

Persona y dignidad humana: bases quiritarias de la conceptualización de los derechos fundamentales y la bioética

Tulio Alberto ÁLVAREZ *

Los hechos hablan por sí mismos,
oh jueces,
y eso es lo que más cuenta¹.

CICERO

Sumario

A manera de introducción 1. El ciclo vital de la persona y el derecho a la vida 2. El estatuto de libertad como sustrato de vida y humanidad 3. La autonomía de voluntad quiritaria en proyección a la moralidad de los actos 4. La ciudadanía quiritaria fundante de los criterios de nacionalidad y ciudadanía modernos 5. Conceptualización general del *status* familiar quiritario como origen de la familia occidental. Conclusiones

A manera de introducción

La modernidad fue marcada por una nueva visión sobre la entidad de la persona física en razón del respeto a su humanidad y una expansión del concepto personalidad hacia figuras jurídicas signadas por la ficción y que se materializan en organizaciones que aglutinan diversas relaciones jurídicas.

* **Universidad Central de Venezuela**, Profesor titular, Jefe de la Cátedra Derecho Constitucional. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de pregrados y postgrado. Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho. tulioalvarez17@gmail.com

¹ CICERO, Marcus Tullius: *Pro Milone*, 53s.: «*Res loquitur ipsa, iudices, quae semper valet plurimum*».

En estos tiempos, no solo se entiende el vocablo «persona» como «sujeto de derecho», lo que deriva en la capacidad de ser titular de derechos y asumir obligaciones; además, se han escalado estadios superiores, superando la simple consideración de que todo ser humano, como persona que es, se encuentra en plano de igualdad. Esta superación radica en la «plenificación» de los derechos humanos como inherentes a mujeres y hombres, sin distinción alguna de nacionalidad, origen étnico, elementos raciales, religión, lengua o cualquier otra condición personal.

Existe un estatuto jurídico básico conformado por el Derecho interno de los pueblos. Pero aparece el Derecho internacional de los derechos humanos para cubrir las deficiencias y nivelar la configuración de unas condiciones mínimas; de esta forma, se involucra a los Estados como sujetos activados en la protección del estatuto dogmático fundamental que ellos mismos han acordado aunado a una obligación limitante, ya que deben abstenerse de violentar las libertades fundamentales individuales o colectivas. De manera que nos encontramos con una aplicación general y un sentido de dignificación esencial que confiere universalidad al estatuto.

El Derecho quirritario tuvo un sentido original que lo configuró como *status* particular y privilegiado del ciudadano romano. A esta limitación en el ámbito de aplicación se añade un hecho: la personalidad no era inherente a la naturaleza humana y estaba sujeta a determinadas condiciones. La consecuencia fue que no se produjo una teorización de la persona que permitiera la vigencia universal de una dogmática garantista, tampoco la utilización general de ficciones o corporaciones; de tal forma, el estatuto quirritario estuvo referido al ser humano, pero requiriendo una serie de elementos para hacer efectiva su propia personalidad en fórmula de *caput*², sin abstracciones de ningún tipo y que, «en cabeza» de un individuo, se ensamblan conformándolo, al mismo

² Vocablo que se refiere a «cabeza» mientras que «persona» se refería, en el teatro antiguo, a la máscara del actor. Y es que para nosotros, imbuidos en el mundo del Derecho, la persona, el actor, desarrolla su papel en la escena jurídica y, ante diversas situaciones, sus roles son diversos.

tiempo, como hombre libre, ciudadano y padre de familia –*status libertatis*, *status civitatis* y el *status familiae*–³.

Aunque HERMOGENIANUS sostuvo que «todo el *ius* ha sido constituido por causa de los hombres», lo que fue confirmado siglos después con una simple cita del texto en el propio *Digesto*⁴, esa causa eficiente está limitada al hombre libre, al *quirite*, en cuanto a sus circunstancias, justo el sentido contrario a la universalización contemporánea. Mucho tiempo después de la clásica fase de elaboración de ese Derecho quiritario se producirá un primer impacto de aplicación universal, desde el mismo momento en que CARACALLA dictó su *Constitutio Antoniniana* del año 212 a. D. confiriendo la ciudadanía a pobladores de las provincias; y, ya en el plano sustancial, el cristianismo introdujo el reconocimiento del prójimo, la dignificación del ser humano, un espíritu que comparte JUSTINIANO, tal como se puede constatar en las referencias a Jesucristo contenidas en todos los documentos justificativos de la compilación del siglo V.

El sentido de este aporte que pretende ser un homenaje a la querida profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN es rescatar las bases quiritarias en la definición de personalidad. De este modo, se pueden precisar las deficiencias del sistema antiguo y proyectar una mayor coherencia en los avances de la dogmática de los derechos humanos como estatuto personal garantista pero, lo más relevante, también como estatuto universal de humanidad. Especial relevancia tendrá tal precisión en la problemática que se plantea con la bioética, un campo de análisis moral que en forma prescriptiva afecta decisiones judiciales de especial delicadeza y la actividad misma de las ciencias de la vida y la salud.

³ PAULUS, libro *secundo ad Sabinum*, D.4.5.11: «... *tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam...*».

⁴ HERMOGENIANUS, libro *primo iuris epitomarum*, D.1.5.2: «*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus*».

1. El ciclo vital de la persona y el derecho a la vida

La ausencia casi absoluta de la abstracción de personalidad derivó en una identidad quirritaria entre ser humano y persona. Es por ello que la capacidad jurídica se inicia con el nacimiento aunque podría tenerse al concebido –*qui in utero est*–, identificado como *nasciturus* por los comentaristas en el Derecho posterior, como nacido para determinados fines⁵. Sin embargo, tal como lo apunta PAULUS, esa consecuencia está condicionada al nacimiento con vida⁶. De manera que, siempre en la búsqueda de la mejor situación y protección jurídica para el concebido, el hijo que nace después de la muerte del padre –*postumus*– es incluido en la sucesión; y se admitió la designación de un curador –*curator ventris*– para proveer de protección a los bienes que, en un futuro, le corresponderían⁷.

⁵ De manera que los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el Derecho Civil como nacidos, tal como lo indicó JULIANO en su digesto: *Julianus libro 69 digestorum*, D.1.5.26: «*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent*».

⁶ El hijo concebido es protegido como si hubiese nacido, siempre que se trate de sus propias ventajas, pues antes de nacer no puede favorecer a terceros, en PAULUS, libro *singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*, D. 1.5.7: «*Quae liberis damnatorum conceduntur. Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*». Esta opinión es ratificada por PAULUS al analizar el senadoconsulto Tertuliano, confirmación de lo dicho, al advertir que al concebido se le tendrá por nacido siempre que se trate y este en función de sus derechos, pues para otros efectos solo cuenta desde que nace: «*Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus*», en libro *singulari ad Senatus Consultum Tertullianum*, en D.50.16.231.

⁷ Es la opinión que se recoge de ULPIANUS libro 41 *ad edictum*, en D.37.9.1.17: «*Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est,*

En el Derecho de última generación compilado y elaborado por JUSTINIANO, la posición de los jurisconsultos en esta materia se solidifica al establecer en el plano legislativo que la condición jurídica del hijo, en cuanto a la definición del *status* que le corresponde, siempre se definirá a partir del momento del nacimiento; salvo que hubiera resultado más ventajoso para él la consideración del período que se inicia con la concepción⁸. Ahora bien, para considerar como nacida una persona era indispensable el parto⁹, lo que implica la separación del vientre materno; además, lo que ellos denominaron el soplo de vida; y que la creatura tuviera forma humana. Solo así podría considerarse que el *infans* materializaba su participación en el orden sucesorio. Cabe aquí advertir el desencuentro histórico entre las escuelas sabiniana y proculeyana, ya que los juristas inscritos en esta última, proclamaban como prueba evidente de vida el tradicional lloro del niño mientras que los otros admitían cualquier signo vital, lo que terminó prevaleciendo.

En cuanto a la extinción de la persona, se produce por el hecho de la muerte. Como se trata de un evento constitutivo de nuevas situaciones jurídicas, la

possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret». Inclusive, a partir de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, el aborto es un crimen que se castigaba con destierro *–exilium–*.

⁸ Así aparece en el título *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur* del *Codex*: «*Et generaliter definimus et, quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspicatur: et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat, iust. a. Iuliano pp. 'a 530 d. xv k. april. Constantinopoli lampadio et oresta vv. cc. cons'*»; en C.5.27.11.4.

⁹ Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, porque nunca pudieron llamarse hijos, tal como se evidencia en PAULUS libro *primo ad legem Iuliam et Papiam*, D.50.16.129: «*Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*». Inclusive, CLEMENTIUS afirma que debe entenderse ya existente en el momento de la muerte de la madre el que queda en su vientre y nace vivo: libro 11 *ad legem Iuliam et Papiam*, D.50.16.153: «*Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*».

muerte, entonces y ahora, debe ser objeto de prueba. Sin embargo, se podían materializar situaciones de hecho de difícil o imposible prueba, tal como ocurre cuando varias personas perecen en un mismo incidente –los más comunes eran batallas, naufragios, incendios–. Cualquier confusión o imposibilidad para determinar una precedencia de muerte podía tener como consecuencia un cambio en el orden de sucesión; razón por la cual, y ante los conflictos que se pudieran originar, las víctimas podían considerarse como conmorientes; es decir, habían fallecido al mismo tiempo, caso de que no se pudiera comprobar que una muerte precedió a la otra¹⁰.

Ahora bien, las referencias del *Digesto* señalan varias posibilidades. En primer lugar, he encontrado la solución de casos particulares, explicados por TRYPHONINUS en sus disputas o debates, en supuestos de muertes de familiares en el mismo evento: i. En la que el hijo muere después del padre, situación en la cual es excluido el patrono en la sucesión de quien fuera su liberto siguiendo la vocación hereditaria la vía de ese hijo mayor¹¹; ii. En el tema de la dote con estipulación especial de reintegro en caso de muerte de la *uxor*, se podía suponer que el hombre muere después de la mujer¹², y iii. En la sucesión testamentaria, podría deducirse que el hijo impúber es premoriente con relación al padre, no así el hijo púber¹³. Pero de estas apreciaciones a llegar a la conclusión de que existían expresas presunciones aplicables a casos de premoriencia, tal como lo indican buena parte de los textos de Derecho romano,

¹⁰ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Paredes. Caracas, 2011, pp. 105-118.

¹¹ TRYPHONINUS libro 21 *disputationum*, D. 34.5.9.2: «*Si cum filio suo libertus simul perierit intestati, patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus*».

¹² *Idem.*, D. 34.5.9.3: «*Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo 'si in matrimonio mulier decessisset' habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse*».

¹³ *Idem.*, D. 34.5.9.4: «*Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur*».

existe un trecho muy largo. Tal proceder no era una salida común en los derechos de la antigüedad y, como no las he podido constatar en el Derecho quiritario, no las declaro como existentes. De manera que, bajo la interpretación de situaciones particulares como las que refiere TRYPHONINUS, creo factible una intervención de los comentaristas posteriores estableciendo una aplicación general a los supuestos comentados¹⁴.

2. El estatuto de libertad como sustrato de vida y humanidad

El Derecho quiritario con todo y ser el Derecho de la antigüedad de mayor perfección no proscribió, ni siquiera por la influencia final del cristianismo, la más cruel y criminal distinción entre los seres humanos: aquellos que son libres y los que son esclavos¹⁵. En virtud de la posibilidad de reversión de la esclavitud, mediante el mecanismo liberatorio de la manumisión, se presenta la diferenciación entre los ingenuos y los libertos, esto en cuanto al hombre libre¹⁶.

El advenimiento del cristianismo marca la noción moderna de libertad. En el sentido metafísico, para el filósofo de la antigüedad, la libertad se enfoca

¹⁴ Fijémonos en la presunción, en materia de ausencia declarada, sobre que el ausente no puede vivir más de 100 años. Tan posterior es la misma que, ante el advenimiento del cristianismo, fue reducida a 70 años; y eso fue así por cuanto el Salmo 90 indica sobre la eternidad de Dios y la transitoriedad del hombre: «Los días de nuestra edad son setenta años. Si en los más robustos son ochenta años, con todo, su fortaleza es molestia y trabajo, porque pronto pasan y volamos». De forma que tal presunción seguramente es producto de una glosa inicial; porque, si no fuera así, no habría sido rebajada de 100 a 70 años. El conocimiento de la teología siempre será útil para comprender esta materia.

¹⁵ GAIUS libro *primo institutionum*, D.1.5.3: «*Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*».

¹⁶ Sobre el tema de la libertad recomiendo revisar las obras de BASTIANEL, Sergio: *Morality social in social life*. Convivium Press. Bogotá, 2010; FINNIS, John: *Natural law and natural rights*. Clarendon Law Series. Hong Kong, 1996; y, especialmente, me he inspirado en la presentación que del tema hace POLIN, Raymond: *La liberté de notre temps*. Vrin. París, 1977. Además, debo resaltar las enseñanzas y materiales facilitados por el Dr. Pedro TRIGO (S.J.) en los tiempos de mis estudios en la Maestría de Teología Fundamental de la Facultad de Teología en la Universidad Católica Andrés Bello.

como un acoplamiento al orden de las cosas, aquello que es conforme a su naturaleza, a su esencia. El ser libre se adapta perfectamente a la función que es suya, en el orden del universo; él participa en la armonía del cosmos y actualiza la perfección de aquello que es. El orden de las perfecciones y el orden del ser formaban un solo orden, la libertad debía ser entendida en unidad de ambas. Cuando el ser no es libre, se manifiesta imperfecto, está impedido de ese acoplamiento, se muestra fuera del orden. Pero, así como ese impedimento puede devenir de su propia imperfección, también puede derivar de la imperfección del medio en que el hombre se desenvuelve, producto de la intervención de fuerzas exteriores contrarias, divinas o humanas.

Para el pensamiento de la antigüedad, el grado de libertad está doblemente vinculado al grado del ser. El ser humano encuentra su máxima libertad, por una parte, desde el momento en que se sitúa en el más alto grado de perfección dentro de la jerarquía de los seres y, por otra parte, logra su objetivo al ubicarse en el más alto punto de actualización ontológica de su intensidad como ser. Ser libre, es propiamente ser según su ser, es ser. Este criterio tiene impacto en la bioética, ya que una tendencia filosófica, basada en una diferenciación entre moral personal y la esfera de lo político, determina que la escogencia personal está subordinada al bien común, lo que permitiría que el Estado pueda y deba gobernar la vida de los individuos interviniendo en la dimensión más íntima del mismo.

Con el cristianismo, el mundo de los hombres deja de ser concebido como un mundo eterno y perfecto. Es un mundo creado, solo su creador es perfecto. Aun si la Creación no es tenida como imperfecta en sí misma, como lo afirmaban ciertas herejías gnósticas, el mundo creado es imperfecto y, en consecuencia, la creatura humana es imperfecta. La libertad es precisamente la marca de la creatura humana y el medio de su imperfección al mismo tiempo que el medio de su virtud en este mundo, el medio de su salvación; es decir, el medio de la perfección que él es en la medida de esperar su futuro escatológico. El uso de la libertad deviene en la ocasión de un mérito, de una virtud.

El hombre cristiano se sabe en un mundo sin armonía. Él es imperfecto y, en consecuencia, actúa y se perfecciona en un mundo imperfecto, devenido en un mundo de sufrimiento y de pruebas. Un margen de indeterminación y de incertidumbre le es dado, su salvación depende de su libre elección entre el bien y el mal. El orden de las cosas creadas obedece a un principio: el hombre conocerá el orden bajo las especies del bien y del mal. A él se le deja la libertad de escoger, entre el bien y el mal, entre lo que es según el orden o contra el orden; es decir, el poder de hacer y el conocimiento para hacer. La libertad cristiana es fundamentalmente una libertad de escogencia en la que encaja el carácter personal de la existencia humana. Por esencia, la libertad humana es subjetiva; ella engendra la subjetividad de la existencia del hombre y forma, para cada sujeto, el principio de un destino personal y el diseño de una individualidad.

Mas, por definición, esta libertad subjetiva está situada en un orden preexistente determinado por principios; y el mandato divino concerniente al bien y al mal. Es con relación a ese orden que toma su sentido de libertad y que deriva su misma sustancia de sujeto. Si la libertad es la esencia propia del hombre, si la naturaleza del hombre consiste en hacer libremente su naturaleza, la libertad en cuanto tal no es neutra ni desprovista de valor intrínseco: «la libertad o la muerte», quiere decir simplemente existir como hombre o morir. Para mí, la libertad es vida y la vida es libertad; la sacralidad de la vida lleva a la no disponibilidad de la misma por parte del Estado, lo que impulsa una posición definida sobre el tema de la pena de muerte, pero deja abierta la duda sobre la disponibilidad del individuo de su propia vida.

El valor de la libertad depende de su uso. Podemos calificar ese uso como bueno o malo de acuerdo a la condición de postular un cierto orden del mundo, recibido o instituido. Una libertad inmediatamente perfecta será una libertad signada por la ley de Dios. Él conoce a cada ser humano. Esto no debe ser entendido en el mismo sentido nuestro, ya que para Dios el conocimiento es, digámoslo humanamente, un ingrediente de su amor. Según las enseñanzas de Pedro TRIGO, para la filosofía cristiana tradicional, y para la teología que se apoyó en ella, tanto al menos, si no más, que en el dato bíblico, la persona se define como una sustancia individual de naturaleza racional —«*Naturae*

rationalis individua substantia): BOECIO¹⁷—, entendiendo que en lo individual entra el cuerpo y en lo racional entra la libertad. Esta definición insiste en la densidad del ser humano, que es una sustancia, un ser en sí y de suyo; y también para sí: un fin para sí mismo. Es por esta situación que, en la actualidad, la búsqueda del bienestar personal se constituye en una regla hermenéutica al momento de interpretar el sentido y alcance de una dogmática de derechos humanos¹⁸.

La interferencia de esta visión que impregnó a la filosofía del mundo cristiano marcó al Derecho quirritario e inspiró una vida signada por tales principios aunque fuera en su etapa final compilatoria¹⁹. Frente a esta visión del mundo, la esclavitud aparece como una institución injusta, apartada de los valores cristianos y del mensaje trascendente que entregó Cristo para su seguimiento. Dificil posición fue en la que se encontró JUSTINIANO ante el conflicto por sus creencias y la fundamental importancia que tuvo la esclavitud en la conformación de un sistema económico de brutal acumulación que hizo de Roma el Imperio más poderoso de la antigüedad. Este dilema economicista será una constante que interfiere en la manifestación garantista que debe ejercer el Estado en el resguardo de los derechos humanos.

¹⁷ *De duabus naturis et una persona Christi*, c. III. PL 64,1343.

¹⁸ Tomemos nota que la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 40, advierte «una noción filosófica de persona señala que es toda sustancia individual de naturaleza racional. Pero tal definición que se corresponde con la idea de ser humano y coincide jurídicamente con la persona natural, es incompleta o inválida para el ámbito jurídico porque no incluye la persona incorporeal o persona jurídica en sentido estricto». Se da así explicación a la incapacidad del Derecho romano para desarrollar la ficción de persona jurídica y la regulación de las corporaciones. *Vid.* También de la autora: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. 1ª reimp. TSJ. Caracas, 2010, pp. 21-29.

¹⁹ En este sentido, FLORENTINUS insiste en que la libertad es una facultad natural que implica discernimiento y que la esclavitud es una práctica contra natura, libro *nono institutionum*, D.1.5.4.pr.: «*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*»; y D.1.5.4.1: «*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*».

Se explica así la contradicción en el esquema quiritario, manifiesto en las *Institutas*, ya que, por una parte, en el apartado III.1. aparece: «La libertad, de donde viene la denominación de libres, es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impida»; mientras que inmediatamente y en el mismo Título III.2. resalta: «La servidumbre es una institución del Derecho de gentes que, contra lo que la naturaleza dicta, pone a un hombre en el dominio de otro». Casi como pidiendo perdón, JUSTINIANO trata de excluir a la esclavitud del Derecho quiritario, afirma que es una institución contra natura y concluye que es el Derecho de gentes quien impone tal abyección. Solo faltó aclarar en la justificación que el estatuto quiritario, respetuoso de la propiedad privada y el libre comercio, no podía intervenir en las relaciones jurídicas que se establecían entre los romanos y peregrinos.

Pero no existen razonamientos para explicar lo que no tiene justificación, si se parte de la dignidad intrínseca del ser humano. El esclavo –*servus-puer-ancilla*– fue definido por el Derecho romano como el hombre o mujer que por una *iusta causa servitutis* no tiene libertad y pertenece a otro a quien sirve²⁰. Además, se delineó un *status* especial y máximo, el *libertatis*, para diferenciar a aquellos con plena capacidad de ejercicio porque disfrutaban de su libertad. SENECAE (5 a. C.-65 d. C), fiel a su pensamiento estoico, desarrolla en su obra *De Clementia* un análisis racional dirigido a su discípulo NERÓN, seguramente con el objeto de transmitir algún tipo de equilibrio a quien ya se mostraba como un ser despótico y criminal. Una parte del discurso lo dedica a la defensa de la humanización del trato debido a los esclavos como un recurso lógico para justificar un trato justo a los súbditos:

XVIII. Laudable es mandar con moderación a los esclavos. También en el esclavo se ha de pensar no cuánto puede ser castigado impunemente, sino cuánto te lo permiten la justicia y la bondad,

²⁰ FLORENTINUS libro nono institutionum, D.1.5.4.2: «*Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent*»; y en D.1.5.4.3: «*Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur*».

que mandan perdonar hasta a los cautivos y comprados por dinero. ¡Con cuánta más justicia mandan no abusar de hombres libres, noble, honrados, como si fueran esclavos, sino tratarlos como a quienes solo superas en jerarquía y de los que se te ha confiado no la servidumbre, sino la tutela! Los esclavos tienen derecho de asilo acercándose a una estatua; y estando con el siervo todo permitido, hay algo que veda hacer con el hombre el derecho común de los vivientes. ¿Quién no odiaba, aun más que sus propios esclavos, a Vedio Polión, que cebaba a las murenas con sangre humana y mandaba arrojar a los que le ofendían a un vivero lleno de serpientes? ¡Oh hombre digno de mil muertes, tanto si, para después comérselas, arrojaba a las murenas a los siervos para que los devoraran, como si tan solo las tenía para alimentarlas de este modo! Así como los amos crueles se señalan en toda la ciudad y son aborrecidos y detestados, así la injuria que cometen los reyes se hace aun más patente y su infamia y su odio pasan de siglo en siglo; ¡cuánto mejor les hubiera sido no nacer que ser contados entre los que nacieron para desgracia de los pueblos!²¹.

La conceptualización del esclavo como cosa estuvo altamente mediatizada por las prescripciones quiritarias por lo que no aparece extraño que se haya proscrito el maltrato. La casuística confirma la atenuación de los rigores de

²¹ L. Annaei Senecae *Ad Neronem Caesarem De Clementia*, XVIII: «1. *Servis imperare moderate laus est. Et in mancipio cogitandum est, non quantum illud impune possit pati, sed quantum tibi permittat aequi bonique natura, quae parcere etiam captivis et pretio paratis iubet. Quanto iustius iubet hominibus liberis, ingenuis, honestis non ut mancipiis abuti sed ut his, quos gradu antecedas quorumque tibi non servitus tradita sit, sed tutela.* 2. *Servis ad statuam licet confugere; cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune ius animantium vetet. Quis non Vedium Polionem peius oderat quam servi sui, quod muraenas sanguine humano saginabat et eos, qui se aliquid offenderant, in vivarium, quid aliud quam serpentium, abici iubebat? O hominem mille mortibus dignum, sive devorandos servos obiciebat muraenis, quas esurus erat, sive in hoc tantum illas alebat, ut sic aleret»;*

<http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.clem.shtml>.

la esclavitud²². En consecuencia, posterior al siglo I, se puede detectar una tendencia que, coincidente con un mayor conservadurismo en el resguardo de las costumbres y la moralidad, se tradujo en la prohibición de abusos y atentados contra la integridad y vida de los esclavos. Finalmente, el emperador

²² En cuanto al trato, en diversas fuentes se refiere la existencia de una *Lex Petronia de servis*, fechada por Theodor MOMMSEN en el año 69 al comentar la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*; o una *Lex Junia Petronia*, tal como es citada por Paul GIRARD, ubicada por él en el año 772 de Roma y 19 de nuestra era, en la que se prohíbe enviar a los esclavos para que combatan con las bestias en el Circo, salvo que existiera la autorización del magistrado. En el *Codex* se cita un edicto de CLAUDIO que ordenaba la libertad del esclavo enfermo abandonado por su dueño. Quien mataba injustamente a un esclavo caía bajo la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* de la época de SYLA con la pena de deportación, y más tarde, hasta la de muerte. Esta misma ley prohibía la entrega de esclavos para luchar con fieras como divertimento privado o público. Solo se admitía como consecuencia del *ius corrigendi* y previa autorización pública. CONSTANTINO calificó como homicidio la muerte intencionada del esclavo y al *dominus* como reo de tal crimen. Según una constitución de Antonino Pío, matar a su esclavo tenía la misma consecuencia que hacerlo con uno ajeno; además, un trato abusivo ocasionaba la venta forzada de los esclavos. Esta conclusión se encuentra en GAYO: «I.53. Pero en la actualidad ni los ciudadanos romanos ni nadie que esté bajo el imperio del pueblo romano puede tratar a los esclavos con dureza excesiva e injustificada; pues, en virtud de una constitución del sacratísimo emperador Antonino, el que mata injustificadamente a su esclavo es tan responsable como el que mata a un esclavo ajeno. Pero también se reprime en la constitución de este príncipe el maltrato por parte de los dueños; pues con ocasión de una consulta que le hicieron unos gobernadores de las provincias a propósito de los esclavos que se refugian en los templos de los dioses o en las estatuas de los príncipes, dispuso que, si parecía insoportable la dureza de sus dueños, se obligara a vender sus esclavos. Las dos cosas están bien, pues no debemos abusar de nuestro derecho, por la cual razón se prohíbe a los pródigos la administración de sus bienes». Un senadoconsulto del año 83 d. C. castigó con la multa de la mitad de los bienes a quien castrara a un esclavo. Es bastante probable que este senadoconsulto sea el mismo JUNIANO, al menos contemporáneo con aquel, en que fue regulada la colusión entre un *dominus* y su esclavo. Refiere el texto que, para obstaculizar la gran bondad de ciertos *dominus* hacia sus esclavos al permitirles reclamar su condición de ingenuos y que se pronuncie su condición de libertad, lo que podría derivar en que sujetos indignos ocuparan la función senatorial, se aprobó en tiempos de DOMICIANO un senadoconsulto que define «si alguien prueba que semejante cosa se ha hecho por colusión, si el hombre declarado libre era realmente esclavo, el antiguo *dominus* se convertirá en esclavo de aquel que haya descubierto la colusión».

JUSTINIANO, embebido en sus creencias cristianas, confirmó las sanciones contra el *dominus* que diera un trato cruel a sus esclavos y en la *Novela Nona*, refleja una convicción afirmativa de la igualdad de todos los seres humanos a los ojos de Dios²³.

3. La autonomía de voluntad quiritaria en proyección a la moralidad de los actos

La libertad es el presupuesto de la toma de decisiones personales pero también, en el marco del Derecho, lo es de la ciudadanía y la capacidad jurídica. No se pueden separar, ya que se integran en un estatuto jurídico en el que el estado ideal incluye ser libre, ciudadano y *sui iuris*. Pero operan en esferas distintas. Es por tal circunstancia que, en este punto, conviene diferenciar los elementos que definen la capacidad jurídica de los derechos inherentes a la condición quiritaria; y aquí me refiero a los derechos civiles concretados en el *ius connubium* y el *ius commercium*, los derechos políticos referidos al *ius suffragii* y al *ius honorum* y a la posibilidad de acceder a la protección pretoria como consecuencia directa del carácter garantista del sistema procesal quiritario. Fijemonos que tal diferenciación se puede extrapolar al mundo moderno; y es lógico que sea así porque es el precedente.

La capacidad jurídica, entendida como la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, comienza con el nacimiento y, tal como se ha advertido,

²³ Novela IX. *Ut Ecclesia Romana Centum Annorum Habeat Praescriptionem*. (Año del Señor 535). Texto latino versionado en la edición de Schoell and Kroll's edition: «5. *Scilicet omnibus iudicibus maioribus et minoribus, qui Christiani et orthodoxi sunt, hanc nostram constitutionem servantibus: nihilominus huiusmodi legis temeratoribus post caelestes poenas etiam legitimum semper vigorem pertimescentibus et poenam quinquaginta librarum auri formidantibus. Hac lege non solum in postea emergentibus causis suum tenorem exercente, sed etiam in his quae iam in iudicium sunt deductae. Sanctitas itaque tua praesentem nostrae mansuetudinis legem piissimam sive sacrosanctam oblationem quam deo dedicamus accipiens inter sacratissima vasa reponat, et a vobis servandam et omnes ecclesiasticas possessiones servaturam*». Dat. XVIII. k. Mai CP. Belisario cons. Fuentes: Coll. II, tit. 4; Ep. Theod. 9; Ath. 2, 4; Iul. const. VIII.

inclusive desde la concepción; lo que implica que cualquier acto inhibitorio de derechos es la consecuencia de una decisión que se valide con una voluntad, y esa no puede ser la del Estado. Sin embargo, la denominación «capacidad de ejercicio» denota la posibilidad de producir efectos jurídicos inherentes a la propia actividad y, tal condición, deriva de ciertas circunstancias como la edad, la condición sexual²⁴ o la inhabilidad producto de una enfermedad mental. En este punto, tiene relevancia la precisión de DOMÍNGUEZ GUILLÉN al diferenciar entre «persona» y «personalidad», este último término entendido como «la aptitud, cualidad o idoneidad para ser persona. Jurídicamente toda persona tiene personalidad y correlativamente a su vez se tiene personalidad porque se es persona. Se trata simplemente de una precisión conceptual en el plano jurídico en la que se quiere diferenciar entre el ‘ente o sujeto’ y la ‘aptitud o cualidad’, la primera corresponde a la persona, la segunda a la

²⁴ En el Derecho quiritario no se produce una equiparación entre hombres y mujeres. La primera diferencia se da en el tema de las magistraturas y la función pública, encargos de naturaleza viril a lo largo de toda la historia romana. Tal exclusión no borra el papel estelar, tras bambalinas, jugado por las mujeres de las importantes familias, tildadas como mujeres senatoriales, en las grandes conspiraciones de poder. En cuanto a la perspectiva familiar, la estructura patriarcal no dejaba mayores libertades y solo el hombre puede ser *pater familiae*. La *filia in potestate* del *pater* estaba sometida, en igual situación que los hermanos varones; solo si salía de ella y se casaba *sine manus* era considerada *sui iuris*. Pero si el matrimonio era *cum manu*, ella estaba sujeta a la *manus* de su marido o del *pater* si aquel era *alieni iuris*. Sin embargo, aun con el *status* de *alieni iuris*, durante buena parte de la historia del Derecho quiritario, estaba sujeta a un tutor de sexo –tutor *mulieris*– independientemente de que fuera *maior*. También es bueno advertir que un senadoconsulto VELLAEANUM, en el siglo I a. D., protegía a las mujeres prohibiendo que esta asumiera obligaciones a favor de terceros como sería el caso de la fianza, liberación de deudor por novación o suscribiera deudas a favor de tercero. En principio, si se suscribían, estas deudas eran válidas; pero el senadoconsulto permitía oponer una *exceptio* senadoconsulto *Vellaeani*; referencia que aparece en ULPIANUS libro 29 *ad edictum*, D.16.1.2.1. Para nivelar los intereses en conflicto, el pretor admitía una *actio restitutoria* contra el deudor liberado por la *intercessio* de la mujer; y, cuando la mujer intervino inicialmente a favor del tercero, una *actio institutoria* contra este, como si el negocio hubiese sido celebrado por él. Estas acciones originan una *in integrum restitutio* judicial. Cfr. KASER, Max: *Direito privado romano*. 2ª, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011, p. 316.

personalidad»²⁵. Pero en el sistema quirritario la personalidad, como cualidad, admite límites y grados, lo que constituyó un obstáculo inicial en el esfuerzo de universalizar un estatuto de humanidad.

La autonomía de un consentimiento dirigido a la realización de actos que se hallan en la zona limítrofe de una ética social encuentra su sustento en reglas morales que se originan en la misma sociedad. Es por ello que los temas vinculados a la bioética son tan conflictivos; tienen un componente de libertad, en cuanto al derecho subjetivo del individuo de accionar de acuerdo con su propia elección, pero también se refleja un cierto derecho difuso de los otros, interesados en el mantenimiento del orden que sustenta a la sociedad; y que podrían no abstenerse de intervenir en decisiones que, en principio, se adscriben dentro de la esfera privada de ese individuo. Aquí se encuentra una función del Derecho, bastante delicada, consistente en garantizar la libertad en el marco de los derechos de los otros. Pero, ¿cómo encontrar ese equilibrio entre la individualidad y el interés social como fundamento de la moralidad del acto?

Han sido muchos los esfuerzos, al punto que se ha planteado una «Ética mínima» diseñada en tres principios: La neutralidad desde la perspectiva de las concepciones sustanciales del bien²⁶, el principio negativo de evitar causar

²⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho...*), pp. 47 y 48. Vid. también: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Inicio y extinción...*), pp. 27-29; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Panapo. Caracas, 2009, pp. 126-129; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La persona: ideas sobre su noción jurídica». En: *Revista de Derecho*. N° 4. TSJ. Caracas, 2002, pp. 317-355.

²⁶ En mi artículo «La Ley natural como patrón del orden justo» desarrollo el tema: «Es indudable que el contexto social marca la formación bajo valores morales pero no es por albur que, al margen de la particularidad cultural, exista una coincidencia universal, por no utilizar el término consenso, que consolida un código de lo humano según un llamado interior. Y no hay que profesar un credo religioso para percibir lo que Santo Tomás definió como el precepto sobre el que se fundan todos los otros de la ley natural: ‘Haz el bien y evita el mal’, enraizado en todas las culturas. 3 Las acciones humanas, en tanto iluminadas por la razón, están dirigidas a un fin que necesariamente será o parecerá bueno. Si no estuviera direccionado racionalmente, no nos dirigiríamos a él. Sin embargo, la actualidad imprime la necesidad de añadir: ‘Haz el bien luchando contra el mal’ o ‘para hacer el bien hay que luchar contra el mal’. Esta segunda perspectiva

daños a los otros y el principio positivo que nos impele a conferir el mismo valor a los intereses de cada quien²⁷. Se trataría de un consenso sobre los principios comunes mínimos que se corresponde bastante con el documento Vaticano que define la posibilidad de una ética universal sobre temas puntuales. Y que conste que ese criterio lo sostengo al trabajar el tema de la validación del sistema normativo, como orden justo, vinculándolo a unos valores universales que privilegian la dignidad de la persona humana, desarrollados en el documento²⁸. Pero ese minimalismo trifásico que no comparto, partiría de la consideración de las acciones como realidad material que pueden ser calibradas por las motivaciones de sus actores. Como si pudiéramos medir anticipadamente y con precisión las consecuencias de toda acción humana.

acentúa el modo cómo el bien se hace presente de forma que es la acción misma de luchar contra el mal y no como si algo, en sí mismo, fuera bueno independiente de aquello que sea malo. El bien es la acción ejercida en contra del mal entendido como génesis y acción omisiva de una acción buena. El mal carece de entidad es la ausencia del bien», en: *Fronesis*. Vol. 16, N° 3. LUZ. Maracaibo, 2009, *passim*.

²⁷ Cfr. OGIEN, Ruwen: *L'éthique aujourd'hui: Maximalistes et Minimalistes*. Gallimard. París, 2007.

²⁸ Me refiero al interesante documento *À la recherche d'une éthique universelle: Nouveau regard sur la loi naturelle*, elaborado por la Comisión Teológica Internacional. Congregación para la Doctrina de la Fe de la Santa Sede, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_fr.html. En comentario contenido en artículo de mi autoría precitado, se observa, en el mismo sentido: «Así como aquel fue un reto generacional que produjo una verdadera revolución en el espíritu que determina las relaciones humanas, hoy procede la revisión de 'las cuestiones de siempre en torno al bien y el mal' en un sentido, quizás utópico, de la conformación de una comunidad mundial. Y que conste que la idealización no puede ser desechada por consideraciones vinculadas a las probabilidades de éxito. ¿Acaso no fueron las utopías las que inspiraron la humanización de las relaciones sociales y la transformación del Estado en el marco de la modernidad? ¿No vale la pena el intento? El análisis y solución de los problemas novedosos que aquejan a las sociedades, como el equilibrio ecológico, aquellos de índole moral que surgen por el desarrollo acelerado de las biotecnologías, las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y las nuevas formas de violencia, causantes de 'una preocupación presente que interpela a toda la humanidad' ante una organización política nacional que se ve desbordada y que nos lleva a pensar en sociedades bajo una dimensión planetaria, requiere una 'urgente reflexión ética y política de rango universal'».

Se admitiría así, en una especie de economicismo social, la actuación del Estado invadiendo la esfera más íntima del ciudadano; reglando la vida y la muerte, el control de los nacimientos, la constitución de la familia, la educación de los hijos, solo para ejemplificar. No existen valores mínimos en un orden social como tampoco puede establecerse una visión neutral sobre el bien y el mal. Lo que podría darse son fórmulas de consenso que se inscriban en la dogmática constitucional enunciada en el Texto Fundamental o en el Derecho internacional, pero nunca con la pretensión de un carácter definitivo que se imponga o manifieste a las generaciones futuras. Ese mito de totalidad es bastante peligroso.

Otro punto que debo destacar es que la tradición quiritaria acepta la existencia de actos inadmisibles como aquellos en que se da la imposibilidad fáctica de realización, una imposibilidad jurídica o moral; esta última, precisamente, vinculada al tema que desarrollo y que se constituye en un atentado contra las buenas costumbres²⁹. Del sistema quiritario me interesan tres reglas básicas: i. El Derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares o la invalidez de aquellos pactos que atentan contra las buenas costumbres (D. 2.14.38 y Pap. 2 *quaest.*: «*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*»; C. 2.3.6: «*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*»); ii. no debe observarse el pacto que contradice el Derecho común (D. 2.14.7.16: «*Quotiens pactum a iure communi remotum est, servan hoc non oportet*») y iii. es lícito pactar en todo aquello que no afecte a intereses públicos, sino a asuntos particulares (D. 2,14,7,14: «*In omnibus quae non ad publicam iaesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet*»).

La inmoralidad surge de la naturaleza misma del acto prometido, el cual es moralmente repudiable o atenta contra las costumbres aceptadas socialmente, no cuando resulta ilícito por vía incidental o cambios en la legislación. Entonces, la moralidad de los actos humanos sí resulta esencial para determinar la solución de conflictos jurídicos y, en especial, aquellos temas que se inscriben en la bioética. El ejemplo más evidente es la estipulación hecha para

²⁹ Cfr. mi obra: *Las Institutas de Justiniano*. Tomo II. UCAB. Caracas, 2012, p. 93.

cometer un delito o a causa de uno ya cometido, referido por PAPINIANUS³⁰. El punto controversial es que sea el propio Estado el que asuma la autoría de esas violaciones.

4. La ciudadanía quiritaria fundante de los criterios de nacionalidad y ciudadanía modernos

La ciudadanía romana deriva de un derecho de sangre, ya que son ciudadanos los descendientes de ciudadanos; sin embargo, podía ser adquirida en circunstancias excepcionales y por beneficio de ley por un peregrino, además de la regulación especial que favorecía a los latinos en una especie de naturalización. Tito LIVIO insiste en tal hecho y la relación de pureza de sangre que se vincula al ejercicio del mando y las magistraturas:

4.4. Pero, se me puede decir, ningún cónsul, desde la expulsión de los reyes, ha sido elegido entre la plebe. ¿Y qué, entonces? ¿No se ha de introducir ninguna novedad?, ¿y porque algo no se haya hecho aún –y en un nuevo pueblo hay muchas cosas que todavía no se han hecho–, no se ha de hacer aun cuando sea algo favorable?³¹.

Los ciudadanos tienen el derecho a contraer matrimonio, lo que deriva en la constitución de la familia romana con la connotación especial que esta tiene en el Derecho quiritario –*ius connubium*–; y el derecho de adquirir y transmitir la propiedad quiritaria, ser sujeto activo en obligaciones o, en general, realizar actuaciones negociales –*ius commercium*–.

³⁰ PAPINIANUS, libro *primo definitionum*, D.45.1.123.: «*Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet*». Otras referencias en el *Digesto* sobre la nulidad inmediata de las estipulaciones inmorales son las de ULPIANUS, libro 42 *ad Sabinum*, D.45.1.26.: «*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*»; y en POMPONIUS, libro 22 *ad Sabinum*, D.45.1.27.pr.: «*Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari. 1. Si stipulatus hoc modo fuero: 'si intra biennium capitolium non ascenderis, dari?', non nisi praeterito biennio recte petam*».

³¹ *Titi Livi, Ab Vrbe Condita, Liber IV.4*, <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.4.shtml#4>.

i. En cuanto a la situación que se produce por el nacimiento, la solución quitaria es diferente a las soluciones pro libertad en el caso de la esclavitud; ya que, a la hora de determinar la ciudadanía, una ley *Minicia* comentada por GAIUS presuponía la preexistencia en ambos padres romanos unidos en *iustae nuptiae*. De manera que lo importante era la derivación del vínculo de derecho, lo que a su vez era un privilegio que derivaba de la ciudadanía. Veamos como GAIUS desarrolla el problema:

74. Si un extranjero se casa con una ciudadana romana, es discutido si puede probar la causa en virtud del senadoconsulto (...) se le concede esto especialmente. Pero cuando un extranjero se casa con una ciudadana romana y después de haber nacido el hijo ha conseguido la ciudadanía romana, al consultársele si puede probar la causa, el emperador Antonino contestó en un principio que puede probar la causa de la misma manera que si hubiese seguido siendo extranjero. Por lo cual colegimos que también el extranjero puede probar la causa³².

75. De lo dicho resulta que, ya se case un ciudadano romano con una extranjera, ya un extranjero con una ciudadana romana, el que nace es extranjero, y que si tal matrimonio fue contraído por error, se subsana el defecto en virtud del senadoconsulto, conforme a lo que hemos dicho más arriba; pero que si no hay error, sino que conociendo su situación se unen de ese modo, en ningún caso se subsana el defecto del matrimonio³³.

³² GAIUS, *Intitutas*, I.74: «*Si peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, an ex senatus consulto causam probare possit, quaesitum est (...) hoc ei specialiter concessum est. Sed cum peregrinus civem Romanam uxorem duxisset et filio nato alias civitatem Romanam consecutus esset, deinde cum quaereretur, an causam probare possit, rescripsit imperator Antoninus proinde posse eum causam probare, atque si peregrinus mansisset. Ex quo colligimus etiam peregrinum causam probare posse*».

³³ *Idem*, I.75: «*Ex iis, quae diximus, apparet, sive civis Romanus peregrinam sive peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse, sed si quidem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex senatus consulto secundum ea, quae superius diximus. Si vero nullus error intervenerit, sed scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii*».

ii. Por hechos posteriores al nacimiento, se podía adquirir la ciudadanía romana en diversas situaciones: a. Como consecuencia de la manumisión, el liberto adquiría el *status civitatis* con ciertas restricciones, tal como se verá *infra*; b. un beneficio especial podía ser concedido en torno a la ciudadanía vía decisión en *comitia*, en la época de la República; o a través de un senadoconsulto o una constitución imperial, a favor de una persona o ciudades. Podía otorgarse en forma individual o colectiva³⁴, tal como lo reseña GAIUS: «El cual privilegio lo obtienen algunas ciudades extranjeras del pueblo romano, del senado o del César (...) puede haber privilegio de latinidad mayor o menor: es mayor cuando, tanto los que son elegidos decuriones como los que tienen algún cargo o magistratura, consiguen la ciudadanía romana; es menor cuando únicamente se hacen ciudadanos los que tienen magistratura o cargo. Así se dispone en varias epístolas de los príncipes»³⁵.

³⁴ Por ejemplo, la equiparación colectiva de los latinos *veteres* después del conflicto que produjo la recesiva *Lex Licinia Mucia* del año 659 de Roma, lo cual se encuentra referido por CICERO al comentar la *Lex Iulia* del año 664 de Roma: «*Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus; innumerabiles aliae leges de civili iure sunt latae; quas Latini voluerunt, adsciverunt; ipsa denique Iulia, qua lege civitas est sociis et Latinis data, qui fundi populi facti non essent civitatem non haberent. In quo magna contentio Heracliensium et Neapolitanorum fuit, cum magna pars in iis civitatibus foederis sui libertatem civitati anteferet. Postremo haec vis est istius et iuris et verbi, ut fundi populi beneficio nostro, non suo iure fiant*», en M. TULLIUS CICERO, *Pro Balbo*, N° 21, <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/balbo.shtml#21>; lo cual es confirmado por GELLIUS: «*Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est*», en AULIUS GELLIUS, *Noctes Atticae, Liber IV*, N° 4.1, <http://www.thelatinlibrary.com/gellius/gellius4.shtml#4>. Véase igualmente la referencia que hace MOMMSEN sobre el otorgamiento a favor de los marinos de la flota en los tiempos de ADRIANO, según GIRARD párrafo 120.2.

³⁵ GAIUS, *Institutas*, I.96: «*Quod ius quibusdam peregrinis civitatibus datum est vel a populo Romano vel a senatu vel a Caesare (...) aut maius est Latium aut minus; maius est Latium, cum et hi, qui decuriones leguntur, et ei, qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur; minus Latium est, cum hi tantum, qui vel magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt. Idque conpluribus epistulis principum significatur*».

iii. Tal privilegio podía ser pleno o limitado hasta que en el año 212 d. C. CARACALLA emite la famosa *constitutio Antoniniana* mediante la cual se confiere la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, salvo aquellos que tuvieran la condición de *dediticii*³⁶.

iv. Finalmente, la ciudadanía romana se pierde: a. Por la pérdida de la libertad calificada como *capitis deminutio* máxima; b. los derechos políticos en la ciudad dejan de ejercerse en el caso de que el individuo asumiera la condición de latino *coloniario* o sufriera la pena del destierro que lo colocaba al margen de la *civitas* y derivaba de varias situaciones; entre ellas, la más relevante era sufrir la *interdictio aquae et ignis*. También era común la pena de la *deportatio in insulam* que se diferenciaba de la *relegatio in insulam* en que, esta última, no implicaba la pérdida de ciudadanía³⁷.

5. Conceptualización general del *status* familiar quirritario como origen de la familia occidental

Pareciera contradictoria la regulación de una potestad atribuida al *pater familiae* con aquella que tiene el *dominus* bajo el régimen de servidumbre. Pero la realidad es otra. Nada más consecuente con la visión de un patrimonio familiar, en el que se incluyen personas y bienes, con la conciliación de la potestad familiar y dominial. El esclavo formaba parte de la familia no por el hecho de que fuera considerado como persona; al contrario, precisamente por ser calificado como objeto, inclusive por ser una cosa de gran valor que se

³⁶ ULPIANUS, libro 22 *ad edictum*, D. 1.5.17: «*In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*».

³⁷ Referencia al contenido de tales penas en MARCIANUS, libro 13 *institutionum*, D. 48.19.4: «*Relegati sive in insulam deportati debent locis interdictis abstinere. Et hoc iure utimur, ut relegatus interdictis locis non excedat: alioquin in tempus quidem relegato perpetuum exilium, in perpetuum relegato insulae relegationis, in insulam relegato deportationis, in insulam deportato poena capitis adrogatur. Et haec ita, sive quis non excesserit in exilium intra tempus intra quod debuit, sive etiam alias exilio non obtemperaverit: nam contumacia eius cumulat poenam. Et nemo potest commeatum remeatumve dare exuli, nisi imperator, ex aliqua causa*».

encuadraba dentro de la clasificación de *res mancipii*, el esclavo se inscribía como parte del patrimonio y, en consecuencia, de la familia.

En el plano de la familia se tenía plena capacidad de ejercicio *–sui iuris–* o se estaba bajo la potestad del *pater familiae –alieni iuris–*³⁸. En el Derecho arcaico que se constituye en origen del estatuto quiritario, esa potestad es absoluta e incluye el derecho de vida o muerte sobre los hijos. Entonces, no parece inapropiado considerar que en cierto momento de la evolución social de Roma esa fortaleza del jefe de familia llevara a la conclusión de que los hijos eran tratados como si fueran bienes que nutrían ese acervo.

Destacaré un hecho singular. Un hijo de familia no disfruta de un patrimonio propio como tal; a diferencia de la modernidad en que toda persona tiene un patrimonio, aunque sea moral, precisamente por la premisa indiscutida de la dignidad humana. Esto es clave para entender el sentido de la frase *«proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus»*, la cual aparece en el Título siguiente al definir la patria potestad; o según GAIUS: *«Ius proprium civium Romanorum»*, como se dijo anteriormente. Esos comentarios revelan que ellos estaban conscientes de la especificidad de sus regulaciones familiares, distintas a las consagradas por otros pueblos; lo que implicaba una especial ponderación de las instituciones sociales, entre ellas la familia, el núcleo fundamental de una sociedad basada en vínculos de parentesco.

³⁸ GAIUS, libro *primo institutionum*, D.1.6.1: *«pr: De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt. Videamus itaque de his, quae alieno iuri subiectae sunt: nam si cognoverimus quae istae personae sunt, simul intellegemus quae sui iuris sunt. Dispiciamus itaque de his, quae in aliena potestate sunt. 1. Igitur in potestate sunt servi dominorum –quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse– et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. 2. 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 causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur»*.

Aquí cabe advertir que la familia romana fue, desde el momento mismo de la fundación de la ciudad, una organización rigurosamente constituida bajo el esquema patriarcal, ya que el *pater* ejerce potestad sobre los hijos de una manera exclusiva; al punto que no existe una relación propiamente hablando con la madre y la familia de ella. Esto fue así, al menos en la fase clásica quiritaria, porque ya al final del trayecto de la conformación institucional y normativa fueron reconocidos ciertos derechos viriles a la mujer, combinados con la posibilidad de vocación hereditaria.

Entonces, el Derecho romano no considera a sus ciudadanos en forma aislada sino que los visualiza como integrantes de una familia en la que desarrollara su personalidad y capacidad. Los poderes que se manifiestan en el ámbito civil son los siguientes: i. El del *pater familiae* sobre sus hijos se concreta en la patria potestad; ii. el del marido sobre su mujer, siempre que el matrimonio se hubiera hecho bajo esa modalidad, se concreta bajo la *manus*; y iii. el del *dominus* sobre su esclavo se concreta bajo el *dominium*.

Los estudios sociales y antropológicos confirman que esa relación que une a los miembros de una familia se manifiesta normalmente en un esquema monogámico. Sin embargo, existe una gran diversidad, ya que se pueden identificar situaciones diferentes que derivan del predominio de la madre y los parientes en línea femenina o, la otra opción, la fuerte presencia de la figura paterna. En este punto cabe afirmar que la familia romana es típicamente patriarcal al extremo de que el hijo es extraño a la familia de la madre en términos formales.

Independientemente de la materialización de una cierta estructura en la definición del linaje, se produce la conformación de grupos más extensos al familiar que en el orden quiritario se manifiesta en la figura de la *gens*, quizás equiparable a la figura de los clanes en otras sociedades. Se trata de lazos que derivan de un antepasado común y que se refuerzan con el tiempo, de generación en generación, bajo el compromiso que surge del deber de defensa recíproca e, inclusive, con una práctica ceremonial que refleja un factor religioso: El culto a los antepasados. En la sociedad romana, la familia conforma

una comunidad de personas y bienes, lo que reflejaba además un sentido místico ligado a los objetos y a la tierra.

La potestad del *pater* era indiscutida y se manifestaba en todas las relaciones y actos de la familia como una *manum capere mancipium* que implicaba la acción de administrar ese poder como patria potestad sobre los hijos y, en general, los *liberi* descendientes. Adicionalmente, se comprende en dicha potestad la *manus* propiamente dicha sobre la mujer que ingresaba a la familia como consecuencia de *iustas nupcias*, las situaciones excepcionales de poder temporal sobre *alieni iuris* de otras familias entregados *in causa mancipi* y el *dominium* entendido como la posibilidad de enajenar los bienes que conforman el acervo patrimonial, en especial el caso de los esclavos. Estos últimos eran familia por la pertenencia de los bienes al patrimonio, no por un acto de humanidad³⁹.

A pesar de la progresividad que se puede observar en la evolución del Derecho romano, las relaciones entre las personas unidas por vínculos sanguíneos y que hacen una vida en común no se desarrollará en plano de igualdad⁴⁰. Se trata de una institución viril que contrasta con el sentido actual de las relaciones familiares en el seno de las familias del mundo occidental en que la mujer comparte legalmente la responsabilidad en la crianza y educación de los

³⁹ Tan es así que, a la muerte del *pater*, los esclavos pasaban a la nueva familia constituida de acuerdo con el esquema de adjudicación sucesoral de bienes, tal como se infiere del texto de ULPIANUS, libro 46 *ad edictum*, D.50.16.195.3: «*Servitutium quoque sole-mus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam ser-vorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur*».

⁴⁰ Modernamente la «igualdad» constituye un principio del Derecho de Familia. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Paredes. Caracas, 2014, p. 30, consagrado en el artículo 5 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, amén de la Constitución y la reforma del Código Civil de 1982.

hijos⁴¹. Por otra parte, ejercía en forma vitalicia la patria potestad el ascendiente vivo más lejano y no cesaba esta fuerza legal con el arribo a una cierta edad de aquellos que estuvieran sometidos a ella. Resulta esclarecedor recordar el origen de la advertencia contenida en este título Inst. Iust. I.IX.2: «... no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos». Ya fue dicho, esa expresión *ius proprium civium Romanorum* es una mención relevante que nos viene directamente de GAIUS, lo que confirma lo marcada de su influencia en el Derecho postclásico.

ULPIANUS es una fuente fundamental para descifrar la especificidad anteriormente invocada al referir que en la Ley de las Doce Tablas se concebía a la familia conformada por los agnados próximos⁴². El mismo autor permite diferenciar entre familia *proprio iure* en la que todos sus integrantes están sometidos a una misma persona, el *pater*; y familia *communi iure* conformada por los agnados que al morir el *pater* constituyeron su propia familia. Este último caso será el punto de inicio del vínculo gentilicio, referido anteriormente, que se expandirá de generación en generación⁴³.

⁴¹ La mujer podía ser *sui iuris* pero tal posibilidad no se proyectaba en el plano relacional ya que no tenía potestad familiar sobre los *liberi*, lo que se resumía en la célebre expresión de que la mujer *sui iuris* es «cabeza y fin de su propia familia»: «*Mulier autem familiae suae et caput et finis est*», ULPIANUS, libro 46 *ad edictum*, D.50.16.195.5.

⁴² ULPIANUS, libro 46 *ad edictum*, D.50.16.195.1: «*'Familiae' appellatio qualiter accipitur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis 'adgnatus proximus familiam habeto'. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: 'ex ea familia', inquit, 'in eam familiam': et hic de singularibus personis legem loqui constat*».

⁴³ ULPIANUS, libro 46 *ad edictum*, D.50.16.195.2: «*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias*».

Conclusiones

Toda reflexión sobre los derechos fundamentales y la bioética debe partir de la exacta definición de persona, los atributos de la personalidad y la connotación de una renovada valoración de la dignidad humana como factor que activó el constitucionalismo. Ese esfuerzo encuentra en las fuentes quiritarias un empuje y claridad de gran significación. Es por ello que he utilizado fuentes primarias para establecer un punto de partida que defina el rumbo de la solución de los problemas.

El recurso que utilizo tiene una ventaja que quiero revelar. En los temas que involucran la bioética, en especial los más conflictivos, el Estado tiende a sustituir la voluntad del ciudadano imponiendo criterios no alejados de un cierto «colectivismo político». Y la confusión, más propiamente manipulación en ciertos casos, sobre los conceptos básicos contribuye a soluciones contradictorias o francamente negativas. Pero en el sistema quiritario, la organización política que cumplió el rol del Estado, llámese República o Imperio, no tiene esa connotación; y toda valoración para resolver conflictos privilegia la autonomía de la voluntad en la medida que se cumplan los atributos de capacidad y ciudadanía.

Desde el Código de Nuremberg de 1947, en la misma senda que se abrió con los famosos juicios que inauguraron una especificidad de crímenes contra la humanidad, la bioética se inaugura afirmando la primacía de la voluntad humana frente al Estado o cualquier corporación. Es cierto, este instrumento se limita a definir principios fundamentales para satisfacer los parámetros morales solo en las investigaciones ejecutadas sobre seres humanos, pero la primera precisión es la esencialidad del consentimiento voluntario lo que implica la capacidad legal para consentir. También el sujeto humano debe

incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Comuni iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodiit sunt».

ser libre para interrumpir el experimento cuando lo crea conveniente a su propia integridad.

El primer peligro que debe superarse es la cosificación del ser aun cuando la misma persona quiera hacerse en objeto. Esto implica límites a esa voluntad individual, más en resguardo de los valores morales implícitos que en las definiciones que pueda traer la legislación en función del interés social. Una visión trascendente del ser humano es menos permeable a las intervenciones y experimentación sobre el genoma humano⁴⁴, la clonación⁴⁵, la gestación en vientre de alquiler⁴⁶, la utilización de embriones *post mortem*⁴⁷ o el matrimonio homosexual⁴⁸. En este último caso, debo precisar que bajo el precedente quirritario del sentido de familia, el enfoque de la solución debe ser material antes que espiritual; lo que implica que podría establecerse un régimen especial de los bienes comunes, antes que la asunción de una forma jurídico contractual poco compatible con los fines perseguidos por la institución.

Sobre las bases quirritarias de última generación, en el Derecho común, se puede afirmar la inviolabilidad del cuerpo humano y su sustantiva connotación moral. También se dan luces sobre el alegato de la libertad de elección para asumir polémicas decisiones que superan el plano personal. La libertad determina la vida, pero no puede ser la justificación para eliminarla. Por supuesto, en condiciones limítrofes, como la ausencia total de consciencia

⁴⁴ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad». En: *Revista de Derecho*. N° 7. TSJ. Caracas, 2002, pp. 222-224.

⁴⁵ Vid. *Ibid.*, pp. 116-123.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 183-227, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_183-228.pdf.

⁴⁷ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breve referencia a la filiación *post mortem*». En: *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 195-217.

⁴⁸ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En: *Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2013, www.revistas.uru.edu.

y de actividad motriz, en personas que sufren una «tortura terapéutica», debe privar la voluntad del ser sufriente o quien lo represente. Es en esos casos en los que los hechos deben hablar por sí mismos, en el momento en que el juez debe decidir.

Finalmente, en mi opinión, la voluntad de los involucrados será determinante para la disponibilidad del propio sexo, la preferencia sexual o la constitución de uniones entre parejas del mismo sexo con efectos patrimoniales. Solo excepcionalmente puedo admitir una acción del Estado dirigida a proteger al individuo contra sí mismo que, en la práctica, implicaría sustituir la voluntad de los ciudadanos; pero tampoco se puede desvincular su accionar de todo parámetro de moralidad. Al fin y al cabo, la naturaleza y el estatuto de lo humano debe ser el factor de validación del orden jurídico positivo.

* * *

Resumen: Acudiendo a las fuentes quiritarias primarias de última generación, se despejan los conceptos básicos de persona y dignificación de lo humano a los efectos de definir una interpretación acorde con la conciliación de los derechos fundamentales y la solución de los problemas actuales que se adscriben a la bioética. El autor precisa el concepto de libertad y objeta la actuación del Estado dirigida a limitar al ser humano para protegerlo de sí mismo. Insiste en la naturaleza y estatuto de lo humano para establecer parámetros que permitan definir un orden justo y la utilidad del Derecho romano por la primacía que da a la autonomía de la voluntad, aplicable a esta temática. **Palabras clave:** Autonomía del consentimiento, libertad limitada, ética social. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 18-02-18.