

La condición de la persona en Roma y los derechos humanos

José Carlos Costa

JOSÉ CARLOS COSTA

Profesor Regular Titular de Derecho Romano, UBA; Profesor Ordinario Titular de Derecho Romano, USAL; Profesor Ordinario Titular de Derecho Romano USAL-Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

I. Para el sistema jurídico actual, el tema de los derechos humanos es fundamental. Por dicha razón, mediante el presente trabajo, expongo distintas consideraciones sobre la persona en relación al derecho romano, con la finalidad de dejar en claro que Roma inició su búsqueda. Cierta parte de la doctrina jurídica, no romanista, es proclive en afirmar que, Roma y los Derechos Humanos no han compartido el mismo camino, y por el contrario los romanos se destacaron en el incumplimiento de los mismos². Por cierto que, la postura aludida se encuentra alejada del verdadero espíritu que el derecho romano nos enseña y lega en el tema, puesto que precisamente, los juristas romanos han sido cultivadores de los derechos de la persona, por supuesto, con la singularidad inherente al tiempo histórico que les tocó en turno protagonizar³.

2 Travieso, J. A., "Historia de los derechos humanos y garantías". Heliasta, pág. 33, Bs. As., 1998.

3 Costa, J.C., Los derechos humanos. Su origen en Roma, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, U.A.I., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, ps. 99 y ss.

II. En mi consideración, el derecho romano, debe ser analizado teniendo en mira las siguientes premisas: **a)** la integración al sistema legal de los marginados por el propio orden jurídico; **b)** la defensa y equiparación del más débil dentro del orden vigente. En este sentido, la labor de los Pretores y de los Juristas Clásicos, es harto elocuente de lo expuesto, como más adelante tendré oportunidad en profundizar.

El derecho romano y su influencia en el mundo moderno, respecto de los derechos humanos, requiere la fina comprensión del mecanismo de elaboración jurídica de los jurisprudentes clásicos. A este respecto, **Pomponio**⁴, enseña que, los juristas son: "grandísimos hombres del pueblo romano que ha profesado la ciencia del derecho civil".

III. Continuando en el desarrollo del tema, he de precisar al respecto, en coincidencia⁵ con el romanista italiano **Labruna** que, Europa es ante todo un fenómeno cultural, más que un concepto geográfico, es una síntesis de elementos culturales, entre los cuales ocupa un puesto de absoluto relieve el derecho de Roma. También debe añadirse la experiencia pública y privada romana, lograda a través de su expansión territorial en gran parte del continente europeo, y en vastas áreas de Asia y Africa. Esta experiencia es constantemente valorada, luego de su crisis política, como un patrimonio irrenunciable para el desarrollo ordenado, en lo económico y social, de la comunidad internacional actual⁶.

En igual sentido, encontramos las opiniones de los prestigiosos romanistas **Burdese**⁷, **Rodríguez-Ennes**⁸, **Stein**⁹, **Baynes**¹⁰, **Yan Thomas**¹¹, etc...

4 D.1.2.2.35.

5 Costa, J.C., "El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio", XII^o Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Panamá, 2000.

6 Labruna, L., "Principios jurídicos, tradición romanística y humanidad del derecho entre Europa y América latina", lectio doctorialis, Bs. As., 2004.

7 Burdese, "Manual de Derecho Público Romano", ps. V y ss., Barcelona, 1972.

8 Rodríguez-Ennes, L., "Gallaecia: Romanización y ordenación del territorio", p. 11, Dykinson S.L., Madrid, 2004.

9 Stein, P.G., "El derecho romano en la historia de Europa", p. 181 y ss, Madrid, 2001.

10 Baynes, N. H., "El imperio bizantino", F.C.E., México, 2003.

11 Yan Thomas, "Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano", Eudeba, p. 102 y ss., Bs. As., 1999.

IV. En mi opinión, Latinoamérica se encuentra impregnada de una fuerte tradición romanista, y en ciertos casos, la presencia del derecho romano es aún más fuerte que en países del viejo continente.

El derecho romano arriba a Latinoamérica a través de la recepción de la legislación hispánica, es decir, Leyes de Partidas, Nueva y Novísima Recopilación y el **Corpus Iuris Civilis**, utilizado por los juristas de la época. Luego, con la entrada en vigencia del código civil francés en el año 1804 comienza lo que se conoce como "el sistema de codificación moderno", y el derecho romano es receptado por aquel, por cuanto sus raíces son de marcada influencia romanista¹².

V. En lo que concierne a nuestra legislación, el Código de **Vélez Sársfield** es considerado por la doctrina nacional y foránea, como uno de los más romanistas de Latinoamérica. Se puede decir que, el mismo abreva en la legislación romana, no sólo por la sólida formación jurídica romanista de su autor, sino también por las numerosas citas, fuentes, obras y autores romanistas que lleva a cabo¹³.

Opino al respecto que, toda la obra de **Vélez**, incluido el Código de Comercio que creara anteriormente junto a **Eduardo Acevedo**, y especialmente sus Notas del Código Civil, constituyen un reservorio del derecho romano; el paso necesario de este último hacia su concreción en legislación vigente¹⁴.

VI. Pues bien, me he detenido expresamente en la configuración del derecho romano y su transfiguración¹⁵ en el derecho argentino, por cuanto el inicio de la vigencia y defensa de los derechos humanos se han dado en Roma, y esta cultura se ha trasladado a nuestro ordenamiento vigente.

12 Costa, J.C., "Principios Generales del Derecho. Sistema Latinoamericano", XI^o Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J.C., "Temas de Derecho Romano", p. 17 y ss., Buenos Aires, 1994; Costa, J.C., "Manual de Derecho Romano Público y Privado", Lexis Nexis, ps. 191 y ss., Bs. As., 2007

13 Vázquez, H. y otros autores, "El derecho romano en la biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield, Córdoba, 1996; Costa, J.C., "Manual de Derecho Romano..." cit., ps. 7 y ss.

14 Costa, J.C., "Raíces romanas en las instituciones modernas", XX^o Jornadas nacionales de Derecho Civil", Bs. As., 2005.

15 Costa, J.C., "Manual...", cit., ps. 28 y ss.

Precisamente, la cultura jurídica romana se ha trasmutado en nuestro derecho. Es obvio que no hemos de hallar en Roma la temática de los "derechos humanos", propiamente dicha, o la debida consideración de la persona en sentido moderado, sino la raíz, el inicio de un largo camino que hoy debe ser aceptado y respetado por toda legislación vigente que se precie de justa¹⁶.

Empero, es menester aclarar que, el derecho romano clásico no habla, ni tampoco crea "teorías", sino que, aporta la enseñanza práctica del caso jurídico sometido al análisis de los Juristas. Luego, de estos casos jurídicos concretos se elaboran las teorías. Es el caso de los derechos humanos. En este sentido, señala, especialmente **D'Hors** que "mediante concesión de acciones extraordinarias empieza también a formarse el Derecho Imperial, pero entonces, al convertirse poco a poco los decretos y edictos de los emperadores en leyes, el concepto dinámico y práctico de la acción fue sustituido por el concepto estático y enunciativo del derecho subjetivo¹⁷".

El derecho romano es esencialmente humanista y no se le puede quitar este mérito. Ello implica la consideración de la persona. La cultura romana reboza humanismo, centra su acción en el hombre. Esta "centralidad en el derecho" origina, y brinda, después, raíz y sustento a los "derechos humanos del mundo occidental".

Al respecto, **Hermogeniano** enseña, con justeza que "todo el **ius** ha sido constituido por causa de los hombres¹⁸". Por su parte, **Gayo**, reafirma esta idea, y clasifica de un modo amplio a la persona, dividiéndola en "hombres libres y esclavos¹⁹". Se advierte, entonces, que en la consideración de **Gayo**, el esclavo es también persona.

VII. En este orden de ideas, se hace necesario hacer hincapié en el gran cambio que se produce en el pensamiento de la cultura filosófica romana, en las postrimerías del período republicano, cuando el ciudadano romano se despoja lentamente de su vestidura de "campesino-sol-

16 Costa, J.C., Los derechos ..., cit., ps. 99 y ss.

17 D'Hors, A., "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano", p. 22, Salamanca, 1943.

18 D.1.5.2.

19 D.1.5.3.

dado", dando paso a sus inquietudes culturales, más específicamente a las cuestiones filosóficas, abriendo el espacio a la cultura griega. Justamente, la actividad jurídica romana, propiamente dicha, encarnada en el pretor, es llevada a cabo por ciudadanos, que a la vez, en muchos casos, son exponentes de distintas corrientes filosóficas.

De este modo, entre la corriente estoica romana más antigua, puedo citar, entre otros, el caso de **C. Lelio** (145 a.c.); **C. Fanio**, yerno del anterior, (132 a.c.); **Q. Mucio Escévola** (98 a.c.); **Q. Elio Tuberón** (127 a.c.); **P. Rutilio Rufo** (118 a.c.); y **Catón** (54 a.c.). Entre los seguidores del epicureísmo puedo contar, entre otros, a **T. Albucio** y **C. Veleyo**, **L. Calpurnio Pisón** (61 a.c.), **C. Casio Longino**, **C. Vibio Pansa**, y **T. Pomponio Ático**, etc. Con influencias estoicas y académicas, es decir, ecléctico, tenemos a **M. Pupio Pisón Calpurniano** y **M. Junio Bruto** (44 a.c.), entre otros.

Empero, debo dejar en claro que, las corrientes filosóficas y los exponentes de las mismas, no se agotan en las indicadas, puesto que escapan al objetivo del presente trabajo, por dicha razón, debo también señalar que, en esta época encontramos también en Roma, entre otras, las siguientes corrientes del pensamiento filosófico, eclecticismo con tendencias estoicas, excepticismo, excepticismo neoacadémico, pitagorismo, neopitagorismo, etc.

Consideración aparte, aunque breve, merece el pensamiento de **T. Lucrecio Caro**, **M. Terencio Varrón** y **M. Tulio Cicerón**.

T. Lucrecio Caro presenta una gran influencia epicúrea y su obra "**De rerum natura**" (un poema rescatado por **Cicerón**) tuvo influencia en otros poetas y prosistas posteriores que lo consideraron, e incluso intentaron emularlo, como **Ovidio**, **Virgilio**, **Propercio**, **Séneca** y **Tácito**. Los escritores de los primeros tiempos del cristianismo lo estudiaron e imitaron, aún criticándolo, pero luego fue olvidado, y redescubierto más tarde, suscitó la admiración y el estudio de los humanistas y de los poetas. Luego, **Lucrecio** atrajo el interés de los pensadores franceses como **Gassendi**, y en el siglo XVIII y principios del XIX, también manifestaron interés en él, los alemanes **Kant**, **Winckelmann**, **Herder**, **De**

Quincey, Brownin, Tennyson; y en Italia Foscolo²⁰.

M. Terencio Varrón fue considerado por sus contemporáneos como el más preparado de su tiempo y abarcó su conocimiento todo el saber, tanto griego como romano, utilizando en sus obras el procedimiento científico de los griegos. Hallamos en él, influencias de la filosofía académica de Antíoco de Ascalón, de quien había sido discípulo, pero también, ecléctica, estoica, pitagórica, cínica, y peripatética²¹.

M. Tulio Cicerón (pretor en el año 66 a.c.), abogado, orador, escritor, político, filósofo, ha sido dueño de una fecunda obra, cuyo análisis de la misma, escapa el propósito de este trabajo. He de señalar respecto del mismo, siguiendo a Levi, que "cultivó los estudios filosóficos desde la primera juventud hasta el fin de su vida, pero los intereses que lo impulsaron hacia ellos no fueron siempre los mismos²²". Tuvo influencia estoica (Elio Estilón, Diodoto, Posidonio), epicúrea (Fedro, Zenón), neoacadémica (Filón de Larisa), platónica, excéptica, etc., lo que significa que, abarcó e hizo suya buena parte del saber filosófico de su tiempo.

Es importante tener en cuenta para nuestra investigación, la reflexión de Levi respecto de Cicerón, cuando señala que "difundió y tornó familiares los principios de igualdad humana y de una ley racional y natural, criterio de valoración del derecho positivo, que, asociados a la concepción cristiana, habrían de ejercer una influencia poderosísima sobre el espíritu de las épocas sucesivas"; y que: "dio expresión al concepto helenístico-romano de la **humanitas**, destinado a tener un efecto vastísimo sobre el ideal de la vida de ciertos periodos de la edad moderna²³".

Me he permitido resaltar el término "**humanitas**" empleado por Levi, por cuanto, he de conjugarlo después con la idea romana de derecho.

Posteriormente, la actividad filosófica romana eclosiona, una vez finalizada la república. Y es interesante detenerme, brevemente, en el auge y desarrollo de la misma durante el Alto Imperio²⁴, por cuanto pareciera que, la preocupación primordial de la clase gobernante es solo

21 Levi, A. Historia ..., cit., ps. 79 y ss.

22 Levi A., Historia..., cit., ps. 79 y ss.

23 Levi A., Historia ..., cit., ps. 112 y ss.

24 Levi, A., Historia..., cit., ps. 75 y ss.

guerrear y someter, cuando no siempre es así, ya que, en muchos casos, centran el pensamiento en la conducta, el alma y el bienestar.

Augusto cuenta a su lado con el consejo de **Ario Dídimo**, su filósofo personal, y **Atenodor de Sandos**, ambos estoicos. También le brinda consejo el filósofo **C. Cilnio Mecenas**. Este último cuenta con un círculo cultural epicúreo integrado, entre otros, por **L. Varo Rufo**, **Virgilio**, **Q. Horacio Flaco** y **Propercio**. Los representantes de ambas escuelas, estoica y epicúrea, tratan a menudo cuestiones referidas a la filosofía de la naturaleza como base de la ética. De esta época son también los filósofos **Publio Ovidio Nasón**, **M. Valerio Mesala Corvino** y **P. Alfeno Varo** que, tratan los problemas morales más bien desde el punto de vista ecléctico. Además, pertenecen a este período, el investigador histórico y filósofo estoico **Tito Livio**, el célebre jurista **Trebacio Testa** y su discípulo **Antistio Labeón**. Este último descuella también en escritos sobre gramática, dialéctica y literatura.

Después de **Augusto**, junto al estoicismo, emerge el neopitagorismo y el platonismo medio, que preparan el camino hacia el neoplatonismo. Dentro de la corriente del estoicismo se destaca **L. Anneo Séneca**, que evidencia en su copiosa obra un particular interés por el hombre y, en especial, su alma acongojada²⁵, temática que encuentra particular acogida en los primeros cristianos. Asimismo, sobresale **Musonio Rufo**, que exige una vida moral y severísima, recomendando el matrimonio, condenando la limitación del nacimiento y el abandono de los hijos. Empero, el más importante de los estoicos es el emperador antonino **Marco Aurelio**, discípulo de **Epitecto**, que habla del amor hacia todos los hombres, incluso hacia quienes nos odian, señalando la obligación de hacer el bien a todos sin excepción²⁶, lo que lo acerca impensadamente a las palabras del Evangelio.

En síntesis, los emperadores romanos que gobiernan durante el período del alto imperio sienten y viven la necesidad de encontrar respuestas en la vida a través de la filosofía, y en dicho sentido, encontramos, también, cultivadores de las corrientes peripatética, cínica, epicúrea, neoescéptica, neoacadémica, etc.

25 Séneca, L., *De la brevedad de la vida*, Mediterráneo, Madrid, 1985, y *De la cólera*, Madrid, 1986.

26 Marco Aurelio, *Meditaciones*, Planeta, Madrid, 1997.

VIII. A continuación, he de precisar, en modo sucinto, los antecedentes que, en mi opinión, hacen a la debida consideración de la persona en Roma, su camino hacia los derechos humanos y su nexa con el derecho romano. Esto incluye, inevitablemente, como se acaba de señalar, tener en cuenta la **necesaria y debida consideración de la persona en Roma**. Es decir, cuales son las puntuales soluciones de la jurisprudencia romana que denotan una raíz netamente humanista, en pro del hombre por sobre el derecho, o la utilización de éste para proteger a aquel. Encontrándonos, en palabras sencillas, en la antesala misma de los modernos derechos humanos.

VIII. La **vieja consideración romana sobre la persona** emerge de la postulación fáctica "sujeto de derecho como sinónimo de Pater Familias". Este último lo es por cuanto es el único portador de los status de familia, libertad y ciudadanía. Empero, he de destacar que, los juristas romanos emplean el término "persona" con el significado de "ser humano", o sea, "homo", así es el caso de **Gayo**²⁷. De todos modos, la antigua tesis "socio-cultural-jurídica" romana es durísima en cuanto a la consideración de la persona, por cuanto, se fundamenta en el "poder omnímodo del Pater Familias", que es en definitiva "rey de su propia familia", asimismo, fiel reflejo del "sistema constitucional monárquico primitivo". El "Padre de Familias" puede realmente hacer todo lo que desee sobre su grupo familiar porque es dueño del mismo. La familia le pertenece como un bloque hegemónico, como un "cuerpo único compuesto de bienes y personas". A partir de mediados de la república comienza esta "dureza", evidenciada en el "poder nudo" del Jefe de Familias a flexionarse, primero lentamente, para hacerse luego incontenible.

IX. A la usanza de los juristas clásicos partiré de "casos concretos" para llegar a "conclusiones generalizadas", y para ello, debemos tener en cuenta fundamentalmente que, no se debe efectuar una relectura de la historia, sino una relectura de los presupuestos fácticos sobre lo que descansa el derecho.

Y los aspectos en tener en cuenta son los siguientes: a) la situación de los hijos; b) la mujer; c) los esclavos, d) la ciudadanía; e) los dependientes; f) la situación especial del "hermafrodita".

a) la situación de los hijos: En cuanto a éstos, me debo referir al "que está por nacer" (*nasciturus*) y al "ya nacido". Respecto del primer supuesto, nada es más importante que la vida, y otear simplemente las soluciones brindadas por el derecho romano en lo concerniente a la problemática del "**nasciturus**" ("el que está por nacer") hemos de advertir el humanismo del derecho romano. La jurisprudencia clásica a través del transcurso del tiempo brinda en modo firme y constante un reconocimiento de derechos al "**nasciturus**" protegiéndolo cual persona desde el instante de la concepción²⁸ Esta evolución de la jurisprudencia romana es de tal cantidad, calidad, variedad y matices que, permite aseverar que los juristas romanos haciendo gala de una actitud, si se quiere moderna, van en procura de la defensa y equiparación del débil (concebido) mediante el implemento de su protección jurídica. De este modo tenemos la consideración²⁹ y cobertura brindada al hijo póstumo a través de la designación de tutores para después del nacimiento que implica reconocerlo como persona³⁰; la percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre³¹; el designar curador al "**nasciturus**" para protegerlo y administrar sus bienes considerándolo incluso como incapaz de hecho³². Además, respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido a ejercerla a través del curador o incluso de la madre³³. En otros pasajes aluden al concebido en igual consideración al que "ya ha nacido"³⁴, la "concepción" como estado de familia, la concesión de la libertad si la madre esclava en algún

28 Costa, J.C., El Derecho de Familia y de las Personas en Roma, Estudio, ps. 36 y ss., Bs. As., 1997; Costa, J.C., Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea, XIVº Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bs. As., 2004.

29 Gayo 2.13 / Ulpiano, Reglas, 22,15 / Inst. 2.16.4 / Inst. 2.132 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4.

30 Gayo 2.183 / Ulpiano, Reglas, 22,15 / Inst. 1.13.4 / Inst. 1.14.5 / Inst. 2.13.2 / Inst. 2.16.4 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 / D. 26.2.1.1 / D. 26.2.1.5 / D. 26.2.6 / D.26.2.19.2 / D.50.17.137.

31 D.25.6.1.7 / D.37.9.1.3 / D. 37.9.1.5 / D. 37.9.5.pr / D. 37.10.5.3.

32 D.26.5.2.pr / D.26.10.3.3 / D.26.10.3.11 / D.27.1.45.2 / D.37.9.1.22 / D.50.16.161.

33 D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9.

34 D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.18.153.

35 D.1.5.18; D.48.19.3.

momento de la concepción gozó de libertad, la "condición resolutoria" que nazca con vida, etc. Finalmente, el diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre hasta que el concebido hubiese nacido³⁵, y a dicho respecto **Ulpiano** añade que, "hasta donde llega nuestro conocimiento se la debe añadir la prohibición de "cualquier otro tormento".

En cuanto al "ya nacido" podemos señalar que el poder omnímoto del Padre de Familias se comienza a suavizar, lentamente, primero, por la labor del pretor y después por el derecho imperial, así tenemos, la prohibición de la aplicación del derecho de vida y muerte ("**ius vitae et necis**") por parte del "**pater familias**" a sus hijos sin la opinión del consejo familiar³⁶; la limitación del abuso de la potestad sobre los hijos concediéndoles la emancipación cuando el padre lo vende más de tres veces³⁷; la disposiciones de **Trajano** que "obliga al padre a emancipar al hijo maltratado"; y de **Adriano** que "deporta al padre que aplica la muerte al hijo sin escuchar a la asamblea familiar"; finalmente **Justiniano** deja sin efecto el "derecho al castigo" mediante la eliminación del "derecho noxal" (**ius noxae dandi**). Respecto al aspecto patrimonial, se comienza con el reconocimiento del "peculio al **filius**", pasando éste de un mero instrumento de adquisición del **Pater** a tener peculio propio, surgiendo más luego las denominadas "acciones de responsabilidad". Y finalmente, en cuanto a las tutelas y curatelas, las preservación jurídica del patrimonio del incapaz.

b) la situación de los esclavos: Éstos, son considerados jurídicamente "cosas", y respecto de los mismos el amo aplica el derecho de "propiedad nudo" (vende, dona, castiga, ejecuta, entrega como reparación, etc.). Empero, derecho pretoriano, y cristianismo mediante, se prohíbe castrarlos sin justificación válida alguna y venderlos para ser destinados a los espectáculos públicos o para ser arrojados a las fieras sin anuencia del magistrado³⁸; se dispone la libertad del esclavo cuando el amo lo abandona a su suerte por estar enfer-

36 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 27 y ss.

37 Tabla 4.3.

38 Gayo 1.53 / D.40.8.2 / D.48.8.11 / Cód. 7.6.3.

39 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 54 y ss.

40 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 54 y ss.

41 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 54 y ss.

mo queriéndolo recuperar, luego, una vez hubiese sanado³⁹; se considera homicida al amo que mate al esclavo sin motivo⁴⁰; se obliga al amo excesivamente cruel a venderlos⁴¹; se les permite tomar parte de los cultos; se impone el respeto a la sepultura del esclavo; se le permite tener peculio a nombre propio, etc.

c) **la situación de la mujer:** Evoluciona con el tiempo, pasando de la dureza del vínculo **agnaticio** (civil) a la equiparación jurídica con el vínculo **cognaticio** (sangre) en época de **Justiniano**. Durante la vigencia del vínculo **agnaticio** el marido adquiere la **manus** (poder) sobre la mujer, pero no el derecho de vida y de muerte, no puede venderla, ni tampoco darla como parte de pago. Solo tiene un poder correccional y de castigo con anuencia de los parientes más próximos. Con la labor del derecho pretoriano, la mujer llega a ser **sui iuris**, es decir, Jefa de Familia, primero con tutela, y después libremente. Tiene el derecho a la restitución de la dote, a los bienes parafernales, puede divorciarse, etc. También el derecho sucesorio incorpora lentamente a la mujer, puesto que el orden sucesorio decenviral (ley de las XII Tablas) excluye a la mujer, luego el pretor la va contemplando, continuando el derecho imperial en el mismo camino mediante los senadoconsultos **Tertuliano** y **Orficiano**, la constitución **Valentiniana** y **Anastasiana**, y finalmente **Justiniano** con las novelas 118 y 122. Párrafo aparte merece la labor del pretor con la creación de la "**bonorum possessio**" reconociéndole a la mujer el derecho de heredar (**unde legitimi, unde cognati y unde vir et uxor**).

d) **la situación de los ciudadanos:** La misma, también fue cambiando con el devenir de la jurisprudencia, adquiriendo una mayor protección, de tal modo; la prohibición mediante la sanción de la "**Lex Poetelia Papiria**" (326 a.c.) de que una persona libre garantice con su cuerpo las deudas, evitando que caiga en esclavitud si incumpliera con el pago estipulado, originando el adagio constitucional moderno de prohibir la prisión por deuda; la facultad del magistrado de ordenar la exhibición de aquel que está injustificadamente retenido ("**habeas corpus**")⁴²; el

42 D.43.29.1.pr.

43 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 30 y ss.

derecho del ciudadano romano de apelar ante el pueblo reunido en comicios la aplicación de la pena capital ("**provocatio ad populum**"⁴³); el derecho de recibir alimentos por parte de los hijos, alcanzando incluso al que está en el vientre materno ("**nasciturus**"⁴⁴); la alimentación de la "niñez carenciada" dispuesta por los emperadores **antoninos**⁴⁵; el considerar libre al nacido de una esclava si tan sólo en algún momento de la concepción ésta gozó de libertad⁴⁶; la inviolabilidad de la propiedad intelectual⁴⁷; el derecho de portar nombre ("**tria nomina**") originando en la actualidad el mismo como "atributo de la personalidad"⁴⁸; la consideración de la importancia del domicilio en la confección del censo, ya desde épocas del rey etrusco **Servio Tulio**, originado el mismo como "atributo moderno de la personalidad"⁴⁹; las disposiciones sobre seguridad diurna y nocturna de la ciudad como garantía de los habitantes de Roma; la vigilancia de los mercados en cuanto a la calidad y conservación de los productos, incluido los esclavos⁵⁰; el derecho al voto ("**ius suffragii**"⁵¹) durante el período republicano; la libertad de cultos, o tolerancia religiosa, dispuesta por el emperador **Constantino** mediante el "Edicto de Milán" (año 313); las garantías al consumidor mediante el implemento del "Edicto de Precios Máximos ("**Edictum**") en el año 301 por el emperador **Diocleciano**⁵².

a) **la situación de los dependientes o "mano de obra libre"**: Es el ejemplo de los hombres y mujeres que trabajan en las minas, brindándoles buenas condiciones de vida y remuneración, y especialmente regulando condiciones de trabajo más benigno para las mujeres, destinándole tareas en superficie y la utilización de baños separados.

e) **la situación particular del hermafrodita**: En el viejo derecho se lo considera un "ser monstruoso", para luego, evolucionar debidamente en cuanto a su consideración social y jurídica. De tal modo, **Ulpiano** y

44 D.25.3.5 / D.26.6.1.7 / D.37.9.1.2 / D.37.9.1.3 / D.37.9.1.5 / Cód. 5.25 / Cód. 5.25.2 / Cód. 5.25.3.

45 Costa, J.C., El alto imperio o principado, Estudio, ps. 69 y ss., Bs. As., 2001.

46 Costa, J.C., El derecho de familia ..., cit., ps. 55 y ss.

47 Inst. 2.1.33 / Inst. 2.1.34.

48 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 30 y ss.

49 Costa, J. C., La ley de las XXII Tablas, Estudio, ps. 34 y ss., Bs. As., 2002.

50 Costa, J.C., La ley..., cit., ps. 71 y ss.

51 Costa, J.C., El derecho de familia..., cit., ps. 30 y ss.

52 Costa, J. C., Manual ..., cit., ps. 146 y ss.

53 Costa, J.C., Manual ..., cit., ps. 211 y ss.

Paulo lo integran al sistema jurídico, considerándolo un "ser humano normal "que debe adoptar el sexo que en él prevalece"⁵³

X. Lo expuesto precedentemente es meramente enunciativo y sólo algunos de los tantos supuestos que indican el camino indicado. Surge, más que evidente, de su análisis que, el derecho romano se encuentra inmerso de **humanismo (humanitas)**, considerando y protegiendo al hombre en cuanto persona, en pos de las dos premisas señaladas ab initio, a saber, la protección del más débil, y la integración al sistema jurídico del marginado por el propio ordenamiento legal. Toda apreciación en contrario es adoptar una visión parcial e interesada del derecho romano, negando su grandeza y su destino último, el hombre.

XI. Finalmente, coincido con las reflexiones de **Labruna**⁵⁴ cuando dice que, en la jurisprudencia romana se encuentran las raíces de nuestro derecho, puesto que "todo el derecho" está constituido a causa del hombre; y éste, se constituye en "centralidad del derecho", lo cual implica tratar debidamente los estatutos de la persona, es decir, la esfera de la capacidad, que pone al hombre en cuanto tal en el centro del ordenamiento jurídico⁵⁵.

La humanidad del derecho, y en consecuencia la humanización de la práctica jurídica, de la cual la sociedad tiene hoy particular necesidad, determina la senda para la actuación de los derechos humanos.

La "**humanitas**" (humanidad), como palabra y como concepto, es una creación autónoma de los romanos. El valor singular de la persona humana obliga al hombre a construir la propia personalidad, a educarse, pero también a respetar y favorecer el desarrollo de la personalidad de los demás.

La idea nació y se desarrolló a mediados de la República, cuando Roma se abrió al mundo y a la cultura griega, superando especialmente desde el punto de vista jurídico sus primitivos formalismos, invadiendo todo el derecho y la vida jurídica romana de ese tiempo. y en adelante,

54 Labruna, L., Principios ..., cit.

55 Labruna L., Principios..., cit.

de un modo "comprensivo y profundo", así, en los derechos de familia, penal, procesal, en materia de esclavitud, etc, constituyendo un punto cardinal de la gran transformación generada a partir de la "equidad" ("**aequitas**"), que caracterizó a la actividad pretoriana y en consecuencia a la formación del "derecho honorario" ("**ius honorarium**"⁵⁶).

XI. Debo señalar, una vez efectuada la exposición precedente que, la temática de los "derechos humanos" no es ajena al sentir y saber del derecho romano. Siguiendo la proposición inicial en cuanto debemos considerar al derecho de Roma desde las dos premisas esenciales, integrar al marginado por el propio sistema y defender al más débil, tenemos en claro que en la labor intelectual-jurídica de los pretores y los juristas clásicos, hemos de encontrar, justamente, la equiparación del marginado por el duro sistema del "derecho civil" ("**ius civile**") a través de las acciones pretorianas que dan origen al "derecho honorario" ("**ius honorarium**") mediante la "equidad" ("**aequitas**"). Esta actividad, llevada a cabo cotidianamente en el foro por los pretores, escondían debajo del ropaje de simples ciudadanos, en muchos casos, a verdaderos seguidores de las diversas corrientes filosóficas de la época; y la misma consideración merece la labor de los juristas de la época clásica, como el caso de **Ulpiano, Papiniano, Modestino, Gayo, Paulo, etc.**⁵⁷ Es decir que, las soluciones brindadas por los juristas en ejercicio de la jurisdicción ("**iurisdictio**") han sido verdaderas innovaciones en pro del hombre, de la persona, de la dignidad de la misma. Así debe interpretarse y aceptar, por ejemplo, el "integrar a la mujer al propio sistema jurídico que la margina", cuando el pretor le va concediendo capacidad jurídica frente a la posición rígida asumida por la "ley de las XII Tablas" que no se la reconoce mediante la creación de acciones ("**actio**"); y en el mismo sentido, el caso del hermafrodita. Similar consideración merecen todos los supuestos jurídicos de protección a los hijos ("**filius**"), esclavos, y al que está por nacer ("**nasciturus**"), o sea, "la protección del más débil".

Entonces, va de suyo que, mal se puede señalar que el derecho ro-

56 Labruna, L. "Principios...", cit.

57 Costa, J.C., Manual..., cit., ps. 136 y ss.

mano incumple con los "derechos humanos", cuando el mismo reboza de humanismo. La cultura romana hace gala de "humanidad" ("humanitas"), protegiendo y enaltecendo al hombre como ser biológico (homo) y persona (jurídica). En ello tiene mucho que ver el pensamiento filosófico, por cuanto, las inquietudes y búsquedas que los romanos efectúan en las distintas corrientes del pensamiento que tienen fundamento y base en dicha época, fue templando su saber y consideración hacia el hombre. Esta claro, pues, como lo señalé en un principio que, el derecho romano clásico no es afecto a "teorías", sino que busca soluciones jurídicas a casos concretos presentados para dicho fin. Es luego, de la sumatoria de las diversas soluciones emanadas de los casos concretos en particular que, el mundo jurídico moderno elabora las distintas "teorías". A mi entender, es el caso de los derechos humanos.

XII. A modo de conclusión he de reafirmar lo que vengo sosteniendo desde hace tiempo⁵⁸, Roma ha dado origen al derecho de Occidente y nuestro país abreva en el mismo. En este contexto, la jurisprudencia romana, en cierto modo, inicia la temática de los derechos humanos, en razón del humanismo de su propio derecho. Es menester comprender que la cultura romana a través de la riqueza inagotable de su derecho nos brinda la necesidad de una nueva consideración de la persona, con el fin de entender mejor el nexo con el inicio de los derechos humanos. La sólida cultura de los juristas argentinos tiene raíz romana, y nuestro orden legal rezuma el mismo humanismo que otrora surgiera del derecho de Roma; y mientras el ordenamiento jurídico preserve los principios que el derecho romano nos legó, los "derechos humanos" estarán enaltecidos en mira del protagonismo jurídico del hombre en su desarrollo y protección como persona.

58 Costa J.C. Manual de Derecho Romano Público y Privado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; "Temas de derecho romano", Buenos Aires, 1994; El derecho de familia y de las personas en Roma, Estudio, Buenos Aires, 1997; El negocio jurídico en Roma, Estudio, Buenos Aires, 1998; El Alto Imperio o Principado, Estudio, Buenos Aires, 2001; Derecho sucesorio romano, Estudio, Buenos Aires, 2002; La ley de las XII tablas. La primera ley escrita. De la monarquía a la república, Estudio, Buenos Aires, 2002; Los derechos humanos. Su origen en Roma, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UAI, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2007.