

EL SIERVO, UNA PERSONA

Por Maurizio De Oliveira Lagoa Sforza (*)

Introducción

Las corrientes contrarias a la admisión de un concepto concreto de *persona* y en consecuencia a reconocer al siervo como persona en el Derecho Romano, sostienen que la utilización de “*persona*” en las fuentes romanas obedece a un deficiente empleo del vocabulario técnico. Un ejemplo claro de esto nos brinda Bonfante: “Sujeto del derecho o capaz de derechos, es solamente el hombre, ya que *hominum causa omne ius constitutum est*. Pero no todos los hombres eran en la sociedad romana sujetos de derecho. A más de ser hombre, se necesitan otras condiciones esenciales: ser libre (*status libertatis*) y, en cuanto a las relaciones *ius civilis*, ser ciudadanos (*status civitatis*). El hombre que reúne en sí las condiciones que lo hacen capaz de derecho, es llamado con uso ya técnico, aunque no romano *persona*, por lo que la capacidad jurídica toma también el nombre de personalidad” (1); Bonfante eviden-

(*) Relator de la Corte Suprema de Justicia. Becario del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert, para el Corso di Alta Formazione in Diritto Romano de la Facoltà di Giurisprudenza de la Università di Roma, “La Sapienza”, año lectivo 2008-2009. Profesor Auxiliar de las Cátedras de Romano I y II, Sección II, de la Facultad de Derecho de la U.C.A.

(1) BONFANTE, PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Revisado por Fernando Campuzano Horma. Publicaciones del “Instituto Cristóforo Colombo” de Roma. “Instituto Editorial Reus”, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, p. 37.

temente sigue la línea trazada por Schulz (2), quien afirma que hay toda una serie de conceptos importantes para los que los romanos no tienen una expresión técnica. Este autor llega al extremo de sostener que en el Derecho Romano falta una expresión que indique la capacidad jurídica –la persona en el sentido de sujeto de derecho- ya que a su criterio *persona* significa simplemente hombre y por ello *persona* ¡carece de valor técnico!.

En contra de esta postura se ha expresado parte de la doctrina al afirmar: “La ineptitud de la jurisprudencia romana a la síntesis, a las definiciones y a la organización de la materia, es una leyenda, inventada por los críticos modernos, quienes han llegado a conclusiones inmaduras por defectos de investigaciones adecuadas” (3). En todas las fuentes del Derecho Romano, el concepto de persona trasluce la capacidad de protagonizar actos jurídicos, la titularidad de derechos, ser sujeto pasivo en obligaciones y la facultad de recurrir al poder público; es el papel que desempeña el ser humano en la vida jurídica, ya se trate de un siervo actuando en virtud de una *praepositio*, celebrando el *auctoramentum*, reclamando al pretor la protección por los malos tratos del *dominus* o del *sui iuris* celebrando un contrato. La persona es el protagonista principal de la vida jurídica y de ello existen sobradas pruebas en las fuentes, pues ya desde su contenido etimológico resalta la actuación del ser humano en una obra (4), con funciones específicas dentro de ella y en el caso del Derecho, la actuación del ser humano en el mundo jurídico, con sus facultades y deberes.

Esta concepción de personalidad abstracta, no necesariamente identificada con el ser humano y la concepción más concreta, en la que el *homo*, siervo o libre, es persona y protagonista del mundo jurídico romano –que pretende presentarse en este trabajo-, han sido empleadas para la descripción del sistema jurídico romano y en la actualidad, la concepción que podríamos

(2) SCHULZ, FRITZ. I principii del Diritto Romano. Casa Editrice Le Lettere. Firenze, 1995.

(3) Riccobono citado por OLÍS ROBLEDA en: Introduzione allo studio del diritto privato romano. Università Gregoriana Editrice. Seconda Edizione. Roma 1979, p. 111.

(4) Aulo Gellio. Noctes Atticae. Libro V, Cap. VII.

llamar “abstracta” –por considerar al individuo desde una concepción ideal, como un ente racionalizado, concibiendo a la persona como un producto del sistema jurídico- es la que ha prevalecido en la dogmática latinoamericana al analizar el Derecho Romano, con un evidente desmedro de las otras partes del Derecho Romano, en especial del *ius naturale* –que no es el mismo que el Derecho Natural elaborado por los racionalistas del siglo XIX (5)-.

El objeto de este trabajo consiste en establecer qué es persona en el Derecho Romano, identificar los fundamentos de las normas a las que se hará referencia y encontrar herramientas conceptuales que sirvan para un análisis crítico y una mejor comprensión del derecho positivo vigente. No habrá pasado desapercibido al lector el empleo del verbo “ser” en tiempo presente en la expresión “establecer qué es persona en el Derecho Romano”.

Ello se debe a la postura adoptada de ver el fenómeno jurídico como una realidad compleja, provista de distintas partes o dimensiones que interactúan dinámicamente en la producción del Derecho. En este sentido: “Basta un análisis superficial del fenómeno jurídico para descubrir bajo su superficie elementos de diferente índole. Estos elementos pueden someramente designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia”.

“En efecto, si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse ‘lo jurídico’, nos encontramos, en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, abogados, procuradores, escribanos y también por cualquier habitante del país cuando se casa, arrienda un departamento, compra un diario o contrata los servicios del dueño de un medio de transporte; en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en

(5) Justamente porque el *ius naturale* romano busca sus elementos en la realidad natural, en el hecho concreto que no puede ser desconocido por el Sistema Jurídico; mientras que el derecho natural decimonónico responde a la abstracción de la razón, e idealiza los institutos jurídicos, elevándolos a categorías que muchas veces pierden su contacto con el substrato fáctico al que debe ser aplicado.

tercer lugar, conducta y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, sea que su injusticia nos indigne y subleve” (6).

Por tanto, dentro de este marco teórico, podemos afirmar que el Derecho Romano integra el Derecho vigente, a través de la influencia que ejerce sobre el pensamiento jurídico tributario del Sistema Jurídico Europeo Continental –o *civil law*, según la terminología en boga–, en la legislación, en la formación de la ciencia jurídica y en la práctica de los tribunales (7). Es por ello por lo que la forma en que los Romanos empleaban este sistema complejo compuesto por el Derecho Civil, el Derecho de Gentes y el Derecho Natural puede aportar importantes elementos al análisis de las instituciones jurídicas modernas.

Una vez explicitado el marco teórico, corresponde abocarnos al tema de la persona desde la perspectiva del Derecho Romano, como nos ha llegado a través de la Compilación Justiniana. El motivo de ello es que el *Corpus Iuris Civilis* es la fuente que más claramente nos demuestra el desarrollo de las ideas jurídicas romanas, ordenadas y expuestas con un criterio sistémico. Además, debemos agregar que la fiebre interpolacionista de años precedentes ha dado lugar a un análisis más crítico, que permite considerar que la Comisión liderada por Triboniano ha agregado menos de lo que se creía con anterioridad, si bien también se cree que es mucho lo que ha omitido (8). Por

(6) GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción Filosófica al Derecho*. 4ª Edición. Depalma, p. 8.

(7) CATALANO, PIERANGELO. *Alle Radici Del Problema Delle Persone Giuridiche. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano I*. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996.

(8) FALCONE, GIUSEPPE. *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo). Relazione preparata per il Convegno della Società italiana di Storia del diritto (“Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo” – Padova, 25.11.2005) <http://www.unipa.it/dipstdir/portale/scopi%20e%20metodi%20della%20storia/Falcone.pdf>: “Certo, è definitivamente tramontato il mito che l’impiego di una parola o il ricorso ad una concettualizzazione in sé presi siano indizio di manipolazione del testo. E d’altra parte, la maggiore ampiezza di vedute acquisita nella seconda metà del Novecento grazie ai progressi di conoscenza sull’orientamento casistico dei pru-*

tanto, las referencias al Derecho Romano se refieren al estado del mismo al tiempo de la Compilación Justiniana, salvo las referencias que el propio fragmento aporte sobre un periodo anterior y las que sean hechas en forma expresa en el texto del presente trabajo.

Comparación entre el concepto abstracto y el concepto concreto de persona

Pueden clasificarse las interpretaciones que se hacen de las fuentes sobre el concepto de persona en tres grupos: uno, conformado por quienes con-

denes, sul fenomeno del *ius controversum*, sulla formazione culturale dei giuristi e sulla loro cifra di 'intellettuali' ha ormai rivelato che le peculiarità formali e contenutistiche dei testi giurisprudenziali possono ben spiegarsi in relazione al particolare taglio di un'opera, o alla prospettiva derivante dallo specifico contesto, o alla luce di un particolare bagaglio culturale, o tecnica ermeneutica, o 'personalità', o tendenza ideologica del singolo giurista". Esto sin desconocer, como lo señala Falcone, que la probabilidad de una interpolación no puede ser apriorísticamente desechada, sino por el contrario, deberá ser considerada criteriosamente por el estudioso del derecho. Rosanna Ortu resalta la idea de una jurisprudencia dinámica y continúa en el tiempo y que el resultado de la compilación justiniana de ninguna manera puede ser considerado como una creación arbitraria de la escuela bizantina, sino más bien el reconocimiento de ideas formadas con anterioridad: "Al Riccobono va riconosciuto il grande merito di aver contribuito in maniera determinante al rinnovamento nel metodo negli studi romanistici iniziato alla fine dell'ottocento e protrattosi agli inizi del secolo successivo. Il grande Maestro fu l'indiscusso fondatore in Italia del metodo critico interpolazionistico [...] dimostrando «che spesso dottrine estranee al giurista classico, cui apparteneva il frammento, si erano formate nel periodo postclassico, o immediatamente precedente alla compilazione, per opera della prassi» [...] Come afferma Ugo Brasiello «il Riccobono ci fa vedere un diritto classico dinamico, ricco di tendenze e di opinioni diverse e contrastanti, giganteggiante nella personalità dei singoli interpreti»". Salvatore Riccobono nell'Università di Sassari. *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*. N° 3 – Maggio 2004 – Tradizione Romana. <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Ortu-Salvatore-Riccobono.htm> (05/11/2009).

sideran que el concepto de persona corresponda a una imputación o creación del derecho normativo, sin relación particular a cualquier sustrato humano – esta sería la más divulgada en Latinoamérica-; otra la que adopta una especie de postura *iusnaturalista* atenuada y que a partir de ella llegan a la construcción de un *tertium genus* para explicar la “personalidad” de los esclavos y de las personas sometidas a la potestad de un *pater*, quien en definitiva sería el único verdadero titular de derechos; y la tercera, la que parte de una noción concreta y según la que todo ser humano es persona. Las dos primeras corresponden a lo que podría darse por llamar “concepciones abstractas de persona”, mientras que la tercera responde a una “concepción concreta de persona”.

Como ejemplo del primer grupo puede ofrecerse la definición de persona proveída por el diccionario de Derecho Romano del Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario (9): “Con sentido jurídico más concreto, se entiende por persona todo ser o entidad capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones. En el derecho actual persona es sinónimo de hombre, no así en el romano, en que solo tenía tal carácter al ser humano que disfrutase de los tres *status*”. Otros autores, en la misma línea, han señalado que: “La esclavitud antigua redujo al hombre a la condición de una cosa puesta en el comercio. Por consiguiente, el esclavo no podía ser sujeto activo o pasivo de derechos. El concepto de persona fue, pues, restringido en la antigüedad, al hombre libre. Abolida la esclavitud, hombre libre y persona fueron sinónimos” (10). Como representante de la doctrina europea y tajante en este sentido es el parecer de Gaudemet, Jean(11): “Ainsi coexistent deux ordres juridiques, dont l’un concerne la cité et ses membres, l’autre envisage l’homme en tant qu’il appartient à la nature [...] L’esclave est objet et non sujet de droit, cela est vrai selon le *ius civile*, non selon le droit naturel”.

(9) Cuarta Edición. Reus, S.A.. Madrid 1995, p. 528.

(10) DE GÁSPERI, LUIS. Curso de Derecho Civil (Personas). Conferencias dadas en las Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Imprenta Nacional. Asunción, 1929, p. 81

(11) Des “Droits de l’Homme” ont-ils ete reconnus dans l’Empire Romain?. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 33, Año 1987, pp. 7 – 23

Una muestra de lo que podría llamarse el grupo intermedio, que surge de una lectura de las fuentes a través del lente del pensamiento cristiano, es la de Olis Robleda (12). Este autor, a pesar de destacar la relación entre los conceptos de persona, hombre y esclavo y que por ende todo esclavo, por ser hombre, sería persona, expresa que el esclavo no sería un sujeto de derecho. Esta distinción surge como consecuencia de la proyección de los conceptos de derecho subjetivo y derecho objetivo en el análisis de las fuentes y de la estimación del derecho natural como un elemento hasta si se quiere extraño al derecho positivo, que produce “incongruencias” dentro del sistema, punto sobre el cual profundizaremos más adelante.

Las fuentes parecieran indicar, sin embargo, que es otra la dirección que debe tomar la interpretación del concepto de persona: “Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas, y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto perpétuo y aplicándoles títulos adecuados y conexos, según

(12) *Il Diritto Degli Schiavi Nell'antica Roma*. Pontificia Universidad Gregoriana, Año 1976: “Concludiamo ora in generale questo argomento ripetendo quanto sopra abbiamo accennato, e cioè che si dà nella società nel diritto di Roma una persistente, anzi sempre crescente contraddizione riguardo allo schiavo: oggetto e persona congiuntamente. Certo, lo schiavo, come persona, non si dice soggetto di diritto, perché questa nozione comporta una somma minima di diritti e obbligazioni; ma implica anche una partecipazione di soggettività. Dire, infatti, come leggiamo spesso in parte della dottrina che l'essere tenuto lo schiavo come persona non vuol dire, presso i Romani, nel diritto romano, se non che lo schiavo è uomo, un essere intelligente, è non dire nulla. Le esigenze del servo-uomo, con la protezione del diritto civile – qualunque sia il modo in cui essa avvenga – non hanno giuridicamente che il nome di diritti soggettivi; dunque il servo, riguardo a queste esigenze protette, ha una partecipazione di soggettività; altri parlano di limitata capacità. La radice di una tale partecipazione di soggettività si trova dunque nella perenne contraddizione del diritto civile romano nei confronti dello schiavo, che mentre lo tiene in considerazione di oggetto, tien presente anche, evidentemente, e a maggior ragione in periodo post-classico, quanto ereditato dal diritto naturale che combatte continuamente per adeguare quello civile”

lo permita la naturaleza de las cosas" (13). El fragmento transcrito pone de manifiesto que todo el Derecho ha sido creado por causa de los seres humanos, "*hominum*" y que por ello corresponde estudiar primeramente el status de las personas, empleada la expresión "*personarum*" como directamente relacionada a "*hominum*" (14). Cabe recordar que no existe autor que discuta que todo siervo es un "*homo*", así como que todo hombre libre es también "*homo*" (15). La conclusión a la que pretendo llegar no fue construida por un intérprete, sino que se halla sentada en las propias fuentes, en el propio Digesto, tan solo unas líneas más abajo: "Y así, la principal división en el derecho de las personas es esta: que todos los hombres son ó libres, ó esclavos"(16). En suma, podemos afirmar que en las fuentes "*persona*" no es una expresión que denote una abstracción jurídica o una mera imputación de consecuencias jurídicas a un ente, sino todo lo contrario. En las fuentes el ser

(13) HERMOGENIANO; Epítome del Derecho, libro I. **D. 1,5,2**: HERMOGENIANUS libro primo iuris epitomarum. Cum igitur hominum causa omne ius consitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.

(ERMOGENIANO), nel libro primo Delle epitomi di diritto. Essendo stato tutto il diritto costituito per gli uomini, tratteremo dapprima dello stato delle persone e, dopo, degli altri temi, seguendo l'ordine dell'editto perpetuo e congiugendoli in titoli pertinenti e connessi, come lo permette la materia.

(14) BACCARI, MARIA PIA. Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità. *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 61, Año 1995, pp. 759 - 765: La autora pone de relieve el empleo del concepto "hombres", conjuntamente con la idea de crecimiento de la urbe ya en Livio 1.8.

(15) CATALANO, PIERANGELO. Diritto, Soggetti, Oggetti: Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12. Pp. 97 - 117: "Esemplare è la applicazione della lex Cornelia de sicariis et veneficis per reprimere l'uccisione di un uomo servo. Nel linguaggio legislativo, e in generale giuridico, il termine homines comprende sia i liberi sia i servi: anzi, quasi per antonomasia homo indica il servo".

(16) GAYO; Instituciones, libro I. **D. 1,5,3**: GAIUS libro primo institutionum. Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

humano es persona y el derecho nace por causa del hombre, es decir, el derecho no creó a la persona, ni es anterior a ella.

El ser humano, concepto concreto de persona

Esta lectura puede verse en la obra de autores como Pierangelo Catalano, quien considera que para los antiguos juristas romanos las nociones de “*homo*” y “*persona*” evidenciaban diversos aspectos de una única realidad concreta: el ser humano.

Igualmente en este sentido podemos mencionar a Maria Pia Baccari, quien sostiene: “En el título V del Libro I del Digesto, bajo la rúbrica *de statu hominum*, el primer fragmento es propio de Gayo, a quien debemos la sistemática del *ius*, actual aun en nuestros días, que pone en el primer lugar a las *personae*. El tercer fragmento atañe la *summa de iure personarum divisio* (según la terminología y la sistemática gayana), esto es aquella entre libres y siervos: todos los hombres (*omnes hominis*) o son libres o siervos (*aut liberi sunt aut servi* D. 1.5.3). Entre el primer y el tercer fragmento del Digesto está puesto el muy notado fragmento de Hermogeniano: ‘todo el derecho es constituido por causa de los hombres’ (D. 1.5.2). Giorgio La Pira concluía un artículo escrito en 1934 con una crítica al tecnicismo jurídico cuando desconozca que *hominum causa ius constitutum est* y caiga en el abstratismo” (17). También puede mencionarse a Micaela Lubrano, quien reporta las conclusiones que parte de la doctrina ha alcanzado en este sentido: - la necesidad, para una correcta interpretación de las fuentes, de prescindir de la aplicación de categorías abstractas propias de los modernos ardenamientos positivos; - la concreción y tecnicidad de los conceptos de *persona* y de *homo* en el sistema jurídico romano y la coincidencia de los dos conceptos, que se referían a todos los hombre concretamente considerados (18).

(17) *Successioni e persone concepite* (Da Gaio a Giorgio La Pira). Studi in Onore di Remo Martini. Giuffrè editore, 2008, pp. 128, 129.

(18) Significati di ‘persona’ nel diritto romano (Schema riassuntivo). XXVIII Seminario Persona e Popolo, Da Roma a Constantinopoli a Mosca, Campidoglio, 21 – 23 aprile 2008.

Catalano, autor ya citado, señala que el “derecho constituido por causa del hombre”, comprende igualmente al siervo, ya desde la edad más antigua y agrega que la aseveración según la que el siervo es “objeto” y no “sujeto” de derechos es errónea por dos motivos principales: a) en primer lugar obvia el dato histórico de la participación activa de los siervos en las varias esferas del “*ius*”, tales como el “*ius sacrum*” –al que destaca como antiquísimo-, al “*ius naturale*” –que señala como más reciente en su formación como categoría, pero igualmente relevante-; b) el segundo motivo, está dado por una cuestión metodológica, ya que se introduce la noción de “sujeto de derecho”, que sería extraña a las fuentes y lo que es más grave, inadecuada para captar el dato histórico, por ser muy genérica por un lado –pues implica una abstracta subjetividad jurídica- y muy restringida por otro lado –ya que supone una juridicidad aislada de la religión y la moral- (19).

El que esta referencia a la persona en sentido concreto sea presentada en ocasión de hacer referencia a la división más importante entre las personas, y en oportunidad de tratar el primer tema del *ius romanorum*, tiene que ver con la idea de “principio” empleada en las fuentes –particularmente en las Instituciones de Gayo y en el Digesto- y cuyo contenido fue desarrollado por la doctrina romanista más respetada: “El perfil conceptual del término ‘*principio*’, que podría tener el significado de ‘módulo / elemento primo’ del sistema, parece converger con el de ‘inicio’ de alguna cosa, para llegar a un significado de ‘inicio en sentido fuerte’, esto es, inicio tal que ‘da forma’ a los desarrollos sucesivos” (20). Por ende, esta idea de persona en sentido concreto puede y debería ser vista como principio fundante de toda la sistemática del

(19) CATALANO, PIERANGELO. *Alle Radici Del Problema Delle Persone Giuridiche. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano 1.* G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996, pp. 163 – 188

(20) SCHIPANI, SANDRO. *Premessa. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandete dell’Imperatore Giustiniano. Testo e Traduzione.* A cura di Sandro Schipani con la collaborazione di Lelio Lantella. Mvltta Pavcis AG. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2005. Pp. xxv. Cabe destacar además que el autor refiere que esta idea es utilizada por Gayo y retomada por los juristas de Justiniano, resaltando la importancia fundante del principium para todas las cosas y por ello necesario para el estudio del derecho.

Derecho Romano y sin embargo, ha sido omitida por una muy importante parte de la doctrina romanista.

Las categorías “derecho objetivo” y “derecho subjetivo” a la raíz de la desnaturalización del concepto romano de persona

Al seguir con la línea expuesta en el párrafo anterior, corresponde analizar la causa de la desnaturalización del concepto de persona en el Derecho Romano, que está dada por el empleo de conceptos y categorías extrañas al análisis del sistema del Derecho Romano.

Un caso emblemático está dado por la obra de Olis Robleda (21). Para el autor, quien tuvo el mérito de destacar que el siervo era titular de derechos, las concepciones de derecho objetivo y derecho subjetivo pueden encontrarse en las fuentes. Sobre la concepción de derecho subjetivo, afirma el autor: “Según lo cual, por tanto, también el derecho en su aspecto subjetivo debe yacer como algo primario en el fondo del ordenamiento Romano”.

Esta distinción entre derecho subjetivo y objetivo a su vez produce como consecuencia que a pesar de que exprese que el esclavo es persona, el siervo no sería “sujeto de capacidad jurídica”, sino solamente un participante de la *ratio subiecti iuris del dominus*.

En este sentido es interesante la lectura que hace Carlo Castello (22) de la obra de P. Robleda, ya que desnuda la influencia de conceptos como derecho subjetivo y derecho objetivo en la interpretación del Derecho Romano que hizo el maestro español. Destaca Castello que para Robleda sujeto de derecho con capacidad jurídica, propiamente hablando, haya sido tan solo el “*paterfamilias*”; en vez, todas las personas “*alieni iuris*” al él sometidas, incluidos los siervos, habrían tenido “una participación de la *ratio subiecti iuris*”. Continúa señalando Castello que con esa expresión Robleda pretendía

(21) La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, 80, Año 1977, pp. 23 – 41.

(22) Olis Robleda S. I., *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 42, Año 1976, pp. 576 – 590.

poner en evidencia en un modo muy breve que los *alieni iuris* desenvolvían una actividad a favor del *pater* dentro de la *familia* y la *res publica*, pero que estaban siempre sometidos a obligaciones particulares; pero aún así se beneficiaban de determinados derechos limitados gracias al vínculo que les unía al *pater*.

Esta interpretación produce la creación de una tercera categoría “los sujetos con participación en la subjetividad del *pater*”. La creación de esta categoría carece de arraigo en las fuentes y desconoce que las personas sometidas a la potestad del *pater*, incluidos los siervos, gozaban de derechos efectivamente, pero no solamente limitados a aquellos derechos que les correspondían como participantes de la subjetividad del *pater*, sino por el contrario, gozaban de derechos que podían ser opuestos inclusive al propio *pater* –como se mostrará más adelante-. La participación en la subjetividad del *pater* es técnicamente insuficiente para explicar el fundamento de estos derechos que son ejercidos justamente contra la persona de quien “derivaría” la capacidad jurídica de las personas sometidas a potestad. La única explicación plausible de tal capacidad radica en el reconocimiento de una existencia concreta como persona también a las personas sometidas a la potestad –incluidos los siervos-, ya que de lo contrario, cuando el interés de la persona sometida a la potestad sea contrario al interés del *pater* o *dominus* de quien deriva su “personalidad”, se extinguiría su legitimación activa, pues carecería de un interés que le pueda ser opuesto a este –vale repetirlo, ya que los intereses que podría invocar el siervo se hallarían limitados a aquellos que pueda tener como participante en la *ratio subiecti iuris* del *dominus*-.

Otro autor que afirma que la categoría “derecho subjetivo” puede ser encontrada en las fuentes es Carlo Gioffredi (23), quien sostiene: “Si può dire che il diritto romano giunge alle soglie del concetto di diritto subbietivo, senza tuttavia varcarle” –p. 236-; “Manca tuttavia nell’esperienza romana un concetto unitario di *ius* in senso soggetivo come complesso di facoltà attribuite a un soggetto, derivante da una norma, istituto che nella concezione moderna, ed avvertitamente, per una esigenza dialettica, finisce con l’essere contro-

(23) Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano. *Bullettino dell’istituto di Diritto Romano ‘Salvatore Scialoja’*, 70, Año 1967, pp. 227 – 238.

pposto al diritto in senso oggettivo” –p. 238-. Es destacable que a criterio del autor, tal carencia de un concepto de derecho subjetivo en el sentido antedicho –de delimitar precisamente el contenido del “derecho subjetivo”-, no es algo necesariamente malo, puesto que sería útil para atenuar el excesivo unilateralismo que el concepto ha tomado en nuestros días. Sin embargo, cabría ponerse el punto de si los romanos necesitaban tal concepto, en el sentido de que *ius* y todo lo que ello implica, está enmarcado dentro de un esquema en el que el protagonista individual de la vida jurídica –por no decir sujeto, que es empleado en sentido diverso en las fuentes- no puede ser imaginado fuera de un conjunto de personas y que la sociedad o conjunto de personas no puede imaginarse sin la participación de individuo. Ver en este sentido las propias definiciones de las tres partes del derecho privado que nos reporta el Digesto y la definición de *populus* proveída por Cicerón (24). En este esquema, no se podría hablar de una preponderancia ni del derecho subjetivo, ni del derecho objetivo; ni de un beneficio colectivo en perjuicio del individuo, ni de un individuo con pretensiones contra la colectividad. Necesariamente todo lo beneficioso para la colectividad lo sería para el individuo y viceversa. En este tipo de sistema una concepción del tipo propuesto por el autor, donde se distingan derechos objetivos y subjetivos como contraposiciones antagónicas, parecería superflua cuanto menos.

Es por ello por lo que adherimos a la postura del Profesor Pierangelo Catalano (25) cuando afirma: “Las cuestiones sobre la ‘subjetividad’ del sier-

(24) “Coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus”, Cicerón, De Rep. 1,25,39. Sobre *populus*: “El concepto de *populus Romanus Quirites* implica una realidad de estrechas relaciones sociales” (CATALANO, PIERANGELO. *Populus e pars populi*. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano 1. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996, p. 189); “*Populus Romanus Quirites* [...] no indica de hecho un ‘ente ideal’, sino una pluralidad de hombres ‘reunidos’ o ‘unidos’ (y en tanto tales *populos* y *Quirites*)” (CATALANO, PIERANGELO. *Alle Radici Del Problema Delle Persone Giuridiche*. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano 1. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996, pp. 163 – 188).

(25) Diritto, Soggetti, Oggetti: Un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12. ¿?, pp. 97 – 117: “Le questioni circa la ‘soggettività’

vo y del nascituro, si referidas al *ius Romanorum*, están mal puestas científicamente. La autoproyección del concepto de 'sujeto' puede traer consigo absurdidades dogmáticas: ¡baste decir que hay quien ha querido traducir *sui iuris* como 'sujeto de derecho'!".

La idea de sujeto de derecho no puede ser aplicada al estudio del Derecho Romano sin desnaturalizar conceptos claros contenidos en las fuentes. Una de las razones principales de tal desnaturalización está dada por el hecho de que el "sujeto de derecho", ideado por la doctrina decimonónica no puede hallarse sometido a ninguna potestad, su libertad debe ser plena e irrestricta. En este sentido, quienes adoptan la Teoría Clásica del Estado Liberal de Derecho asumen como postulados, siguiendo a Kant, lo siguiente: a) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; b) La igualdad del mismo respecto de todos los demás como súbdito; c) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano" (26). En este sentido, además: "En el pensamiento kantiano la idea de derecho surge de la existencia exterior de libertad, en relación entre los arbitrios de las personas" (27).

La noción clásica de sujeto de derecho se basa en un ideal del racionalismo, en un ente libre, racional y autosuficiente (28). Esta noción completamente desarraigada de la naturaleza humana no tuvo en cuenta los hechos concretos de desigualdad, que luego fueron reconocidos por la legislación y

del servo e del nascituro, se riferite allo *ius Romanum*, sono scientificamente mal poste. L'autoproiezione del concetto di 'soggetto' può trarre seco assurdità dogmatiche: basti dire che vi è chi ha voluto tradurre *sui iuris* con 'soggetto di diritto'!"

(26) DE VEGA GARCÍA, PEDRO. La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*). *Responsa Iurisperitum Digesta*. Vol. V. Aquilafuente. Ediciones Universidad Salamanca, p. 49.

(27) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario – 2003, p. 86.

(28) "La racionalidad del valor de cambio del capitalismo temprano forma la base del modelo de argumentación de la lógica de la subsunción. En este modelo, el punto de partida de la argumentación está constituido por la

la doctrina (29), tales como la situación del trabajador en estado de dependencia, la situación del consumidor y, por supuesto, las cuestiones de género (30). En otras palabras, el ser humano tiene derechos fundamentales que deben ser reconocidos, pero que son frecuentemente avasallados por la realidad social. El sistema jurídico no puede desconocer esta realidad con la presunción de que todo acto realizado por la persona ha sido una exteriorización de su autonomía de la voluntad, a pesar de las situaciones concretas que afectan al individuo –reconocidas a su vez por medio de institutos tales como la imprevisión, la lesión y otras, que no habían sido incluidas en las codificaciones del siglo XIX, regidas enteramente por la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad-.

Esta abstracción, como ya se ha dicho, impropia de la sistemática romana, hace su irrupción en el estudio del Derecho Romano a través de la pandectística alemana, como nos lo hace notar Pierangelo Catalano: “Todo ello se aclara ulteriormente, poco a poco, a partir de la primera mitad del ochocientos con las obras de Heise y de Savigny. Utilizando los conceptos de ‘sujeto de derecho’ y de ‘persona jurídica’, Savigny cumple una obra al mismo tiempo historiográfica y dogmática [...] Del punto de vista histórico – jurídico el hecho más significativo (y grave de consecuencias también historiográficas) es que en el seno de la reflexión moderna sobre ‘persona’ y sobre el ‘Estado’, en aquel techo filosófico o cruce teórico del idealismo (sea liberal, sea facista) y del materialismo, que es constituido por el pensamiento de Hegel, las abstracciones conceptuales propias de la edad moderna son derramadas sobre

norma jurídica misma y la previsibilidad de las decisiones jurídicas es un valor central”. WILHELMSOM, THOMAS. ¿Racionalidad de las necesidades en el derecho privado? DOXA 5 (1988), p. 297.

(29) “Muchos autores han apuntado el aumento de disciplinas jurídicas relativas a la persona como el Derecho de los niños, de los extranjeros, el de los presos, el de los enfermos, el de los consumidores y el de las mujeres”. WILHELMSOM, obra citada, pp. 300 – 301.

(30) Al punto que en nuestros días no es extraño hablar de “crisis de la autonomía de la voluntad”, “crisis del contrato”, etc., ante la ineficacia de los institutos del derecho decimonónico para proteger las situaciones concretas que son resultado de la interacción social.

los antiguos y atribuidas (retazando inteligentemente elementos de las fuentes) a los Romanos” (31).

El sirvo según el concepto concreto de persona y la glosa “*Libertas ad D. 1,5,4*”; Libertad natural, consecuencia y supuesto necesario de cualquier derecho

El Derecho Romano no es una realidad simple, monocromática y unidimensional. En realidad ningún sistema jurídico lo es, lo que ocurre es que pocos sistemas jurídicos han reconocido tan expresamente como el Romano la complejidad de la realidad jurídica.

Por ello, no debe dudarse en afirmar que el Derecho Romano esta compuesto de partes, tonalidades y dimensiones que no pueden ser analizadas sin considerar las influencias recíprocas de cada parte en el conjunto y de este en cada una de ellas.

En este sentido es tajante D. 1.1.1.2: “El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, ó de los de gentes, ó de los civiles” (32). De muchas maneras se ha tratado de explicar la función que desempeña dentro del Sistema Jurídico Romano el derecho natural, este

(31) “Tutto ciò si precisa ulteriormente, via via, sino alla prima metà dell’ottocento con le opere di Heise e di Savigny. Utilizzando i concetti di ‘soggetto di diritto’ e di ‘persona giuridica’, Savigny compie opera insieme storiografica e dogmatica [...] Dal punto di vista storico-giuridico il fatto più significativo (e grave di conseguenze anche storiografiche) è che proprio al sommo della riflessione moderna sulla ‘persona’ e sullo ‘Stato’, in quel tetto filosofico o crocevia teorico dell’idealismo (sia liberale sia facista) e del materialismo, che è costituito dal pensiero di Hegel, le astrazioni concettuali proprie dell’età moderna vengono rovesciate sugli antichi ed attribuite (ritagliando inteligentemente spunti delle fonti) ai Romani”. Alle Radici Del Problema Delle Persone Giuridiche. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualità Del Sistema Romano 1. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión. Año 1996, pp. 163 – 188.

(32) “Ulpianus libro I Institutionum. “Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilis”.

derecho que fácilmente se distingue de los demás por ser común a todos los animales (33).

La postura que más adeptos encuentra es aquella que tiende a negar relevancia al *ius naturale* en la aplicación del sistema y en la interpretación de sus normas, relegándolo a una especie de estándar moral –que tampoco integraría el sistema jurídico– que produce sus efectos al momento de legislar –tal vez–, pero sin una verdadera función al confrontarse con las demás partes del derecho privado, es decir, contra el *ius gentium* o el *ius civile*.

En este sentido puede leerse la opinión de Giambatista Impallomeni, quien afirma que el derecho natural constituye una especie de ordenamiento ético y filosófico, no integrante del derecho positivo y que por ello parecería carecer de aplicación en el mundo jurídico concreto: “Va inoltre aggiunto che in Ulpiano il richiamo a la natura è metagiuridico: di qui oltretutto la verosimiglianza che egli non abbia inteso attribuire una vera titolarità del diritto nemmeno al morto. Ciò trova conferma nel verbo *videtur*, che attenua molto la portata dell’affermazione, e sembra sottolineare più un dato dell’esperienza comune, che non un concetto strettamente giuridico. Atteso tutto D. 2,7,4 si concilierebbe con la tesi che vede nella res religiosa una res nullius [...] 67. Si ricordi che il diritto naturale, secondo Ulpiano, D. 1,1,1,3, *est quod natura omnia animalia docuit*. Tratterebbesi pertanto di un ordine normativo a sé stante, il quale, rispetto al diritto positivo, starebbe su di un piano trascendente, che potremmo dire etico e filosofico, come appare del resto confermato da D. 1,1,4”.

En forma un tanto más atenuada, pero aún sin reconocer una verdadera función al derecho natural dentro del sistema, Jean Gaudmet señala que los romanos reconocían una *libertas naturalis*, y que esta concepción formó parte

(33) **D. 1,1,4:** ULPIANUS libro primo institutionum. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.

ULPIANO; Instituciones, libro I. Derecho de gentes es aquel de que usan todos los pueblos humanos; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque este es común a todos los animales, y aquel a solos los hombres entre sí.

de la compilación justiniana, pero pone en sombra de dudas la autenticidad del texto de Florentino y expresa que la definición de libertad natural de Florentino sería una “*notion de portée philosophique, plus morale que juridique*” (34); postura que a su vez lo lleva a afirmar el carácter de objeto de derechos de los esclavos en el Derecho Romano, y para fundar tal aseveración expresa: “Ainsi coexistent deux ordres juridiques, dont l’un concerne la cité et ses membres, l’autre envisage l’homme en tant qu’il appartient à la nature [...] L’esclave est objet et non sujet de droit, cela est vrai selon le *ius civile*, non selon le droit naturel” (35).

Otro enfoque es el dado por autores como Joseph Modrzejewski (36), quien resalta la concepción dual de un Derecho Natural distinto del Derecho de Gentes en Ulpiano y el impacto favorable que representó en la situación de los esclavos tal reconocimiento de un Derecho Natural, común a todos los seres vivientes. O como más claramente lo señala Eleonora Cavallini (37), quien enfatiza las soluciones dadas por la jurisprudencia romana, por medio de las cuales se integran los distintos elementos del *ius –civile, gentium, naturale-* y los efectos concretos que tal integración reportó en cuanto al reconocimiento de la “personalidad” de los esclavos arraigada en la humanidad de los mismos, en especial al resaltar la validez del legado al siervo, constituido como restitución de un débito: “Di rilievo in tal senso un passo di Giavoleno [...] (D. 35,1,40,3). Ai capziosi argomenti di chi nega la validità del legato al servo a titolo di restituzione di un debito (in quanto. Secondo lo *ius civile*, il dominus non può avere debiti nei confronti del *servus*), Giavoleno preferisce un’interpretazione che tenga conto dello *ius humanum* (per usare la espressione di Seneca), nonchè delle reali intenzione del testatore, per il quale evidentemente, il *debitum naturale* va onorato al pari di quello *civile*” (38). Sostie-

(34) Le Peuple et le Gouvernement de la Republique Romaine. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 11, Año 1965, pp. 147 – 192.

(35) Des “Droits de l’Homme” ont-ils ete reconnus dans l’Empire Romain?. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 33, Año 1987, pp. 7 – 23.

(36) “Aut nascuntur aut fiunt”: Les schemas antiques des sources de l’esclavage. Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’, 76, Año 1973, pp. 1 – 25.

(37) Legge di natura e condizione dello schiavo. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 40, Año 1994, pp. 72 – 86.

ne, por otra parte, que la adopción por parte de Justiniano de la postura expuesta por Ulpiano, Javoleno, Marcelo y Florentino, habría estado influenciada por la formación cristiana del emperador –p.83-. Esto sin embargo plantea diversos problemas, ya que los juristas citados no eran cristianos, por lo que puede afirmarse que esta es una solución pre cristiana o, inclusive, pagana. Sin embargo, sobre el punto es abundante la doctrina que apoya esta postura –ver Troplong y “La influencia del Cristianismo en el Derecho Romano”-.

Fundamental para demostrar la función del derecho natural en el Sistema del Derecho Romano es D. 1.5.4: “Libertad es la natural facultad de hacer lo que place á cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza, o por la ley” (39). Si la libertad es una facultad natural, si la libertad pertenece al orden de las instituciones del *ius naturale*, no sería ilógico reconocer que el esclavo es en cierta medida libre, salvo aquello que le está vedado por la fuerza o por el derecho (40). Ello implica que existe una órbita de facultades dentro de la cual se desarrolla la actividad jurídica del siervo, no limitada a la “participación en la subjetividad del *pater*”, sino independiente, autónoma y oponible a este.

El modo o técnica tradicional de interpretar es el expuesto por Marcel Morabito (41) al analizar la situación del siervo en la compilación justiniana. Es decir, tomar una institución y compararla e interpretarla de acuerdo a lo dispuesto por las Instituciones y el Digesto, sin una prevalencia de uno sobre el otro, lo que lo lleva a expresar que el esclavo ocupa una posición ambigua, entre persona y cosa en el Derecho Romano: “Au total, une analyse quantitative révèle non seulement que l’esclave occupe dans les Institutes et

(38) Destacamos además, que el problema de la esclavitud y su inadecuación a la naturaleza ya habría sido propuesto por los Sofistas, con la célebre oposición de Aristóteles –ver Akropolis de Manfredi, respecto de una lectura más justa sobre los Sofistas-.

(39) Florentinus libro nono institutionum. “Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur”.

(40) Preferimos traducir “ius” con la acepción “derecho”, por considerarla ésta más acorde que la limitada expresión “ley”.

(41) Esclavage et enseignement du droit: Les Institutes de Gaius. INDEX. Quaderni Camerti di Studi Romanistici, 15, Año 1987, pp. 51 – 61

dans le Digeste une place identique, mais encore que la conception de l'esclavage est également la même: une conception en apparence ambiguë qui représente tantôt l'esclave comme un partenaire juridique valable, tantôt qui insiste sur sa nécessaire soumission, le ramène au rang d'objet patrimonial". El autor llegó a esta conclusión luego de un estudio estadístico entre el empleo de diversas palabras en el digesto y en las instituciones de Justiniano, fruto de una interpretación conjunta de ambos textos, como ya fuera indicado. Aplicando este tipo de razonamiento, maestros de gran talla han llegado a afirmar: "La libertad es definida en las Instituciones como aquella facultad natural de hacer lo que se quiere, menos lo que está vedado por el derecho o impedido por la violencia. Tal definición hace referencia a la libertad en sentido jurídico [...] Pero esta libertad de disponer como se quiere de la propia persona y de los propios actos en los límites establecidos por el Derecho, no es en la sociedad antigua reconocida a todos los hombres. Los que la tienen, se llaman libres; los que están privados absolutamente de ella, siervos, o sea lo que nosotros llamamos esclavos. El esclavo no tiene ni *connubium* ni *commercium*; no es sujeto, sino objeto de derechos" (42).

Otra forma de interpretar es la expuesta por Guiscardo Moschetti, al comentar la ética de la glosa de D. 1.5.4. A partir de la glosa gl – *libertas* ad D. 1,5,4] "*Definitur hic libertas secundum ius quo est inventa, idest secundum ius naturale (secundum Irnerium), unde etiam libertas servi definitur.*

Servus enim potest facere quod vult, inspecto iure naturali, nisi vi, id est facto, aut iure quolibet prohibetur"; Moschetti afirma que Irnerio habría revolucionado la interpretación de la *libertas*. En términos del autor, cuyo texto traducimos a continuación: "Como cada uno nota, Irnerio estudiando el Digesto, que presenta la definición de la '*libertas*' en estrecha unión con el fragmento que delimita, sin embargo, históricamente la formación de la esclavitud, toma una unidad de orden conceptual y moral, como para poder atribuir inclusive al esclavo la fundamental potestad de la libertad" (43). La pregunta

(42) BONFANTE, PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Revisado por Fernando Campuzano Horma. Publicaciones del "Instituto Cristóforo Colombo" de Roma. "Instituto Editorial Reus", Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, p. 41.

obligatoria es si Irnerio expuso una nueva interpretación de la *libertas* —como afirma el autor— o una correcta interpretación de las fuentes, donde derecho natural, de gentes y civil actúan en forma coordinada como elementos de un mismo sistema. La segunda opción es la que debe primar, dado que las Institutas son una “simplificación” del contenido más substancial expuesto en el Digesto y por ello aquellas deben ser interpretadas en función de lo dispuesto por el Digesto. Por ello, puede afirmarse con el glosador que para el Derecho Romano el siervo puede hacer aquello que quiera, según el derecho natural, siempre que no le esté prohibido hacerlo por la fuerza o por el derecho.

La conclusión es, pues, estremecedora. El siervo es libre, en virtud de la definición de libertad natural reconocida por las fuentes e integrante del sistema como una institución del *ius naturale* y esta libertad natural produce efectos jurídicos siempre y cuando sea ejercida dentro del ámbito establecido por el *ius* y, como ya es sabido, la esclavitud no es contraria al *ius privatum*, pero por ello mismo debe ser ejercida dentro de los límites del *ius*.

Algunos podrán preguntar si existe alguna referencia directa a la aplicación del concepto de libertad natural de Florentino en algún texto de la compilación Justiniana, en el que se juzgue si quien actuó libremente fue un esclavo. La respuesta es afirmativa y se halla en **D. 29,2,6,7 in fine**: “Escribió Celso en el libro décimo quinto del Digesto, que está determinado, que el que constreñido por el miedo de palabras o por algún temor hubiere adido la herencia engañado, no se hace heredero, si fuera libre, **y no hace heredero a su señor, si fuere esclavo**” (44). Si el siervo actuó sin libertad, constreñido por

(43) Eticità della glossa d'Accursio sotto l'aspetto della Libertà dell'Uomo. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 35, Año 1969, pp. 23 – 50: “Come ognuno nota, Irnerio studiando il Digesto, che presenta la definizione della libertas in stretta unione con il frammento che delimita, invece, storicamente la formazione della schività, coglie una unità d'ordine concettuale e morale, così da poter attribuire anche allo schiavo la fondamentale potestà della libertà”.

(44) ULPIANUS; libro VI. ad Sabinum. “Celsus libro quintodecimo Digestorum scripsit, eum, qui meto verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere”. Lo más relevante de este paso es la refe-

una amenaza, su declaración de voluntad no producirá el efecto jurídico, ya que el acto no fue libre. Esta solución no debe extrañar, ya que es una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho natural, del concepto de libertad natural y de las realidades sociales.

Puede aún alegarse que es de esperar que ello así sea, ya que el interés protegido en esta solución es el del propietario del esclavo y que por ende, es en esencia por la participación en la subjetividad de este que se considera una especie de arbitrio a favor del esclavo. Sin embargo, como veremos a continuación, el siervo tiene derechos, oponibles a la colectividad y a su propio *dominus*. Cabe apuntar que ello no implica desconocer que muchas instituciones romanas fueron inhumanas y que la economía del imperio se basó en la explotación de la esclavitud. Tales abusos existieron, fueron más o menos tolerados por la sociedad según el momento histórico y no fueron extraños, como tampoco lo es el hecho de que el tráfico de armas, el tráfico de personas –en especial con fines de prostitución forzada– y otras conductas ilícitas constituyen las formas más rentables de crímenes en la actualidad. Aún hoy la esclavitud existe, pero ello es tema que no puede ser abordado en este trabajo(45).

rencia a la coacción moral sufrida por el siervo, ya que el derecho o interés sería aún aquél de su *dominus*. Este no es el único caso donde la autonomía o libertad natural del siervo es ampliamente reconocida por el derecho en su actuar. Piénsese en los casos de *praepositio* de un siervo como *magister navis*, la *praepositio institoria*, o inclusive el caso del siervo que actúa en la gestión de un *peculio*. Merece un estudio profundo la relevancia que figuras tales como el dolo, el miedo y la violencia pueden tener en los negocios concertados por un siervo prepuesto. Estoy convencido, sin embargo, de que dicho estudio forzosamente debe tomar como punto de partida la concepción de libertad natural y el precedente del fragmento precitado, en el que se reconocen los efectos de la coacción moral y que perfectamente justificaría una aplicación analógica a otras situaciones.

(45) Maurice Troplong reporta vívidos relatos de Séneca, Plutarco y Petronio como prueba de los abusos cometidos por los patrones romanos (La influencia del cristianismo en el derecho civil romano. Versión castellana Dr. Santiago Cunchillos Manterola. DEDEBEC, Ediciones DESCLÉE, DE BROUWER, Buenos Aires, pp. 92, 93). Sin embargo, esclavitud y explota-

Pero, si es posible afirmar, como Mommsen, que en Roma existían libres y ciudadanos, sometidos a la potestad de un *pater*, potestad que “constituía un verdadero derecho de propiedad”, pero que aun cuando “la mujer y el hijo eran, como se ve, una cosa del padre; si bajo esta relación eran considerados como el esclavo y como el ganado, bajo otras estaban muy lejos de confundirse con el patrimonio del *pater*; su posición estaba perfectamente determinada de hecho y de derecho. El poder del padre de familia solo se ejerce en

ción –de todo tipo- son realidades acuciantes que aún nos afectan en nuestro tiempo, mediante el empleo –en gran parte de los casos- de recursos jurídicos abusivos, que encuentran sustento en la aplicación de abstracciones conceptuales que permiten el endeudamiento ilimitado, inmoral y fraudulento de las víctimas de explotación: “El procedimiento más frecuentemente utilizado para mantener en condiciones de trabajo forzoso a los trabajadores de la región (Brasil, Bolivia, Paraguay y Perú) es la servidumbre por deudas. En este sistema, los intermediarios reclutan trabajadores agrícolas ofreciéndoles adelantos salariales, y los trabajadores aceptan devolver esos adelantos con su trabajo o el producto de su trabajo. No obstante, una vez que llegan al lugar de trabajo, descubren que han sido engañados por los intermediarios y comprueban que el valor de su trabajo no se tiene debidamente en cuenta a la hora de reembolsar el adelanto” (OIT, Organización Internacional del Trabajo. Resumen Ejecutivo. Trabajo Forzoso: Coerción y explotación en la economía privada. Compilado por Beate Andrees y Patrick Belser). Las prácticas continúan siendo tan brutales como hace dos mil años y los números abrumadores, ya que según algunas estimaciones el número de personas explotadas alcanzaría los 23.000.000 de personas: “Se cree que 126 millones de niños entre 5 y 17 años realizan trabajos peligrosos, excluyendo el trabajo domestico. La OIT estima que hay más niñas menores de 16 años empleadas en el servicio doméstico que en cualquier otro tipo de trabajo infantil. Los niños representan el 40-50 por ciento de todas las víctimas de trabajo forzoso [...] Cada año, se trafica con 12.000 niños nepalíes, en su mayoría niñas, destinados a la explotación sexual. 28.000 niños menores de 18 años, la mitad de entre 10 y 14 años, están obligados a ejercer la prostitución en Sudáfrica. 150 millones de niñas menores de 18 años han padecido violaciones u otras formas de violencia sexual” (La IE –Internacional Education- llama a un esfuerzo global para detener la violencia contra las niñas. <http://www.ie-ie.org/gender/es/newsshow.php?id=355&theme=gender&country=global>

el interior de la casa, es vitalicio, es una función personal en cierto modo”(46); no entendemos cómo no sería idóneo afirmar lo mismo sobre el siervo. El siervo es, pues, una persona con una ‘posición perfectamente determinada de hecho y de derecho’, que aun debiendo obediencia al dueño, no está obligado a tolerar aquellas órdenes que atenten contra su integridad y desconozcan su carácter de *homo*, tutelado por el *ius romanorum* a través del *ius naturale*.

Si el lector no está dispuesto a reconocer la reacción de la autoridad imperial contra estos abusos de los patrones, prueba suficiente del reconocimiento *ab initio* del siervo como persona en el Derecho Romano, debe llamarse a la atención que en el Digesto la esclavitud es presentada como una medida que –en sus orígenes- buscó atenuar el rigor del derecho de guerra: “D. 1.5.4 (Fl. 9 inst.) 2. *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent*. La clemencia encuentra la propia justificación en la parentela entre todos los pertenecientes a la *societas* humana y en la consiguiente prohibición de lastimar al propio igual [...] Asesinar al enemigo es legítimo hasta tanto sea capaz de perjudicar, no lo es más una vez que haya sido neutralizado con la prisión [...] Florentino define, de hecho, la esclavitud como una condición *contra naturam*, una situación accidental que no determina el venir a menos del ligamen de *naturalis cognatio* entre *dominus* y *servus* desde el momento que ambos permanecen *homines*”(47). En este sentido, las medidas tomadas por la autoridad imperial, que conforme con D. 1.4.1 son equiparadas a la *lex*, vienen a reconocer un derecho previo a la existencia de una legislación establecida por medios formales, ya que la *lex* tiene por objetivo corregir las transgresiones voluntarias o involuntarias, imponer aquello que se debe hacer y prohibir aquello que no se debe hacer –D. 1.3.2-.

(46) Mommsen, Teodoro. Historia de Roma. Traducción de A. García Moreno. Joaquín Gil Editor. Buenos Aires, MCMLIII. Tomo Primero, p. 98.

(47) QUEZOLI, SERENA. Lo «stoicismo imperfetto» di Fiorentino. Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Nuova Serie – Vol. V (1991) <http://annali.unife.it/giuri/1991/stoicismo.pdf> En idéntico sentido: ORTU, ROSSANA. Praeda Bellica: La guerra tra economia e diritto nell’antica Roma. Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana: N° 4 – 2005 – Memorie. <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Ortu-Salvatore-Riccobono.htm> (05/11/2009).

Algunos derechos del siervo reconocidos en la doctrina y en las fuentes

Aquí es donde se busca demostrar en forma clara, pero sin pretender realizar una exposición exhaustiva, que el siervo es persona, con una esfera de libertad e intereses independientes de aquellos de su *dominus*. Es indiscutible que el Derecho Romano estableció para las personas sometidas a potestad el deber de obediencia, pero no por ello negó todo tipo de derechos. La obediencia solamente puede ser exigida dentro de los límites establecidos por el “*ius*”; fuera de estos límites no hay deber de obediencia y la imposición deviene en arbitrariedad rechazada por el derecho.

Cabría preguntarse si los derechos que serán expuestos a continuación podrían ser vistos como aplicaciones concretas del principio contenido en D. 1.1.2,3: “como la religión para con Dios, como que obedezcamos a los padres y a la patria, como que rechazamos la fuerza y la injuria” (48).

En este contexto, llaman particularmente la atención dos fragmentos del Digesto: **D. 1,6,1,2: GAYO; *Instituta, libro I***: “Pero en la actualidad no es lícito á ningún hombre, de los que están bajo el imperio Romano, ensañarse sobre manera y sin causa reconocida por las leyes con sus esclavos. Porque según una Constitución del Divino Antonino, el que sin causa hubiese matado a su esclavo, es mandado castigar no menos que el que hubiere matado á un esclavo ajeno. Y aun la excesiva aspereza de los señores se reprime también

(48) “*veluti erga Deum religio, ut parentibus et patriae pareamus, ut vim atque iniuriam propulsemus*”. Como ya se dijo, no es posible abocarnos a este tema en este trabajo, sin embargo, no podemos dejar de expresar cierta atracción y afinidad con la corriente doctrinaria que ve en estos fragmentos el germen del derecho de resistencia civil, especialmente por la forma y la puntuación empleada por la Comisión de Triboniano para adecuar y conformar dos textos independientes de Pomponio uno y de Florentino el otro, de tal manera que es casi imposible leer de corrido los fragmentos sin tener la sensación de que el acto de autoridad que sea una “*iniuriam*” no deba ser obedecido.

por una Constitución del mismo Príncipe” (49); y **D. 1,6,2**: ULPIANO; *Del Cargo de Procónsul, libro VIII*. Si el señor se hubiere conducido cruelmente con los esclavos, ó los compeliere á deshonestidad y á torpe violación, se manifestará por el rescripto del Divino Pío, dirigido a Elio Marciano, Procónsul de la Bética, cuál sea la incumbencia Presidente. De cuyo rescripto estas son las palabras: «Conviene en verdad que se conserve ilesa la potestad de los señores sobre sus esclavos, y que á ningún hombre se arranque su derecho; pero interesa á los señores, que no se deniegue el auxilio contra la sevicia, ó el hambre, ó una injuria intolerable, á aquellos que lo piden con justicia. Por tanto, conoce de las querellas de aquellos que de la familia de Julio Sabino se refugiaron á la estatua; y si hubieres conocido que ó han sido tratados más duramente que lo que es equitativo, ó que se les ha inferido una injuria infame, manda que sean vendidos, de suerte que no vuelvan bajo la potestad de su señor; quien, si burlare mi constitución, sabrá que estoy dispuesto para ejecutarla más severamente». También el Divino Adriano desterró por cinco años á cierta matrona, llamada Umbricia, porque por levísimos motivos había tratado cruelísimamente á sus esclavas (50). Lo más resaltante en este fragmento

(49) GAIUS libro primo institutionum. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum et sine causa legibus cognita in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Antonini qui sine cuasa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur.

(50) ULPIANUS libro octavo de officio proconsulis. Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Beatae manifestabitur. cuius rescripti verba haec sunt: ‘Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami iniuria affectos cognoveris, venira iube ita, ut in potestate domini non revertantur. qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecutorum’. divus etiam Hadrianus Umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.

es la capacidad reconocida al siervo de recurrir a la autoridad pública para reclamar la protección de sus derechos, para proteger su integridad física y moral.

Marcel Morabito considera las soluciones planteadas en la época Antonina como ambiguas, en el sentido del reconocimiento de la personalidad jurídica al esclavo. Resalta el hecho de que tal ambigüedad sería la respuesta -¿natural?- de una sociedad de tipo esclavista ante las dificultades planteadas por la realidad. El mentado autor inicia el artículo donde comenta estas disposiciones de la época Antonina con la siguiente expresión: “Les rapports juridiques ne s’expliquent ni par eux-mêmes, ni par appel à l’esprit. Ils son partie intégrante d’un tout social” (51); por lo que resulta difícil de comprender el porqué este autor no tomó en consideración los demás elementos que hacen a la realidad social del Derecho, en especial del Derecho Privado Romano, que como ya señalamos está constituido por el Derecho Civil, el Derecho de Gentes y el Derecho Natural; por qué no tomó en consideración el que todo hombre es persona, el concepto de libertad natural de Florentino y otros elementos que considerados en su conjunto no hacen sino demostrar que la decisión imperial precitada no haya hecho otra cosa que legislar sobre un punto que el *ius privatum* había establecido desde hace tiempo la extensión del dominio sobre un siervo.

Estos fragmentos generan verdaderos problemas de interpretación a quien se resista a reconocer el lugar del *ius naturale* dentro del sistema jurídico romano, a quien pretenda desconocer que la religión, a través del *ius publicum* (52)-la participación del siervo en el *ius sacrale* es ampliamente reconocida por la doctrina actual (53)-, como componente del Derecho, y que pre-

(51) Esclavage et enseignement du droit: Les Institutes de Gaius. INDEX. Quaderni Camerti di Studi Romanistici, 15, Año 1987, pp. 51 – 61.

(52) D. 1.1.2: “El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes, y las de los magistrados”; “Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit”.

(53) CATALANO, PIERANGELO. Alle Radici Del Problema Delle Persone Giuridiche. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano 1. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996; GUARINO, ANTONIO. I “gladiatores” e l’ “auctoramentum”. LABEO.

tenda reducir el Derecho Romano a la suma del Derecho de Gentes y el Derecho Civil.

Estos problemas de interpretación o distorsiones son evidentes. Dentro de este contexto podemos mencionar a Carlo Castello quien a pesar de no reconocer que el siervo sea persona nos reporta dos casos en los cuales es evidente la existencia de un querer y un poder reconocidos por el derecho a los esclavos y que refuerza su carácter de personas en sentido concreto y real –si bien en etapa tardía–: la *usucapio libertatis* de buena fe y la *usucapio libertatis* aún cuando de mala fe. En este sentido expresa el autor: “Tuttavia va posto in luce che l’innovazione di Constantino fu preceduta di altra di Diocleziano, nota per mezzo di C. 7,22,2. Infatti questo imperatore nel 300 aveva disposto che diventassero liberi cittadini romani coloro che avevano posseduta la libertà in buona fede per vent’anni [...] Anastasio nel 491 (C. 7,39,4,2) dispose che rimanesse libero anche lo schiavo visuto in libertà per quarent’anni pur non ignorando la propria condizione servile” (54). No podemos comprender cómo no reconocer el carácter de persona del siervo ante instituciones como la recién señalada, especialmente ante el hecho de que Diocleciano no era un emperador cristiano, lo que además pone en tela de juicio la tesis según la cual se sostiene que el cristianismo produjo consigo la modificación de la consideración jurídica del siervo en el Derecho Romano.

En un interesante trabajo de derecho histórico comparado, J. Drew Harrington analiza ciertos puntos comunes entre el Derecho Romano y algunas

Rassegna di Diritto Romano, 29, 1983, pp. 7 – 24; RICCI, CARLA. Gladiatori e Attori nella Roma Giulio-Claudia. Studi sul Senatoconsulto di Larino. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto; por citar tan solo algunos autores.

(54) “Es destacado que la innovación de Constantino fue precedida de otra de Diocleciano, conocida por medio de C. 7,22,2. De hecho este emperador, en el 300, había dispuesto que sean libres ciudadanos romanos aquellos que habían poseído la libertad de buena fe por veinte años [...] Anastasio en el 491 (C. 7,39,4,2) dispuso que permanezca libre inclusive el esclavo que vivió en libertad por cuarenta años, aún cuando no ignoraba la propia condición servil”. (Olis Robleda S. I., Il diritto degli schiavi nell’antica Roma). Studia et Documenta Historiae et Iuris, 42, Año 1976, pp. 576 – 590.

características del derecho sobre la esclavitud de los Estados del Sur de los EE.UU. Particular atención merece el hecho de que hace una lectura de las fuentes precisa -que parecería carecer de los prejuicios de la doctrina romanista o de las discusiones que de la ciencia romanista sobre el punto-, en el sentido de percibir que en el Derecho Romano el siervo, por su carácter de humano, es persona. Luego, sin embargo, no logra llevar adelante tal conclusión en sus consecuencias y parece tomar una postura ecléctica, tibia, de la que no es posible extraer grandes conclusiones prácticas del juicio previamente elaborado. En este sentido, Harrington indica: “Defenders of Southern slavery followed Roman civil law in recognizing that while a slave was chattel property, he was also a corporeal being who was endowed with a mind and a will; hence he had the «double character» of *res* and *persona* [...] Legally speaking, then, a slave is a *res* who partakes of certain aspects of *persona* because he is *homo*”. Es digna de destacar la semejanza que hay entre esta postura y aquella expuesta por Morabito, un medio camino ambiguo, un claro oscuro que busca la solución de acuciantes problemas que no pueden ser fácilmente encuadrados dentro de las categorías jurídicas clásicas -¿modernas?-. Harrington, sin embargo, destaca algo esencial: no se puede hablar de persona sin referencia a una “mente” y a una “voluntad” -mind and will son los términos empleados por el autor- y destaca que el siervo estaba provisto tanto de “mente” como de “voluntad”. Crea la sensación de querer afirmar la libertad natural de los esclavos, con Irnerio, pero evitando comprometerse con la idea y una vez más perdiendo la riqueza del sistema romano (55). Dentro de esta tesitura, es particularmente interesante la postura de Olivia Robinson (56), ya que destaca el hecho de que el esclavo pueda ser víctima de un ilícito penal -no como patrimonio de una persona, sino como humano (57)-, sin con ello afirmar que sea una verdadera persona.

(55) “Res” or “Persona”: Roman civil law’s influence on southern slave law. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 40, Año 1994, pp. 236 – 245

(56) Slaves and the criminal law. Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt., 98, Año 1981, pp. 213 – 254

(57) En especial lo dispuesto por la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* que reprime el homicidio del ser humano en esclavitud.

En lo referente al fragmento D. 1,6,2, Carlo Gioffredi (58) piensa que *ius* se refiere a la “sfera giuridica” o a la “posizione giuridica” y se plantea la cuestión de si el titular del “*ius*”, o sea, el *hominum* al que refiere el texto cuyo derecho no se debe dañar, se trataría del *dominus* o del siervo, ya que como lo tiene señalada la doctrina, en las fuentes la expresión hombre suele referirse casi por antonomasia al siervo. En otras palabras, el autor pone el problema de si el fragmento busca atenuar la situación de la servidumbre, pero sin gravar en demasía la esfera jurídica del derecho de propiedad del *dominus*, o si es el interés del siervo, la esfera jurídica del siervo, en detrimento del *dominus*, la que debe ser protegida. El problema puesto parece relevante y es útil para resaltar lo que viene siendo afirmado en el presente trabajo: Todo derecho es constituido por causa del hombre –libre o siervo–, por ende todo hombre goza de una esfera jurídica reconocida por el derecho y es por ello por lo que la acepción de “*hominum*” debe considerarse también omnicompreensiva de libres y siervos. El fragmento citado busca proteger la esfera jurídica del siervo, su integridad física y moral y asegurar que el derecho de dominio sea ejercido conforme a derecho, sin dañar al siervo y sin gravar al *dominus* en forma que desnaturalice el derecho de dominio. Si bien la esclavitud es una institución jurídica del derecho de gentes y útil a la sociedad romana y por ello admitida, su ejercicio debe realizarse dentro de los límites fijados por el derecho natural, según el cual todo hombre es libre y tiene la facultad de resistir la injuria (59). En este sentido, volvemos a afirmar que debe aplicarse el mismo criterio que es aplicado para juzgar la condición de los *alieni iuris* por la doctrina clásica liberal en el sentido de que “su posición estaba perfectamente delimitada de hecho y de derecho”.

(58) Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano. *Bullettino dell’istituto di Diritto Romano ‘Salvatore Scialoja’*, 70, Año 1967, p. 227.

(59) D. 1.1.2; D. 1.5.4; D. 1.1.3. No puede dejarse pasar por alto que el Derecho Romano tiene una vocación dinámica, que pretende el mejoramiento integral del ser humano. Pretende mejorar tanto la moral como las condiciones de vida de aquel por quien fue constituido todo el derecho, el “homo”, siervo o libre: “Deseando hacer buenos a los hombres no solo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”, D.1.1.1.

Antonio Guarino (60), fundado en el carácter de protagonistas en la religión de los esclavos, en el carácter especial del *auctoramentum*, que es el acto religioso por el que se establecen la relación entre lanista y el hombre que se obliga a adoptar la vida de gladiador, y en una interpretación, coherente con lo aquí expuesto, de la prohibición contenida en D. 1,6,2, sostiene que no solo podían celebrar el *auctoramentum* los siervos, como también lo afirma parte de la doctrina que no admite en forma expresa al siervo como persona (61), sino que tal formalidad sería necesaria para que un siervo pueda ser empleado en tal actividad –combates de gladiadores–.

Por ende, ante la evidencia de las fuentes, que reconocen al siervo la capacidad de usucapir su libertad, de resistir la violencia del patrón y de requerir el auxilio de la autoridad pública: ¿no sería lógico reconocerle una autonomía independiente de aquella del dueño? Que el siervo es persona no es un hecho negado por el Derecho Romano, sino por la dogmática del siglo diecinueve, fundada en las abstracciones de derecho objetivo y derecho subjetivo y que en nada pueden ser reconducidas al Derecho Romano.

Arnaldo Biscardi (62), al analizar la capacidad del esclavo de estar en juicio, nos refiere –fuera de aquellos casos en los cuales se reconoce al esclavo la capacidad de recurrir a las autoridades provinciales y al *praefectus urbi* reclamando el auxilio ante los maltratos del dueño- casos que el autor refiere como “remedios esporádicos y excepcionales” provenientes de la autoridad imperial: “De donde se admite –y en ello se está conteste- que en derogación a la absoluta incapacidad procesal del esclavo, algunas excepciones vienen a atenuar la férrea regla gracias a ciertas intervenciones esporádicas de la autoridad imperial, con la facultad concedida al *servís* y a la *ancilla* de acusar *ex causis receptis*, o cuando menos de denunciar al *praefectus urbi* y en provincia a los gobernadores, el *dominus* autor de graves maltratos o sevicias en su

(60) I “gladiatores” e l’ “auctoramentum”. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 29, 1983, pp. 7 – 24.

(61) RICCI, CARLA. Gladiatori e Attori nella Roma Giulio-Claudia. Studi sul Senatoconsulto di Larino. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

(62) La capacità processuale dello schiavo. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 21, Año 1975, pp. 143 – 171.

contra; y se admite también, con mayor o menor condescendencia respecto a la valoración crítica de las atestaciones que nos llegan, que una larga brecha en la muralla de aquella incapacidad se supera cuando –sobre la línea de innovaciones favorables a los esclavos, como las normas de los senadoconsultos Rubriano (63) y Articuleiano (64)- fue consentido al siervo dirigirse, por vía extraordinaria, al magistrado o contra el heredero de su dueño, que en ciertas hipótesis interponga injustos obstáculos a la manumisión directa o fideicomisaria dispuesta en su favor en el testamento, o contra su dueño mismo en el caso previsto en la epístola de los ‘*divi frates*’ ad *Urbinum Maximum*, que permitía al *servus sui nummis emptus* estar en juicio para tutelar sus legítimas expectativas de libertad”. El fragmento al cual el autor hace referencia es D.1.12, extraído del libro de Ulpiano sobre el cargo de Prefecto de la Ciudad.

Franco Casavola (65), en un interesante análisis, señala en primer punto, que en lo antiguo el siervo habría sido un “*mancipium*”, es decir, un patrimonio valioso, afirmación que en principio nos cuesta aceptar sin restricciones, dado el hecho histórico de la participación del siervo en el *ius sacrale*, pero que definitivamente es idónea para mostrar el estado del siervo desde una perspectiva económico social en un determinado momento histórico y que fundamenta el accionar –a nuestro criterio correctivo (66)- de la autoridad imperial. Expresa el autor: “È significativa, nel rescritto ad Aurelio Marciano, la esortazione ai padroni di schiavi di badare che è nel loro interesse che non sia negata la protezione dello Stato agli schiavi che giustamente la invocano. È un appello ambiguo, di un uomo che non contesta il sistema schiavistico ma vuole persuadere che la sua buona e duratura conservazione sta in una condizione più umana e rispettata dello schiavo. Lo schiavo è persona, è

(63) Tenía por finalidad asegurar la efectividad de las manumisiones fideicomisarias, de la época de Trajano.

(64) Versaba sobre manumisiones testamentarias por fideicomiso, del segundo siglo después de Cristo.

(65) Potere Imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio. LABEO. Rassegna di Diritto Romano, 14, Año 1968, pp. 251 – 270.

(66) Recuérdense en esto D.1.1.1: “Deseando hacer buenos a los hombres no solo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

uomo, e come tale ha un *ius suum* che il padrone non deve disconosergli” –p. 269- (67). Esta conclusión de que el siervo es persona, es hombre y que como tal tiene un *ius suum* que ni el patrón como individuo ni la *res publica* como colectividad le pueden negar no es una creación de la autoridad imperial, sino que se halla en toda la sistemática del Derecho Romano, como ya se ha venido afirmando. No puede negarse sin embargo, bajo riesgo de pasar por inocentes, la agudeza de lo indicado por Casavola y que ya habíamos dejado entrever con anterioridad: El Derecho Romano no rechaza el sistema esclavístico, sino que busca su buena y duradera conservación, en un mundo donde era inimaginable otra forma de organizar la producción de riquezas a la escala requerida por el tamaño de la *res publica*.

Acceso al auxilio de los magistrados. Un caso que genera especial interés

El presente es un caso que debe despertar fuertemente la atención de cualquier lector, ya sea alguien que se ha despojado de las concepciones abstractas de personalidad –puesto que confirmaría la postura que se viene desarrollando- o se trate de un sostenedor de la tesis contraria y considere a la personalidad como una concesión del derecho –por lo difícil de interpretar que resultaría el texto dentro de este esquema-. El fragmento en cuestión es **D. 25.4.13**, extraído de los *Comentarios al Edicto, libro XXIV* de Ulpiano: “Pero también si hubiere sido instituido heredero un esclavo, si nadie hubiera nacido, escribe Aristón, que asimismo en este caso se le ha de conceder al esclavo, á arbitrio del Pretor, aunque no todo, algo, sin embargo, respecto á la custodia del parto. Cuya opinión creo verdadera, porque es de interés público que no se supongan partos, para que quede a salvo la dignidad de las clases y de las familias; y por esto también debe ser oído este esclavo, cualquiera que sea,

(67) “Es significativa, en el rescrito a Aurelio Marciano, la exhortación a los patrones de notar que es en su interés que no sea negada la protección del Estado a los esclavos que justamente la invocan. Es un apelo ambiguo, de un hombre que no rechaza el sistema esclavístico pero que quiere persuadir que su buena y duradera conservación está en una condición más humana y respetuosa del esclavo. El esclavo es persona, es hombre, y como tal tiene un *ius suum* que el dueño no debe desconocerle”.

cuando se le haya dado la esperanza de una sucesión, como siendo gestor de negocio así público, como suyo propio” (68).

El caso está dado por el supuesto de que un siervo haya sido instituido heredero por testamento y se presente una mujer embarazada invocando que el hijo por nacer es heredero del causante, lo que generaría la invalidez del testamento. Ante tal situación, se discutía si el siervo instituido heredero podía o no recurrir al Pretor para solicitar la “custodia del parto” con el objeto de asegurar su interés, dado por la esperanza de libertad y de ser heredero. Maria Pia Baccari detalla que el instituto al que hace referencia en el presente texto es tratado en el libro XXV del Digesto, título IV, bajo la rúbrica de “*inspiciendo ventre custodiendoque partu*”, donde son analizadas la “*inspectio ventris*”, la “*custodia ventris*” y la “*custodia partus*”. Refiere además, que estos institutos son dirigidos a evitar la supresión de parto, la suposición de parto o la substitución de neonato (69).

Por tanto, es evidente que el interés que se pretende tutelar no es el del neonato, sino del instituido heredero, siervo en este caso, que vería afectadas sus esperanzas por el nacimiento de un nuevo heredero póstumo no considerado por el causante.

Ello se hace palmario en el pasaje de Ulpiano ya que, además de compartir la solución de dar intervención y acción al siervo, expresa: “Por esto también debe ser oído este esclavo, cualquiera que sea, cuando se le haya dado la esperanza de una sucesión, como siendo gestor de negocio así público, como suyo propio”. Ahora bien, la traducción al castellano que empleamos es la de Don Idelfonso García del Corral, quien optó por traducir “*ge-*

(68) “ (Ulpianus libro vicesimo quarto ad edictum). Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda. quam sententiam puto veram: publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit: ideoque etiam servus iste, cum sit in spe constitutus successionis, qualisqualis sit, debet audiri rem et publicam et suam gerens”.

(69) La Difesa Del Concepito Nel Diritto Romano Dai Digesta Dell'imperatore Giustiniano. G. Giappichelli Editore, Torino, Año 2006

rens” con “gestión de negocios”. En una reciente traducción al italiano, en lugar de emplear el sustantivo “gestión de negocios”, se emplea la forma verbal “*trattando*” (70), que parecería ser más conforme con el texto literal. Si bien es cierto que la diversa forma en que se pueda traducir el texto acentúa en mayor o menor medida el carácter de la actuación del siervo, ya que en un caso nos encontraríamos ante un gestor de negocios de los intereses de la *res publica* –según la traducción de García del Corral– mientras que en el otro sería la actuación de alguien cuyo interés está íntimamente ligado al interés público, lo indiscutible es justamente esto último: La íntima conexión existente en este caso concreto entre el interés de un particular y el interés público, el interés del *populus*, interés que debe encontrar amparo ante el Pretor. Esta solución y la argumentación que le sirve de fundamento son la clara demostración de cómo funciona el sistema del Derecho Romano, del *ius romanorum* en el que todo *homo* es *persona*, dentro de los límites establecidos por el derecho civil y el derecho de gentes, pero con las facultades reconocidas por la religión, el *ius sacrale* y el *ius naturale*.

Pero no es solo relevante la solución en sí, sino también de dónde proviene esta solución. Tony Honoré (71), además de reportar el caso expuesto en el fragmento D. 25,4,13, refiere que el Aristón citado por Ulpiano podría tratarse de Titius Aristón. Sostiene Honoré que Ulpiano cita textualmente, directamente de textos escritos por Aristón, al menos en dos oportunidades a este autor (D. 43,24,11,11 y D. 33,9,3,2), que llegó a ser un distinguido jurista prudente de fines del primer siglo, de orígenes humildes –las referencias del autor para llegar a esta conclusión citan a Lenel y Kunkel–. Agrega Honoré que en otras 45 oportunidades Ulpiano cita a Aristón –entre estas otras cita-

(70) (Ulpiano nel libro ventiquattresimo sull’Editto). “Ed anche se un servo sia stato istituito erede, se niuno sia nato, Aristone scrive, che in questo caso anche al servo, quantunque non tutte, certe cose però circa la custodia del parto conceder si debbono ad arbitrio del Pretore. La quale opinione credo vera: perché è di pubblico interesse, che non si facciano supposizioni di parto, affinché sia salva la dignità degli ordini e delle famiglie: e perciò anche questo servo, essendo costituito nella speranza di una successione, chiunque esso siasi, deve essere ascoltato, trattando di un affare di interesse pubblico e suo”.

(71) Ulpian: pioneer of human rights. Edition: 2, illustrated. Publicado por Oxford University Press, 2002.

ciones se encontraría la que nos ocupa-, pero que en estos casos las referencias habrían sido tomadas de las obras de Neracio, Pomponio o Paulo, quienes utilizaban a Aristón como fuente (pp. 143, 144). Pero lo más resaltante del trabajo de Honoré es que nos permite ubicar los fundamentos y el criterio que sostenemos en la cúspide de la jurisprudencia clásica romana, en el primer siglo después de Cristo, lo que no deja espacio a dudas sobre la consideración del *servus* como persona para la jurisprudencia clásica.

Conclusión y probables implicancias de la concepción concreta de persona en la actualidad

La concepción concreta de persona, identificada íntimamente con el ser humano que piensa, respira y vive, nos compele al reconocimiento de su realidad, de sus limitaciones y de las situaciones de dependencia a la que se halla sometido. El paradigma decimonónico liberal, según el cual todo ser humano es racional y todos sus actos son libres e independientes, que justificaba la primacía de la “autonomía de la voluntad” y la fuerza vinculante del contrato, independientemente de las circunstancias particulares del contratante, se halla agotado y no logra satisfacer las necesidades de una sociedad marcada por la desigualdad material. Esto ha motivado la adopción de soluciones tendientes a corregir estos excesos, tales como el Derecho del Trabajador, el Derecho del Consumidor, la inclusión de la Perspectiva de Género y otras tantas figuras, que sin embargo, por seguir dentro de un parámetro de abstracción, pueden llevar a incorrectas aplicaciones en el caso concreto, por una deficiente consideración de la realidad particular del ser humano.

Al aplicar este criterio, el derecho natural surge con toda su fuerza, atenuando las soluciones desnaturalizantes del derecho escrito. El sistema se completa y actúa proveyendo la solución adecuada al caso concreto. Es momento de entender que expresar que el Derecho Romano se basaba en el caso concreto no es lo mismo que decir que el Derecho Romano sea un ejemplo de *case law*, o del precedente judicial, como tan claramente lo ha sentado la doctrina romanista: “Nous devons rappeler au lecteur que le Droit Romain n’est pas, comme le Droit anglais, un système de *casus*. C’est un système dont on peut dire, en veu de la pratique, et si l’on ne vise point trop à l’exactitude, qu’il se compose de principes formels et de règles écrites” (72). Esta característica del Derecho Romano es igualmente resaltada por la doctrina no especializada

en materia romanística: “Toda la actividad del pueblo romano se encaminó durante siglos enteros a los intereses prácticos del presente; se tenía un gran respeto por la tradición, pero cuando lo que vivía desaparecía no tardaba en caer en el olvido” (73).

En nuestro derecho positivo actual existen innumerables normas que adoptan criterios más o menos amplios que facultan al juzgador a aplicar su arbitrio, con el objeto de humanizar y dar concreción a la solución del caso sometido a su competencia. Al resolver este tipo de controversias, al elegir la solución idónea al caso concreto, el Juzgador debe necesariamente recurrir a aquellos parámetros que la realidad natural de las personas le obliga a reconocer, los valores de la sociedad en que se encuentre y a las prácticas y costumbres del contexto social. La elección, por ende, no es libre ni arbitraria, sino que el mundo de la juridicidad crece y transborda la dimensión normológica del derecho, para dar paso a las dimensiones sociológica y valorativa o dikeológica –según la nomenclatura del trialismo, escuela sobre la que ya se ha hecho referencia en este trabajo-. En esta tarea, la sistemática integradora del Derecho Romano, que toma en consideración todas las partes del derecho privado, viene en ayuda del jurista y brinda las herramientas de aplicación de las normas jurídicas aplicables al caso, con criterios adecuados y enfocados en la realidad concreta de la situación y de las personas cuyas controversias son sometidas a la jurisdicción del Derecho.

Por ello, compartimos plenamente el pensamiento de Carlo Alberto Maschi (74) en cuanto sigue: “Sería bueno que el estudioso del derecho vi-

(72) Henry Maine, citado por Pierangelo Catalano en *Diritto romano attuale, sistemi giuridiche e diritto latinoamericano. Diritto E Persone I. Studi Su Origine E Attualita Del Sistema Romano 1*. G. Giappichelli Editore, Torino, Primera Reimpresión, Año 1996, p. 106.

(73) CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, ob. cit., p. 25.

(74) *Antico e moderno nella Scienza del Diritto. Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 48, Año 1982, pp. 257 – 288: “Sarebbe auspicabile che lo studioso del diritto vigente prendesse conoscenza –appunto per estendere la propria esperienza- dei principi informativi e degli istituti, fino ad oggi ricostruiti dalla ricerca romanistica, improntati alla valorizzazione e alla tutela di esigenze umane: tutta una serie di figure giuridiche e di formule di azioni.

gente tome conocimiento –para extender la propia experiencia- de los principios informadores y de los institutos, hasta hoy reconstruidos por la investigación romanística, marcados por la valorización y la tutela de exigencias humanas: toda una serie de figuras jurídicas y de fórmulas de acciones, mediante las cuales la libertad humana, *l'utilitas singulorum* y la *equitas* de las relaciones encuentran concreta actuación de numerosos principios, sobre los que se construye el articulado ordenamiento de la edad clásica, no último (y no anacrónico aunque cambiando de modos y formas) aquel de la idea de libertad, del cual es una expresión el *favor libertatis* [...] En la edad clásica principios y disposiciones atestan y reconocen la humanidad del esclavo”.



mediante le quali la libertà umana, *l'utilitas singulorum* e *l'equitas* dei rapporti trovano concreta attuazione principi numerosi, su cui si costruisce l'articolato ordinamento dell'età classica, non ultimo (e non anacronistico anche se mutati i modi e le forme) quello dell'idea di libertà, di cui una espressione è il *favor libertatis*. Esso riassume i provvedimenti introdotti per attenuare il regime della schiavitù [...] Nell'età classica principi e disposizioni attestano e riconoscono l'umanità dello schiavo”.