propia de la ciudad”<sup>185</sup>. El hombre tiende a vivir en la comunidad política<sup>186</sup>, y quien “por su naturaleza o por azar no vive en una ciudad, o es un ser inferior o es más que un hombre”<sup>187</sup>, esto es, “una bestia o un dios”<sup>188</sup>. El Estagirita reconoció dos clases de seres humanos: los que viven en condición salvaje y los que viven armoniosamente en comunidad. Las etapas recorridas por los griegos para alcanzar la organización de la ciudad fueron tres: (i) la primera comunidad fue la *familia*, es decir, la reunión de los que comparten el techo y el culto; (ii) la segunda fue la aldea, constituida por la familia agrandada (hijos y nietos); (iii) la tercera fue el Estado completo, que se formó por la reunión de varias aldeas, que convergieron a partir de la necesidad de vivir mejor.

La nota característica de la *polis* es, según Aristóteles, la *autarquía*, es decir, su constitución de forma tal que no necesita de otra comunidad que la complemente. De acuerdo al modo en que se distribuya el poder supremo, Aristóteles distingue tres formas del Estado: (i) *monarquía* (gobierno de uno); (ii) *aristocracia* (gobierno de un grupo); (iii) *democracia* (gobierno del pueblo). Cuando el poder es ejercido sin contemplar los intereses y necesidades generales de la sociedad, aquellas tres formas “puras” degeneran, respectivamente, en sus correspondientes formas “impuras”: *tiranía*, *oligarquía* y *demagogia*. Como señala Lowenstein (1986, p. 43), Aristóteles fue muy consciente del hecho de que no existen tipos de institucionalización del poder político buenos o malos en sí, sino que su valor depende en cada ocasión del uso que del poder político hagan sus detentadores.

### 5.2.2. Roma

#### Polibio

Los romanos deben a Polibio (200 a. C.-118 a. C.) un primer esbozo de la reflexión sobre la forma de gobierno en esa civilización. En el capítulo VI de su “Historia Universal” planteó la visión institucionalista de la historia de Roma. Su teoría del “gobierno mixto” se funda en la clasificación aristotélica de las tres formas “puras” (monarquía, aristocracia y democracia) aplicada a las instituciones romanas. Según Polibio (griego, llegado a Roma alrededor del año 168 a. C.) la forma monárquica era consagrada en Roma por la figura de los cónsules, la aristocrática en el Senado, y la democrática en los comicios. Como se verá de inmediato, esta idea del régimen “mixto” entre las tres formas aristotélicas fue retomada por Cicerón.

---

184 Aristóteles, *Política*, libro 1, capítulo I.

185 Aristóteles, *Política*, libro 1, capítulo II.

186 De allí la clásica fórmula de Aristóteles sobre el *politikon zōon* (“animal político”), es decir, natural de la polis.

187 Aristóteles, *Política*, libro 1, capítulo II.

188 Aristóteles, *Política*, libro 1, capítulo II.

## Cicerón

Marco Tulio Cicerón (106 a. C.-43.a. C.), en quien también influyó decisivamente Aristóteles, expuso su concepción del Estado en sus obras “De la República” y “De las leyes”. En la primera, el filósofo romano define a la ciudad como “una multitud de hombres reunidos en una vida común por la concordia”<sup>189</sup> y el consentimiento del derecho:

¿Quién llamaría cosa del pueblo, esto es, República, un Estado en que todos se vieran sometidos por la opresión cruel de uno solo, donde no existiera vínculo alguno de derecho, ningún acuerdo, ninguna voluntad de vida en común, nada de lo que constituye un pueblo?<sup>190</sup>

Para contextualizar, vale recordar que cuando Cicerón compuso “De la República” (siglo I a. C.) el ambiente romano se caracterizaba por la corrupción política y la decadencia republicana; no existía libertad en los comicios, la justicia se vendía, los honores se compraban, y las turbulencias eran permanentes. Fue en estas circunstancias que el filósofo decidió redactar su obra para exponer las virtudes de un Estado ejemplar y acorde a las mejores tradiciones romanas. Basándose en el esquema de las tres formas “puras” de gobierno reconocidas por Aristóteles, Cicerón declaró su preferencia por un sistema monárquico con elementos aristocráticos y democráticos, ya que ninguna de las tres formas aisladamente le convencía. Así, el filósofo romano postuló las bondades de una cuarta forma, en la que el poder está en un rey “sabio y justo”<sup>191</sup>, el consejo está en la nobleza y la libertad en el pueblo. En la República, sostiene Cicerón el carácter necesario de la organización estatal:

Así pues, la República (cosa pública) es la cosa propia del pueblo, pero pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes. El motivo que impulsa a este agrupamiento no es tanto la debilidad cuanto una inclinación de los hombres a vivir unidos. El género humano no ha nacido para vivir aislado y solitario<sup>192</sup>.

### 5.2.3. Filosofía cristiana medieval

#### San Agustín

La filosofía griega y romana concibió al Estado como la única fuente del poder de la vida asociada, esto es, el origen de toda autoridad a la que el hombre y sus instituciones debían subordinarse. En cambio, el cristianismo introdujo el principio según el cual todo lo creado depende, en su génesis y existencia, de la voluntad de Dios. En consecuencia, la Iglesia, como institución fundamental cristiana, tendió durante la Edad Media a sobreponerse al Estado, originando la doctrina que establece que el poder estatal es solo un medio para la obtención de los supremos fines religiosos. En “La ciudad de Dios”, San Agustín (354-430 d. C.) señala que la institución fundamental de la especie humana es la *civitas Dei*, es decir, la comunidad de los fieles católicos. El reino de Dios constituye la única forma de convivencia perfecta, es la típica fuente de autoridad perpetua. El Estado (*civitas terrae*)

189 Cicerón, *De la República*, libro 1, 40.

190 Cicerón, *De la República*, libro 3, 43.

191 Cicerón, *De la República*, libro 1, 26.

192 Cicerón, *De la República*, libro 1, 25.

es el producto del pecado, pues surge de las luchas entre los hombres causadas por sus ambiciones y rivalidades, y se justifica en tanto sirva a los designios de Dios y a los fines de la Iglesia (Smith, 1993, p. 825).

### **Santo Tomás**

El otro teórico medieval de fuste fue Santo Tomás de Aquino (1227-1274), quien incorporó a la concepción política cristiana buena parte del sistema estatal aristotélico. Para el *Aquinate*, el Estado constituye una institución fundamental y necesaria, que deriva de la naturaleza sociable del ser humano. La finalidad de la organización estatal consiste en establecer un orden de vida y dentro de este, lograr la satisfacción de las necesidades humanas orientadas por la Providencia; de tal forma, el Estado es en la tierra una representación del orden de Dios. Por ello, el poder estatal debe coincidir, en su aplicación finalista, con los principios teológicos: la organización estatal debe procurar el bien común, en línea con los fundamentos del cristianismo. El Estado no es una simple agregación de individuos, sino un organismo natural y necesario que asegura el orden social por medio de la ley. Es condición indispensable para ello que la ley sea justa (Smith, 1993, p. 825).

## **5.2.4. Absolutismo monárquico**

### **Bodin**

En su obra titulada “Seis libros de la República”, Jean Bodin (1530-1596) formuló la teoría de la monarquía absoluta francesa. La premisa de su desarrollo es que quien hace la ley no debe estar sometido a ella, sino que debe permanecer en un plano superior. En consecuencia, el único límite que reconoce el monarca radica en las normas de origen divino y las normas del derecho natural. Ante el soberano, los súbditos solo tienen obligaciones, y no derechos. La libertad personal y los derechos individuales ceden frente al poder del Estado, corporizado por un monarca con autoridad suficiente: un monarca débil podía ser un soberano completamente ineficaz (Vereker, 1961, p. 134).

En el Estado descrito por Bodin todos los grupos se hallan bajo sujeción política, con una sola excepción, la familia, pues de esta brota naturalmente la comunidad mayor; la familia conserva una posición privilegiada. Como para su subsistencia el grupo familiar necesitaba de la propiedad, la misma quedaba fuera del control del poder soberano. De tal forma, frente al ámbito público del Estado, Bodin colocó un espacio privado constituido por la unidad natural de la familia y su extensión económica. Para reforzar este punto de vista, sostuvo que el gobernante no podía establecer impuestos a sus súbditos sin el consentimiento de estos. Tal es para Bodin el modelo de un Estado bien ordenado o políticamente justo: aquel en que el poder soberano solo es responsable ante Dios, pero que, no obstante, se abstiene de emplear su autoridad legislativa más allá de los límites del derecho natural y, en particular, invadir el terreno o la propiedad familiar (Vereker, 1961, p. 135). Los atributos de la soberanía consisten en: dictar, anular e interpretar las leyes; declarar la guerra y la paz; designar a los oficiales reales; resolver las causas judiciales en última instancia y conceder la libertad por gracia; disponer a su arbitrio sobre la moneda, pesas y medidas (Hubeňák et al., 2012, p. 349).

## **Richelieu**

Al Cardenal Richelieu (Armand Jean du Plessis de Richelieu, 1585-1642) le tocó plasmar en la práctica la teoría absolutista y consolidar esta forma de gobierno. Bajo su mandato se produjo una unificación de la estructura política del país, hasta entonces caracterizada por la supervivencia de fuertes resabios feudales; la existencia de ejércitos particulares de los nobles más poderosos constituye una prueba de lo dicho. Richelieu combatió la división religiosa del país, centralizó el poder, enfrentó las expresiones de intereses particulares o de carácter local, y fomentó decididamente el espíritu nacional francés. Así, en sus *Memorias sobre el arte de gobernar* el Cardenal proclamó que el rey representa a la nación, y en consecuencia, todo poder y toda autoridad residen en aquel.

## **Bossuet**

El mayor exponente del absolutismo francés fue Jacques-Benigne Bossuet (1627-1704), maestro del futuro rey Luis XIV. Desarrolló sus ideas en una amplia serie de obras, entre la que se destacan los diez tomos de la *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, editada luego de su muerte (1709). Según Bossuet, la monarquía es la forma de gobierno más común, antigua y original; la monarquía hereditaria es la mejor de todas ellas, especialmente cuando se trasmite de varón y de primogénito a primogénito. El Estado reside en la persona del príncipe, a quien los súbditos deben completa obediencia excepto cuando este dispone algo contra la voluntad de Dios. El gobernante sin autoridad absoluta no puede hacer el bien ni reprimir el mal; su poder debe ser tal que nadie pueda concebir eludirlo o enfrentarlo. La única defensa de los ciudadanos contra los poderes públicos debe ser su inocencia (Hubeňák et al., 2012, p. 353).

Una de las ideas más destacables de Bossuet fue la distinción entre gobierno absoluto y arbitrario. Es absoluto en lo referente al poder, ya que no existe ningún otro capaz de forzar al soberano, quien en este sentido es independiente de toda autoridad humana. Pero el gobierno no es arbitrario, porque está sometido al juicio de Dios y porque existen leyes del propio Estado, contra las cuales todo lo que se hace está fuera de las normas jurídicas (Hubeňák et al., 2012:353).

## **Jacobo I**

En Inglaterra, el fortalecimiento de la teoría del origen divino de los reyes se produjo bajo el reinado de Jacobo I (1566-1625), rey de Inglaterra y Escocia desde 1603). Su gobierno se caracterizó por la lucha contra los católicos, pues veía a la iglesia católica como la expresión de un poder extranjero, razón por la que bregó decididamente a favor de la afirmación de la iglesia anglicana. La principal tesis de Jacobo I fue que el Estado monárquico es la forma de gobierno más antigua en el mundo, pues los reyes existieron antes que hubiera parlamentos, leyes y propiedad de las tierras: los reyes hicieron las leyes y no las leyes a los reyes (Hubeňák et al., 2012, p. 364).

### **5.2.5. Contractualismo**

La doctrina del Estado contractual, esbozada a partir del siglo XVI, alcanzó durante el siglo XVII un carácter de axioma evidente del pensamiento político. La premisa general de dicha teoría radica en el “pacto de sumisión”, por el cual todos los individuos renuncian a sus derechos y libertades, como condición necesaria y primer paso dirigido a

la obtención del orden social. A partir de entonces, los individuos ya no existen como seres independientes ni tienen una voluntad propia; la voluntad social se incorpora al jefe de Estado, por encima del cual no existe otro poder (Cassirer, 1988, p. 205).

### **Hobbes**

Para Thomas Hobbes (1588-1679), autor del *Leviathan*, el hombre es un ser egoísta, que únicamente persigue la satisfacción de sus propias necesidades; su perpetuo e incesante afán de poder solo termina con la muerte. En el estado de naturaleza sus derechos son ilimitados ante sus semejantes, lo que conduce a una situación de constante enfrentamiento: el hombre es el lobo del hombre (*homo homini lupus est*). De allí la necesidad de una organización social que ordene la convivencia, para lo cual es imprescindible que los individuos renuncien a su libertad ilimitada.

El contrato social es el medio para alcanzar una coexistencia segura, a la que se llega mediante una subordinación incondicionada de los individuos a un poder unificado que los represente y ejerza sus poderes colectivos. De tal forma, el Estado surge como una creación humana de tipo convencional: los hombres, que originariamente ejercían derechos y libertades infinitas, se despojan de estos atributos y los confieren, por delegación, a un monarca, al que facultan para crear y aplicar las leyes con el fin de lograr una vida social pacífica; en esta delegación incondicionada de poderes radica el poder absoluto del Estado, frente al cual no cabe invocar autoridad alguna (Smith, 1993, p. 829).

### **Spinoza**

La teoría de Baruch Spinoza (1632-1677), desarrollada en el “Tratado Teológico Político” (1670), tuvo puntos de contacto con el pensamiento de Hobbes. Para el filósofo holandés es legítimo que los hombres empleen el poder físico para defender sus derechos y ordenar la vida social. Pero el uso indiscriminado de la fuerza implica múltiples peligros para los individuos, por lo que estos, llegados a un punto de su estado natural, acuerdan unificar la fuerza dentro de un orden común: tal es el origen del Estado. Esta organización es más fuerte que los individuos y los domina por medio de una autoridad suficiente para imponer el acatamiento. No obstante, el Estado es impotente ante la libertad de conciencia de los hombres, no porque carezca de facultades para limitar tal libertad de pensamiento sino, sencillamente, porque no tiene la fuerza material capaz de constreñirla (Smith, 1993, p. 825).

### **Locke**

El británico John Locke (1632-1704), en “Dos ensayos sobre el gobierno civil” (1690) estableció las bases del constitucionalismo liberal inglés. El punto de partida de su doctrina política es que el hombre nace dotado de derechos naturales (vida, libertad y propiedad), cuya protección corresponde al Estado; el origen de esta institución radica en el contrato social. Para Locke, la autoridad del Estado resulta de la voluntad de los ciudadanos y tiene como límite los derechos sagrados y naturales del ser humano. El deber de obediencia cesa toda vez que los gobernantes desconozcan aquellos derechos: el pueblo retiene la potestad de derrocar a las autoridades deslegitimadas por el ejercicio abusivo y tiránico del poder. Ningún gobernante debería pasar los límites declarados y reconocidos por la Constitución; la mejor forma de prevenir el desborde del poder es la separación de poderes. Esta idea fue retomada y desarrollada por Montesquieu.

## Montesquieu

Charles de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755), autor –entre sus obras de pensamiento político– del célebre “Del espíritu de las leyes” (1748) es recordado por la doctrina de la separación de poderes, aporte que es considerado su mayor contribución a la teoría política. Según Montesquieu, el hombre tiene una común inclinación a ser racionalmente moral, principio que explica la conducta social a lo largo de la historia (Vereker, 1961, p. 156). A partir de tal racionalidad es posible identificar las leyes que regulan los asuntos humanos, del mismo modo que los científicos lo hacen respecto de la naturaleza, y construir una sociedad política armónica y libre del despotismo arbitrario. Montesquieu reconoce tres formas de organización del Estado: la *república*, cuyo principio rector es la *virtud*, esto es, la vocación ciudadana hacia el bien público; la *monarquía*, cuyo fundamento es el *honor*, es decir, la inclinación de los individuos a obtener títulos, honores y privilegios dentro de la organización social; el *despotismo*, basado en el *miedo*, o sea, la afirmación de un poder orientado al temor de la autoridad del Estado (Smith, 1993, p. 830).

La separación de poderes es la única forma de prevenir el abuso del poder que desemboca en el despotismo: solo el poder detiene al poder, por lo que es necesario atribuir preferentemente el ejercicio de las tres funciones del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial) a tres sistemas orgánicos independientes entre sí y que operen en la práctica cada uno como “freno” y “contrapeso” del otro. De tal forma, sostuvo Montesquieu, debe ocurrir en el Estado lo mismo que ocurre en otras partes del universo –en el cual existe una armonía entre sus elementos, que están eternamente unidos por la acción de unos y la acción de otros–; la constitución de un Estado debe evitar la falta de equilibrio y la ausencia de un principio moral conductor: una república indiferente al bien común podría inclusive ser peor que una tiranía (Vereker, 1961, p. 160).

## Rousseau

Poco después de la aparición de la principal obra de Montesquieu, el ginebrino Jean Jacques Rosseau (1712-1778) publicó sus escritos titulados “Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad de los hombres” (1755) y “Contrato social” (1762).

A juicio de Rousseau el hombre es bueno y libre por naturaleza, pero el proceso de civilización lo ha llevado a la corrupción de su esencia y a la pérdida de la libertad. La vida salvaje y el estado de naturaleza eran un paraíso de simplicidad, felicidad e inocencia: el hombre primitivo vivía en los bosques naturales, siguiendo sus instintos y satisfaciendo sus deseos simples; gozaba del mayor bien, el bien de la independencia absoluta (Cassirer, 1988, p. 337). La gradual consolidación del régimen de la propiedad privada, asociado al triunfo de las ambiciones políticas, creó privilegios que destruyeron la bondad humana y que fueron eliminando, poco a poco, la pureza originaria de los seres humanos, pese a lo cual la vida política no admite retroceso. El contrato social es una necesidad racional que tiende a restituir la igualdad del hombre y a asegurarle su libertad: el contrato social permite que todos los seres humanos permanezcan libres e iguales, al tiempo que el Estado, en su función protectora, garantiza mediante la ley el ejercicio de los derechos. La única subordinación admisible según Rousseau es la del individuo a la ley; pero como esta es la expresión de la voluntad general, resulta que tal subordinación no es más que la sumisión a su propia voluntad (Smith, 1993, p. 831).

## 5.2.6. Concepción idealista del Estado: Hegel

Para Georg Wilhelm Hegel (1770-1831) el Estado constituye la expresión superior del espíritu colectivo, es decir, una síntesis entre lo ideal y lo real, que permite alcanzar un punto de equilibrio entre la libertad y las necesidades concretas del ser humano: el Estado es la creación más perfecta del espíritu objetivo, y la vez, la expresión más alta de la libertad. Nada existe por sobre el Estado, excepto lo absoluto (Smith, 1993, p. 832).

El aporte fundamental de la filosofía hegeliana fue su concepción dialéctica sobre el conocimiento, esto es, la teoría sobre los opuestos: un concepto (*tesis*, fase afirmativa) implica necesariamente su visión contraria (*antítesis*, fase negativa); de la confrontación entre ambos elementos surge un tercero (*síntesis*, esto es, la “negación de la negación”) que constituye una nueva comprensión; esta a su vez opera como tesis, etc. En opinión de Vereker:

Hegel pensaba en tríadas, lo cual se acomodaba a su esquema dialéctico. Distingue tres condiciones de la sociedad: la familia, lo que llama la sociedad civil y el Estado. Así, en un comienzo considera al Estado no como la totalidad de la comunidad, sino como un principio especial de organización o de control que regula las otras actividades; estas son al mismo tiempo distintas de las políticas e inferiores a ellas. Cada una de estas tres formas de relación social ofrece terreno para la expansión de la libertad individual. En la familia, el individuo puede satisfacer sus instintos naturales; en el mundo económico externo tiene la oportunidad de expresar lo que Rousseau llama su voluntad particular y lo que Hegel llama capricho; solo en el Estado –sostiene Hegel– se hace manifiesta una voluntad pública y universal que actualiza, objetiviza y expresa plenamente la libertad del espíritu humano (Vereker, 1961, p. 310).

La concepción hegeliana, y dentro de esta especialmente su dialéctica, tuvo importantes derivaciones en la teoría del Estado. Según Cassirer, ningún sistema filosófico ha ejercido una influencia tan poderosa y duradera sobre la vida política como el de Hegel.

Desde el principio los discípulos de este se dividieron en dos grupos, la “derecha” y la “izquierda” hegeliana –vertiente a partir de la cual emergió el marxismo– que se combatieron sin tregua. Este enfrentamiento ha continuado hasta nuestros días: Hajo Holborn (1902-1969) llegó a sostener que la lucha de los rusos con los invasores alemanes en 1943 fue, en el fondo, un conflicto entre el ala derecha y el ala izquierda de la escuela hegeliana (Cassirer, 1988, p. 294). Aunque parezca exagerada, esta interpretación histórica parecería contener, al menos, una base verdadera.

## 5.2.7. Concepción materialista: Marx

Karl Heinrich Marx (1818-1883) tomó de Hegel el método dialéctico, aplicándolo a su interpretación materialista de la historia, al que denominó “materialismo histórico”. Según Friedrich Engels (1820-1895), coautor junto a Marx del “Manifiesto Comunista” (1848), el materialismo histórico es:

...la concepción del curso de la historia que busca las causas últimas y la gran fuerza impulsora de todos los acontecimientos históricos importantes en el desarrollo económico de la sociedad, en las transformaciones de los modos de producción y de cambio, en la consiguiente división de la sociedad en clases distintas y en las luchas de estas clases entre sí (Vereker, 1961, p. 320).

Marx distingue la *infraestructura* social (base material de la sociedad, que incluye las fuerzas productivas y las relaciones de producción) de la *superestructura* social (conjunto de las formas políticas, religiosas, artísticas, jurídicas y filosóficas propias de un determinado momento histórico). La comprensión de esta *superestructura*, de la cual forma parte el Estado, solo es posible a partir del conocimiento de la *infraestructura* que le da origen y la determina.

En Hegel, el Estado constituye la concreción de la razón y de la libertad. Por el contrario, en la obra de Marx –y consiguientemente en toda la tradición marxista– el Estado es una construcción ideológica destinada a perpetuar la dominación de la burguesía sobre el proletariado. El destino final de este instrumento opresor es su desaparición (fase del comunismo), tras una etapa intermedia que Marx denomina “dictadura del proletariado”, en la que esta clase, organizada como “vanguardia dominante” irá despojando paulatinamente a la burguesía de todo su capital e instrumentos de producción, para centralizarlos transitoriamente en el Estado. La duración de esta etapa intermedia, a cuyo término debería desaparecer el Estado, jamás fue determinada por Marx, ni por Engels. Al respecto, este último profetizó: “Mientras el Estado exista no habrá libertad. Cuando exista libertad, no habrá Estado” (Vereker, 1961, p. 326).

#### 5.2.8. Teoría clásica del Estado: Jellinek

Georg Jellinek (1851-1911) es el autor de la teoría clásica del Estado. Según el jurista alemán el Estado es una creación social, y al mismo tiempo, una institución jurídica. En consecuencia, una teoría general del Estado debe considerar a su objeto desde los dos puntos de vista: como una doctrina general social y como una teoría general del derecho político (Smith, 1993, p. 837).

Desde el punto de vista social el Estado es, para Jellinek, no una sustancia sino una función, que debe ser localizada dentro de los fenómenos psíquicos. Una pluralidad de hombres, afirma el autor citado, aparece unida cuando lo está por fines constantes y coherentes entre sí. Cuanto más intensos sean estos fines, mayor será la unidad entre los individuos. La intensidad de la asociación es diferente según la fuerza y la significación de los fines comunes: es mínima en las asociaciones privadas, aumenta en las de carácter público y alcanza su máxima expresión en el Estado, ya que este es el que posee el mayor número de fines constantes y la organización más perfecta y comprensiva. El Estado es, a su vez, el que comprende a todas las asociaciones y el que forma la unidad social más necesaria (Jellinek, 1954, p. 131).

Desde el punto de vista jurídico, el Estado responde al hecho histórico y natural de un pueblo asentado permanentemente en un determinado territorio y subordinado a un poder de dominación. De allí que, de acuerdo al clásico esquema de Jellinek, los elementos integrantes del Estado son tres: (i) el territorio, es decir, el espacio geográfico en el que el poder del Estado puede desempeñar su actividad específica; (ii) la población o pueblo, esto es, el conjunto de seres humanos que pertenecen a un Estado; (iii) el poder, caracterizado por Jellinek como la dominación que el Estado ejerce sobre los individuos.

### 5.2.9. Positivism jurídico: Duguit y Kelsen

La corriente positivista tuvo su expresión en la teoría del Estado fundamentalmente por intermedio de Léon Duguit (1859-1928) y Hans Kelsen (1881-1973).

#### Duguit

En su obra “El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva” (1901), este autor abogó a favor de descartar la abstracción en el estudio de las realidades sociales. En consecuencia, el jurista francés postuló la necesidad de investigar la naturaleza del Estado sin partir de concepciones metafísicas o *apriorísticas*: la teoría estatal debe adecuarse a la realidad sin pretender adaptar esta a la teoría. Un análisis depurado sobre el Estado debe prestar atención, según Duguit, a los siguientes elementos: (i) una realidad social determinada; (ii) la diferenciación entre gobernantes y gobernados; (iii) la obligación de los gobernantes de asegurar el cumplimiento del derecho; (iv) la obediencia, por parte de los gobernados, a toda regla general formulada por los gobernantes; (v) el uso legítimo de la fuerza a cargo de éstos (Smith, 1993, p. 841).

A juicio de Duguit, el poder político es un hecho que no tiene caracteres de legitimidad ni de ilegitimidad. Es únicamente el resultado de la evolución social, de la que gradualmente va resultando la existencia de grupos más fuertes que quieren y pueden imponer su voluntad sobre los restantes. Desde el momento en que aparece y se consolida esa diferencia de fuerza en el grupo social, existe el Estado. El grupo dominante tiende a organizarse y, como consecuencia de un proceso de coordinación de sus acciones, se van integrando las diferentes instituciones estatales. Instaurada la diferenciación entre gobernantes y gobernados, surge paralelamente el derecho de los primeros de mandar y la obligación de los segundos de obedecer; los gobernantes, tan individuos como los gobernados, están sometidos al derecho, esto es, al conjunto de reglas que se imponen todos los miembros de la sociedad, para gestionar sus recíprocas relaciones (Smith, 1993, p. 842).

#### Kelsen

El jurista austríaco desarrolló su visión sobre el Estado en sus obras “Teoría general del Estado” y en la “Teoría pura del Derecho”. Para él, el Estado no existe en el reino de la naturaleza sino el del espíritu. El carácter específico del Estado radica en ser un sistema normativo (Kelsen, 1934:18); por ende, si es un sistema normativo tiene que ser, forzosamente, el mismo sistema jurídico positivo, pues resulta imposible concebir, junto a éste, la validez de un sistema normativo diferente. Según Kelsen, el generalizado concepto según el cual el Estado, en cuanto poder, apoya, produce y garantiza el derecho, es una duplicación inútil del objeto de estudio, ya que el denominado “poder del Estado” no es otra cosa que el poder el derecho positivo (Smith, 1993, p. 844).

Todo Estado es un orden normativo, pero la relación inversa no se verifica: no todo orden normativo constituye un Estado. Es el caso, señala Kelsen, de las comunidades jurídicas primitivas pre estatales y del orden supra o interestatal del derecho internacional general. La diferencia radica en el grado de centralización del derecho: ni el orden pre estatal ni el supra o interestatal establecen tribunales competentes para aplicar normas generales a casos concretos, sino que facultan a los sujetos mismos sometidos a ese orden jurídico a desempeñar esas funciones y, especialmente, para llevar a cabo, como autodefensa, las sanciones estatuidas por el orden jurídico (Kelsen, 1979, p. 291). Apenas

el orden jurídico supera el primitivo estado de descentralización, la comunidad distribuye las tareas de producción y ejecución normativa –y las somete a las funciones que realizan los órganos estatales creados– hay Estado. Los individuos que cumplen las tareas distribuidas se convierten, en cuanto titulares de la función jurídica centralizada, en funcionarios del Estado. Todo acto del Estado es siempre un acto jurídico, de producción o de ejecución de normas jurídicas, a cargo de un órgano estatal. Las manifestaciones externas del aparato coactivo del Estado (empleo de la fuerza, cárceles, etc.) se convierten en instrumentos del poder estatal solo en cuanto los individuos se sirven de ellas bajo la creencia que obran de conformidad con el ordenamiento jurídico. Una acción humana es acto del Estado cuando es calificada como tal por una norma jurídica.

### 5.3. Desarrollo histórico del Estado en Occidente

#### 5.3.1. La polis griega

La primera forma histórica del Estado en la civilización occidental fue la *polis* griega. La geografía influyó decisivamente sobre esta, tanto en su aparición como en su posterior desarrollo. En efecto, la superficie montañosa y la cantidad de islas que bordean la península balcánica tendieron a aislar a unas comunidades de otras y a fomentar la aparición de la ciudad-Estado en los distintos valles e islas de la zona (Petrie, 1961, p. 7).

Las ciudades-Estado eran comunidades autogobernadas, cuya población no superaba algunas decenas de miles de habitantes. Establecían alianzas efímeras y se coaligaban entre sí durante intervalos breves. Desde el punto de vista económico eran pobres si se las compara con formas estatales preexistentes, como Persia y Egipto, y con expresiones posteriores, como Roma. La supervivencia de la *polis* y, especialmente, las realizaciones en el plano del pensamiento, el arte y la ciencia, constituye un milagro, una suerte de accidente que parece no haberse repetido desde entonces (Vereker, 1961, p. 11). Entre las distintas ciudades-Estados sobresalieron dos, Atenas y Esparta. Estas dos *polis* desarrollaron dos modelos antagónicos, pues mientras Atenas evolucionó hacia la democracia y el fomento de la cultura, Esparta quedó conformada como *polis* militar y guerrera.

El desarrollo político de las ciudades helénicas no resultó proporcionado con el desarrollo general del espíritu alcanzado por dicha civilización. El sistema de pequeños estados –ciudades sueltas o federaciones de ciudades– según el célebre historiador alemán estaba destinado a atrofiarse; si la civilización griega pudo llegar a subsistir y seguir desarrollándose frente a la masa mayoritaria de población inmigrante, ello se debió un poderoso factor como el *panhelenismo* o espíritu nacional (Mommsen, 1960, p. 207).

#### 5.3.2. Roma: monarquía, república, imperio

En los trece siglos comprendidos entre la fundación de la ciudad de Roma (año 753 a. C.) hasta su caída en manos de las hordas bárbaras (476 d. C.), la civilización romana recorrió tres períodos políticos: la *monarquía* (753 a. C.-509 a.C.); la *república* (509 a. C.-27 a.C.); el *imperio* (27 a. C.-476 d. C.).

## Monarquía

Durante este período inicial Roma fue una pequeña comunidad de agricultores, cuya área de influencia en el Lacio no excedía unos miles de kilómetros cuadrados. Desde el punto de vista político, en los comienzos romanos existieron tres instituciones: el rey (*rex*), el senado y los comicios. El *rex* era de carácter vitalicio y tenía la autoridad suprema de la *civitas*, en el plano religioso, militar, jurídico y político.

De acuerdo a la tradición, se conocen siete reyes: Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio, Anco Marcio, Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio (los cuatro primeros fueron de origen latino, los tres últimos fueron etruscos). El senado estaba integrado en este período por los jefes de familia (*paterfamilias*), y ejercía tres funciones: asesorar al *rex*, salvaguardar las buenas costumbres de la ciudad y supervisar a los *comicios*. Estos últimos constituían en su conjunto la asamblea del *populus romanus*. Se reunían dos veces al año (24 de marzo y 24 de mayo) para resolver asuntos relacionados con la religión y las cuestiones familiares, como los testamentos y las adopciones.

## República

El término proviene de *res-pública*, es decir, “cosa pública”. En el año 509 a. C. los patricios, indignados por los excesos del rey Tarquino, expulsaron de Roma al monarca y a toda su familia.

La República se extendió desde entonces hasta el año 27 a. C. Durante ese lapso Roma dejó de ser una pequeña comunidad de agricultores para, luego de conquistar la península itálica, proyectarse con éxito sobre todo el mundo Mediterráneo. Desde el punto de vista institucional, la República se basó en tres grandes instituciones políticas: el *Senado* (principal órgano político en este período), los *comicios* (asambleas del *populus*) y las magistraturas. Dentro de estas últimas se diferenciaban las magistraturas mayores (consulado<sup>193</sup>, pretura<sup>194</sup> y dictadura<sup>195</sup>) y las menores (censura<sup>196</sup>, cuestura<sup>197</sup> y edilidad<sup>198</sup>). Las magistraturas eran electivas (la designación estaba a cargo de los comicios), *ad honorem* (es decir, gratuitas) y de cumplimiento temporalmente limitado (un año). El desempeño sucesivo del conjunto de las magistraturas, comenzando desde las de menor jerarquía para ir ascendiendo progresivamente, era denominado “carrera de los honores” (*cursus honorum*)<sup>199</sup>.

---

193 Los *cónsules*, máximos magistrados con atribuciones ejecutivas, luego de la revolución del año 509 a. C. sustituyeron al rey al frente del Estado romano.

194 La pretura fue creada en 367 a. C., con el fin de entender y resolver en los asuntos jurisdiccionales. En 242 a. C. fue creado el *pretor peregrino* (con competencia en las cuestiones entre romanos y extranjeros) quedando desde entonces éste diferenciado del *pretor urbano* (ocupado de las diferencias que surgieran entre ciudadanos romanos).

195 La dictadura, creada alrededor del año 500 a. C., era una magistratura excepcional, habilitada en tiempos de crisis y por un lapso breve (seis meses), con el fin de salvar a la República. El concepto romano de “dictador” difiere del sentido actual del término, que se encuentra ligado a la noción de tiranía.

196 El *ensor* tenía a su cargo dos tareas principales: la realización del censo (cada cinco años) y la preservación de la moral y buenas costumbres públicas.

197 Los *cuestores* tenían a su cargo la administración de los fondos públicos (*erarium*).

198 Los *ediles* estaban encargados del mantenimiento urbano y la regulación de los mercados de abastecimiento.

199 Además de los magistrados existía el *tribuno de la plebe*, cuya función consistía en defender a este colectivo ante los excesos que pudiera sufrir por parte del patriciado.

## Imperio

Se extendió entre el 27 a. C. y el 476 d. C.<sup>200</sup>; la característica más saliente del período radicó en la concentración del poder en manos del *Princeps* (“primer ciudadano”), quien comandaba al Senado, a las legiones y a los magistrados; también reunía el poder religioso, y como tal era *pontifex maximus*. Considerado una especie de deidad sobre la tierra, el *Princeps* era objeto de reverencia en todo el Imperio y se consagraba en su honor innumerables templos y estatuas. De las cuatro principales dinastías de emperadores (dinastía *julio-claudiana*, 29 a.C-68 d. C.; dinastía de los *Flavios*, 69-96); dinastía de los *Antoninos*, 96-192; dinastía de los *Severos*, 193-235) la penúltima fue sin dudas la más célebre. En particular, bajo el reinado de Trajano (98-117) y de Adriano (117-138) el Imperio alcanzó su esplendor; dentro de esta dinastía también se destacó Marco Aurelio (161-180), recordado filósofo estoico. Luego de un período de anarquía (235-284) en el que estallaron conflictos que amenazaron gravemente la estabilidad imperial, tras el ascenso de Diocleciano (284) se produjo una importante reforma administrativa que permitió a Roma conocer un tiempo de paz. En los siglos siguientes, la generalizada corrupción y las crecientes dificultades económicas desembocaron en la implosión del Imperio.

### 5.3.3. Feudalismo: la atomización del Estado en la Edad Media

La Edad Media fue el período histórico transcurrido entre la caída de Roma (476 d. C.) y la toma de Constantinopla por los turcos otomanos (1453). Las invasiones bárbaras comenzaron en el siglo III; los Emperadores Diocleciano (284-305) y Juliano (331-363) lograron controlar por un tiempo el avance de aquellos pueblos, pero tras la muerte de este último los disturbios en las provincias se tornaron crónicos, al igual que las invasiones. El derrumbe romano se produjo entre los años 455 y 476. En 454 el último gran general romano, Flavio Aecio, fue asesinado por orden del Emperador Valentiniano III. La desaparición del líder militar precipitó el desastre: el Imperio romano de Occidente se extinguió el 4 de setiembre del año 476, cuando los hunos, liderados por Odoacro, irrumpieron en Roma y el Emperador Rómulo Augústulo envió las insignias imperiales a Constantinopla.

La caída de Roma abrió el período de la Edad Media. Esta etapa histórica ha sido dividida en dos períodos, la *Alta Edad Media* (año 476 al 1000), y la *Baja Edad Media* (año 1000 al 1453).

La *Alta Edad Media* se caracterizó por: (1) las invasiones de bárbaros y musulmanes; (2) la desintegración del Estado y la inestabilidad política; (3) el descenso de la vida urbana; (4) el retroceso económico; (5) la escasa producción intelectual. La *Baja Edad Media*, a su vez, estuvo signada por: (1) la consolidación del feudalismo; (2) la consiguiente atomización del Estado; (3) un conjunto de cambios económicos y sociales, ocurridos alrededor del año 1000 a 1150, que propiciaron el auge del Medioevo; (4) las cruzadas hacia los “santos lugares”; (5) la existencia de intervalos de paz que favorecieron un crecimiento demográfico y económico.

En lo que refiere al Estado, la antigua maquinaria administrativa, financiera y judicial del Imperio Romano fue desmantelada en la Edad Media. Los vestigios del Estado fueron sustituidos por una multiplicidad de reinos, la mayoría de ellos con existencia efímera.

200 El Imperio Romano fue dividido en 395 tras la muerte de Teodosio en Imperio Romano de Occidente (con capital en Roma) y el Imperio Romano de Oriente (con capital en Constantinopla). Tras la caída de Roma en el año 476 d.C., el Imperio Romano de Oriente subsistió hasta 1453, cuando Constantinopla fue tomada por los turcos otomanos.

El intento medieval más significativo para reunificar el poder se produjo durante el período de Carlomagno (743-814), quien llegó a gobernar sobre prácticamente todo el Occidente europeo. Sin embargo, poco después de su muerte el Imperio fue dividido mediante el Tratado de Verdún (843). El parcelamiento del poder, constante luego del período carolingio, dio lugar al feudalismo. De este se ha dicho que fue:

(...)[el] conjunto de instituciones que crean relaciones de obediencia y servicio, principalmente militar, por parte de un hombre libre, llamado *vasallo*, hacia un hombre libre llamado *señor*, y obligaciones de protección y sostenimiento por parte del *señor* respecto del *vasallo*, dándose el caso que la obligación de sostenimiento tuviera la mayoría de las veces como efecto la concesión, por parte del *señor* al *vasallo*, de un bien llamado *feudo* (Bonnassie, 1984, p. 91).

El sistema feudal fue la respuesta a la anarquía que vivió Europa tras el derrumbe del Imperio Romano. Al hundimiento del poder administrativo se sumó la extinción de la clase media, como consecuencia de las gravosas cargas tributarias que se le impusieron en el período final del Imperio Romano. De todo ello resultó una masa de hombres libres necesitados de trabajo, seguridad, y dispuestos, al menos los más pobres, a resignar con gusto sus libertades a cambio de protección (Barnes, 1973, p. 115). Las funciones que en la Antigüedad fueron desempeñadas por el Estado pasaron a manos de los señores feudales.

La sociedad se dividió en tres órdenes: la clase noble, los clérigos y los campesinos. Dentro del “orden feudal” los nobles proveían protección y mantenían la paz, los clérigos cuidaban el bienestar espiritual de la sociedad y los campesinos trabajaban para mantener a los dos órdenes superiores; así, los señores peleaban, el clero rezaba y los campesinos trabajaban (Cameron et al., 2005, p. 67).

La costumbre fue la principal fuente del derecho feudal. Ante la duda respecto del alcance de una norma consuetudinaria, se consultaba a los integrantes más ancianos de la comunidad. El señor feudal podía dar órdenes, pero estas carecían de fuerza obligatoria si excedían lo establecido por la costumbre. En materia penal, se procuró la sustitución de la venganza privada por penas públicas. Los litigios entre señores y vasallos, o entre señores, eran dirimidos por jurados “pares del señorío”, es decir, personas de igual condición de los litigantes.

#### 5.3.4. El Estado absolutista

El fin de la Edad Media y el advenimiento de la Edad Moderna tuvo su correlato en el plano político: el triunfo del Estado absolutista. En él, el monarca era soberano y se encontraba por encima de las leyes; solo respondía ante Dios, de quien era su representante en la tierra. Las tres funciones del Estado —ejecutiva, legislativa y judicial— convergían en la figura del rey. Carlos V (1500-1558) en España, y, fundamentalmente, Luis XIV (1638-1715) en Francia (“el Rey Sol”), constituyeron los máximos exponentes del absolutismo.

El poder monárquico era absoluto, pues el rey actuaba sin estar sujeto a controles. Los únicos límites al poder se encontraban en la ley divina. El rey no existía como persona privada, pues se debía a su función y por eso todos los actos de su vida eran públicos. La voluntad del monarca era considerada como la expresión del bien común y del bien del Estado por lo que esos conceptos se encontraban confundidos (Bruneto Paladino, 1972, p. 33). Cuando el rey moría, la autoridad pasaba sin intervalo a su sucesor. El poder se transmitía por herencia solo a los descendientes. Si concurrían varios de ellos a la sucesión, el elegido era el primogénito.

Según Vereker (1961, p. 122) “cuando Luis XIV proclamó que el Estado era él, se manifestó trivial antes que desafortunado”. Lo interesante de esta afirmación, a juicio del citado autor, consistió en revelar que a mediados del siglo XVII ya se había completado, en buena parte de Europa, la transformación del sistema medieval en estados nacionales.

El “Antiguo Régimen” (*L’ancien régime*, de acuerdo a la expresión elaborada por Alexis de Tocqueville, y luego adoptada por los revolucionarios franceses) fue demolido en Francia a partir de 1789. La tentativa restauradora y monárquica esbozada en el Congreso de Viena (1815) no prosperó, y en las décadas siguientes se abrió paso, definitivamente, la teoría y práctica del Estado de Derecho.

### 5.3.5. Estado de Derecho: concepto y antecedentes

El concepto “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*) fue creado por juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX (Stahl, Stein, Gneist y Mohl). La introducción del término es debida a Mohl, quien por primera vez la empleó en su clásico “Ciencia de la Policía según los principios del Estado de Derecho” (1832). En dicha obra Mohl desarrolla las fases históricas del Estado, entre las que se destacan tres: (i) el *Patrimonialstaat* (Estado patrimonial) representa al Estado en el que el gobierno absoluto administra el Estado como si este fuera un patrimonio personal del soberano; (ii) el *Polizeistaat* (Estado policía) identifica el período de gobierno absoluto en el que el Estado es dirigido con fines de bien público, pero con normas arbitrarias y reglamentarias; (iii) el *Rechtsstaat* designa a la administración regida por la ley y cuyo fin es la justicia y el bien público (Real, 1957, p. 598).

Sin perjuicio del aporte de la doctrina alemana, la fórmula del Estado de Derecho también es producto de la evolución liberal del derecho público inglés, inspirador de la doctrina de la separación de poderes y la protección de los derechos individuales.

No menos importante que la vertiente británica fue la contribución del constitucionalismo estadounidense. Al respecto debe mencionarse la doctrina del “gobierno de las leyes y no de los hombres”, plasmada en el artículo XXX de la Constitución del Estado de Massachussets (1780): “To the end it may be a government of laws, not of men”. Dicha doctrina fue expresamente recogida en nuestro país por el Dr. José Ellauri, constituyente y miembro informante de la Asamblea General y Constituyente de 1830, en los siguientes términos:

El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las leyes secundarias, se ve en el proyecto constituido en tal independencia, que ella sola bastará para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes (Real, 1957, pp. 591 y 592).

Asimismo, en la construcción del Estado de Derecho también fue decisivo el constitucionalismo francés. En la primera Constitución de ese país se estableció: “Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi” (no existe en Francia autoridad superior a la de la ley). En un sentido similar, Carré de Malberg indica que, en buena medida, las instituciones del Estado de Derecho fueron creadas en Francia. Al contraponer las nociones de *Estado Policía* y *Estado de Derecho*, el mencionado autor aporta una de las más completas definiciones sobre este último:

El Estado de policía es aquel en el cual la autoridad administrativa puede, de una manera discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar a los ciudadanos todas las medidas cuya iniciativa juzgue útil tomar por sí misma, en vista de hacer frente a las circunstancias y lograr en cada momentos los fines que ella se propone: este régimen de policía está fundado sobre la idea de que el fin basta a justificar los medios. Al Estado de policía se opone el Estado de derecho, el “Rechtsstaat” de los alemanes. Por Estado de derecho hay que entender el Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para la garantía de su estatuto individual, se somete él mismo a un régimen de derecho” (Carré de Malberg, cit. por Real, 1957, p. 598).

En la doctrina española sobresale el aporte de García-Pelayo. Según este jurista, la concepción del Estado de Derecho refleja “el genio jurídico del pueblo alemán” (García Pelayo, 1987, p. 157). Surgido como modelo opuesto al Estado intervencionista y burocrático del absolutismo, el “Rechtsstaat” tiene por cometido garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual. Dicho Estado tiene, pues, un fin jurídico, pero el contenido de este fin está más allá de la propia voluntad del Estado: tal sustancia se encuentra, según Kant, en los principios *a priori* de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano, postulados que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adaptar al mismo a los puros principios de la razón.

En línea con el pensamiento kantiano, a juicio de García-Pelayo (1987, p. 159) la teoría del Estado de Derecho se encuentra dentro de la línea general de racionalización, en cuanto constituye un medio para asegurar los derechos fundamentales del hombre. La característica fundamental de tal modelo de Estado de Derecho, en opinión del jurista hispano, radica en que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos más que en virtud de un precepto legal.

## 5.4. El “personalismo democrático” y el Estado de Derecho

En la doctrina nacional se destacan las reflexiones de Alberto Ramón Real y de Justino Jiménez de Aréchaga sobre el Estado de Derecho.

El primero adhiere a la definición de Carré de Malberg, en tanto considera que la función fundamental del Estado de Derecho consiste en garantizar los derechos de los súbditos, para lo cual el propio Estado se somete al imperio de las reglas de derecho que dicta. Así, el destacado autor compatriota subraya, en total acuerdo con Carré de Malberg, que “el régimen del Estado de derecho es concebido en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades étáticas” (Real, 1957, p. 603). La visión que Real tiene sobre los fines del Estado es inscrita por él mismo del humanismo personalista. Ello supone, de acuerdo al citado jurista, “ensanchar los fines del Estado” para procurar la elevación de las condiciones de vida del mayor número posible de habitantes. De tal forma, el Estado no ha de cumplir solamente una tutela *negativa* de los derechos, previniendo y reprimiendo las invasiones de unos individuos en la esfera de la libertad o del derecho de los demás, sino que debe además crear una red de servicios públicos y sociales. De tal forma, sin renegar o abdicar de la técnica jurídica del Estado de Derecho, este debe tender al progreso de la justicia social (Real, 1957, p. 605).

Por su parte, Justino Jiménez de Aréchaga resumió su visión del Estado en el recordado artículo titulado “Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo XX”, publicado en la sección de doctrina de la Revista Uruguaya de Derecho, Jurisprudencia y Administración (1949, tomo XLVII, pp. 217 y ss.). Allí sostuvo el mencionado jurista:

Nuestro país es una comunidad en la que imperan las ideas de igualdad y libertad, en su concepción más depurada. Esto es visible en las leyes, tanto como en la realidad social. El poder político de nuestro pueblo es efectivo y real, y se manifiesta en una verdadera democracia, en la cual el sistema de representación proporcional es fiel exponente de los diversos sectores de opinión. Esto es posible debido a que nuestro sistema institucional se funda en la idea de que toda autoridad pública ha de ser eficazmente contenida en el ámbito de competencia que le asigna el Derecho. Pese a su perfectibilidad, el sistema institucional de nuestro país hace de él un Estado excepcional, a la vez que una de las Democracias más perfectas del mundo.

Los fundamentos de tal sistema institucional, según Jiménez de Aréchaga podían resumirse –al momento de la producción del trabajo citado– en las siguientes cuatro premisas: (1) Un modo singularmente amplio de entender la igualdad entre los hombres; (2) un modo igualmente amplio de entender la libertad; (3) el efectivo poder político del pueblo; (4) la eficaz contención de la autoridad pública.

## 5.5. Actividades sugeridas

1) Tomando como base la Constitución de la República, desarrollar las características de Uruguay como Estado de Derecho.

2) Identificar las principales instituciones políticas romanas durante la Monarquía, la República y el Imperio.

3) Responder las siguientes preguntas:

a) ¿Qué características del entorno geográfico favorecieron el surgimiento y desarrollo de la polis o ciudad-Estado en Grecia?

b) ¿Qué factores contribuyeron a provocar la caída del Estado romano en el siglo V de nuestra era?

c) ¿Qué efectos tuvo el desarrollo del feudalismo en el Occidente europeo sobre el Estado?

d) ¿Cuáles eran los límites al poder en el Estado absolutista monárquico?

## 5.6. Bibliografía básica

- Bonnassie, P. (1984). *Vocabulario básico de la historia medieval*. Barcelona: Crítica.
- Fernández, O. y Porta, G. (2006). *Evolución de las Instituciones Jurídicas*, Cap. XII. Montevideo: Byblos.
- Hubeňák, F, Ventura, E. y Ranieri de Cechini, D. (2012). *Formación del pensamiento jurídico-político*. T. I. *Desde los orígenes grecorromanos hasta la Ilustración*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1949). Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo XX. En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (T. XLVII, pp. 217 y ss.). Montevideo: s/ed.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1995). *Introducción al Derecho*, cap. 6. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Petrie, A. (1961). *Introducción al estudio de Grecia. Historia, antigüedades y literatura*. México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica.
- Real, A. R. (1957). El “Estado de Derecho” (Rechtssstaat). En Couture, E. J., *Estudios Jurídicos en Memoria*. Montevideo: Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Smith, J. C. (1993). Estado. En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. (T. X). Buenos Aires: Driskill.

## 5.7. Bibliografía complementaria

- Aristóteles (2005). *Política*. Versión española de López Barja de Quiroga, P. y García Fernández, E. Madrid: Istmo.
- Barnes, H. E. (1973). *Historia de la economía del mundo occidental*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Cameron, R. et al. (2005). *Historia Económica Mundial*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cassirer, E. (1988). *El mito del Estado*. Traducción de Eduardo Nicol. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cicerón (2000). *De la República*. Versión española de Guillén, J. Madrid: Tecnos.
- De Vergotini, G. (1985). *Derecho Constitucional Comparado*. Traducción e introducción de Lucas Verdú, P. Madrid: Espasa Calpe.
- Finley, M. I. (1986). *El nacimiento de la política*. Traducción de Sempere, T. Barcelona: Crítica.
- García-Pelayo, M. (1987). *Derecho constitucional comparado*. Introducción de Aragón, M. Madrid: Alianza Editorial.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Traducción de González Casanova, J. A. Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría general del Estado*, Barcelona: Labor.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Traducción de Gallego Anabitarte, A. Barcelona: Ariel.
- Mommsen, Th. (1960). *Historia de Roma*. Buenos Aires: Joaquín Gil Editor.
- Platón (1959) *La República*. Traducción española de Míguez, J. J. Madrid: Aguilar.
- Vereker, Ch. (1961). *El desarrollo de la teoría política* (traducción de Míguez, N.). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Esta publicación cuenta con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza de la Universidad de la República. Forma parte de la serie «Manuales de aprendizaje» que tiene como objetivo mejorar las condiciones de aprendizaje de los estudiantes y, al mismo tiempo, propiciar la autoformación docente mediante la reflexión sobre sus prácticas y sobre el estado del arte en su disciplina. Secundariamente, esta publicación pretende colaborar en la constitución de tradiciones disciplinares y culturas educativas nacionales.

ISBN: 978-9974-0-1844-0



UNIVERSIDAD  
DE LA REPÚBLICA  
URUGUAY



comisión sectorial  
de enseñanza