

EL DERECHO EN LAS «NOCHES ATICAS» DE AULO GELIO (*)

Mucho me temo que las alabanzas que el doctor Lacava, Presidente del Colegio de Abogados, me ha dedicado estén muy distantes de la realidad y que las esperanzas que ha puesto en esta charla resulten totalmente fallidas. En cualquier caso, la responsabilidad no me correspondería a mí, y debería recaer plenamente en el doctor Cúneo Libarona y en el doctor Lacava, de quienes procede la iniciativa de que hoy me encuentre entre vosotros, lo que para mí resulta bien grato, pues nada puede serlo más a mi espíritu profesional que esta conjunción de jueces y abogados, que asegura un buen funcionamiento de la justicia, ya que, como ha dicho el maestro Calamandrei con palabras que quiero leerlos, ese buen funcionamiento “depende de los hombres y no de las leyes, y el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados, vinculados por recíproca confianza, buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la vida y fresca humanidad” (1). Y creo también que “viva y fresca humanidad” podremos encontrar en el rápido recorrido a lo largo de las páginas de Aulo Gelio, quien en muchos pasajes, propende a olvidarse de

(*) Reconstrucción de la conferencia pronunciada el 6 de setiembre de 1957, en Concepción del Uruguay (Entre Ríos), patrocinada por el Colegio de Abogados de aquella ciudad.

(2) Del *Prólogo* escrito por CALAMANDREI, poco tiempo antes de morir, para la edición alemana del *Elogio de los jueces*. La traducción de esas páginas puede leerse en el número 7 del *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Litoral* (Santa Fe, 1957) publicado en homenaje a la memoria de Calamandrei (véase, especialmente, pág. 24 de dicho *Boletín*).

la "pesada doctrina" y del rigor de la ley; y, aun en los casos en que no queda más remedio que acatar la dureza de ésta, encuentra la solución, no poco cómoda, que el derecho romano ofrecía a los jueces, de pronunciar un *non liquet*.

Pero veamos quién fue este Aulo Gelio del que, después de casi dos milenios, se siguen leyendo sus *Noches Aticas*, en lengua original y en las varias a que han sido traducidas. Bien poco sabemos de él: que vivió en el siglo II de nuestra era, y algunas breves biografías de enciclopedia lo sitúan entre los años 125 y 175, siendo, pues, de esa época las *Noctium Atticorum*; que fue ciudadano romano, pero sin que se conozca el lugar de su nacimiento, hasta el extremo de que no falta quien lo da como nacido en Africa y no en Roma ni siquiera en la Península; pero, dondequiera que viese la luz, era un romano, un ciudadano del Imperio; y un ciudadano de familia patricia, como lo acredita la referencia que en algún pasaje de su libro se hace a haber vestido, en su edad juvenil, la *pretexta*; y esta prenda, que los muchachos romanos usaban hasta los diecisiete años (edad en que comenzaban a usar la toga viril) y que las mujeres llevaban hasta el momento de la boda, no era permitido que cualquiera se adornase con ella (2); no eran aquellos unos tiempos de libertad en el vestir, como los actuales; a nadie le está prohibido, hoy en día, endosarse un traje de etiqueta por mucho que se despegue de su cuerpo y de sus maneras; pero no cualquier jovencuelo podía echar sobre sus hombros la *pretexta*.

Y, a propósito de esta prenda, os contaré lo que Aulo Gelio refiere (en el capítulo XXIII del Libro primero de su obra) de lo que sucedió a un joven que todavía usaba *pretext-*

(2) Véase VITTORIO SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 93.

ta, y que, como premio a su hábil comportamiento, el Senado le otorgó el nombre (apellido, podríamos decir) de *Pretextato*. Era este joven llamado Papirio, hijo de un senador, el cual, cierto día, lo llevó a presenciar una sesión del Senado. Pecado de vanidad de los padres suele ser éste de hacerse acompañar de los hijos a los lugares donde desempeñan funciones públicas o profesionales, ya que, sin duda, en el subconsciente, se anida la idea de que el hijo quedará boquiabierto ante la importancia del papel paterno (por modesto que, a veces, sea ese papel). Papirio, pues, acompañó a su padre; discutieron graves asuntos los senadores, y, dado lo avanzado de la hora, decidieron pasar —como por aquí acostumbramos a decir— a *cuarto intermedio*; pero comprometiéndose a guardar silencio sobre lo tratado, hasta que recayese Decreto. Volvió a su casa el joven Papirio, con el padre, y no pasó mucho rato sin que fuese interrogado a solas por la madre acerca del desarrollo de la sesión y de lo tratado en ella. Manifestó él la decisión tomada por los senadores de guardar silencio, que entendía alcanzarle a él, como hijo de uno de los que a ellos se habían comprometido; naturalmente, esto excitó todavía más la curiosidad de la madre, quien acorraló con sus preguntas al hijo; y no encontrando éste otra salida a la situación, utilizó una treta que consistió en decirle a la madre que los senadores habían tratado de qué convenía más a la salud de la República, si dar a cada marido dos mujeres o a cada mujer dos maridos, sobre lo que habrían de resolver al siguiente día. Oír esto la buena señora, y salir a ponerlo en conocimiento de otras ilustres matronas, parece que fue todo uno; cundió la alarma entre las esposas de los senadores y demás damas del patriciado romano; y cuando, al día siguiente, los padres de la patria acudieron a la sesión, se encontraron con un numeroso grupo de mujeres que, desoladas y llorosas, pedían... que se diera dos maridos a cada mujer y no dos mujeres a cada marido. Indagaron, asombrados, el motivo de lo que ocurría y de aquella rara petición; y, cuando todo se puso en claro, no pudieron por menos de admirar el ingenio del joven Papirio que

había sabido salir de su difícil situación sin comprometer los intereses de la República. Acordaron, en vista de todo ello, que, en adelante, ningún papá pudiera hacerse acompañar al Senado por sus tiernos retoños, concediéndose ese honor de acompañar al padre tan sólo al joven Papirio, a quien, en adelante, y por la acción realizada cuando todavía usaba la *pretexta*, se le llamó Pretextato. Aulo Gelio no nos cuenta si entre las matronas que acudieron al Senado figuraba la madre de Papirio; y, por lo tanto, no sabemos si se encontraba en el grupo de las señoras que se conformaban con disponer en adelante sólo de medio marido o entre las que preferían contar con dos. En cualquier caso, lo sucedido, además de poner de manifiesto el peligro de permitir a los jovencuelos la asistencia a importantes actos oficiales, acredita también, por medio de una prenda de vestir, esto es, de un signo exterior, la trascendencia de la división en clases del pueblo romano.

Nos han enseñado, casi desde las primeras letras, a admirar, el poder, la fortaleza, de ese pueblo; después, a lo largo de los estudios jurídicos, a admirar, todavía más, su sentido del Derecho. Y acaso no nos hemos detenido lo suficiente para determinar lo que se quiere expresar con la palabra *populus*.

S. P. Q. R. eran las letras que figuraban en el estandarte de los sabinos que atacaron a los romanos (*Sabinis Populis Qui Resistit?*); y con las mismas letras gravadas en el suyo, resistieron y vencieron los romanos: S. P. Q. R. (*Senatus Populus Que Romanus*). El *populus*: ¿qué era el *populus*? ¿Quiénes integran el *populus*? Aulo Gelio nos lo dice, con toda claridad, en el capítulo XX del Libro décimo, que trata de “Qué es *rogación*, qué es *ley*, qué es *PLEBISCITO*, qué es *privilegio*”. Por lo demás, también nos lo dicen todos los tratados de Derecho Romano; pero es bueno que no lo ponga en duda este autor, que no pretende brindarnos ningún tratado. El se refiere a Capítón, “muy versado en derecho público y privado”, quien distinguía el *pueblo* de la *plebe*: “el *populus* se componía de todos los órdenes de la ciudad; la *plebe* era el pueblo menos las familias patricias”; y, así, el *plebiscito* era, por consiguien-

te, una ley recibida por la plebe y no por el pueblo''. No hay que confundir: en otros tiempos, y en otros lugares, cuando se ha dicho que "lo mejor de un país era el *pueblo*", y cuando se ha afirmado "también nosotros somos *pueblo*", no se estaba haciendo referencia al mismo *pueblo*. Aulo Gelio, como los que *también eran pueblo*, no era *plebe*; como Papirio, había vestido la *pretext*.

Y la situación económica de su familia permitía enviarlo a Atenas, para que aumentase su cultura (3); esto parece que no dejaba de ser frecuente en aquella sociedad romana; porque si Roma había conquistado a Grecia por las armas, es bien sabido que se había dejado conquistar por las letras. Siglos después, en otros países, se ha acostumbrado a enviar a París a los hijos de familias pudientes, aunque, en muchos casos, no resulte posible afirmar que el resultado haya sido el aumento de su cultura. Aulo Gelio —nos dice el prologoista (4) José María de Cossío— "es el mejor ejemplo de aficionado o *dilettante* de la Roma Imperial". Y añade: "Sus escritos ni siquiera aspiran a lo que hoy llamaríamos *ensayos*, sino que quedan reducidos a notas o apuntaciones sobre los temas que le interesaban". Yo diría, mejor que "notas o apuntaciones", *observaciones*. Por esto me lleva a recordar cómo

(3) Si nos fijamos en algún pasaje de las *Noches*, no debía ser de gran sacrificio la vida de estos jóvenes en Atenas. En el capítulo II del Libro primero, nos cuenta Aulo Gelio lo que eran las reuniones en la casa de Herodes Atico, "consular ilustre varón dotado de singular talento para la elocuencia griega", que invitaba frecuentemente a compatriotas que habían ido a Grecia "con objeto de cultivar el espíritu". Y describe una de las casas que Herodes poseía en las inmediaciones de la ciudad. "Un día, durante los calores de principio de otoño, nos había reunido en su quinta llamada Cefisia, donde encontrábamos, para combatir los ardores del día, densa sombra entre grandes bosques, largos paseos sobre blando césped, habitaciones dispuestas para refrescar el aire, baños rebosando en abundantes y cristalinas aguas, fuentes cuyo murmullo mezclándose con el canto de los pájaros, hacían resonar melodiosamente aquel agradable recinto". En compensación a esta descripción, vemos, en el capítulo XI del Libro duodécimo, que el filósofo Peregrino, varón grave e inalterable, a quien más adelante se le llamó Proteo, habitaba en "una choza fuera de la ciudad".

(4) Prólogo al volumen publicado en la Colección Austral, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1952.

se formaron esos capítulos, según nos lo refiere, en el prefacio del libro, el propio Aulo Gelio: “mi único objeto, al componerla, ha sido preparar a mis hijos recreos literarios, para cuando, libres de negocios, quieran proporcionar plácido descanso al espíritu. He seguido el orden fortuito de mis apuntes, porque acostumbraba, siempre que leía un libro griego o latino, u oía algo notable, anotar en seguida lo que me llamaba la atención, y conservar de este modo, sin orden ni concierto, apuntes de toda clase; viniendo a ser como materiales que se hacinaban en mi memoria, a la manera de almacén literario, con objeto de que, si me ocurría necesitar un hecho o un vocablo y me faltaba el recuerdo, o no tenía a mano el libro necesario, tener medio seguro de encontrarlo en seguida. Así, pues, en este trabajo aparece la misma incoherencia de materias que en las breves notas tomadas sin método alguno en medio de mis investigaciones y variadas lecturas”. Ya lo veis : recreo para sus hijos; y, para él, algo así como a modo de lo que hoy llamaríamos un *fichero*.

Así se escribieron las *Noctium Atticorum*, que algún anónimo redactor de voces para enciclopedia a tanto por línea ⁽⁵⁾, ha considerado que tenían “un lenguaje arcaico y lleno de locuciones extrañas y un estilo desagradable”. Y, menos mal que reconoce que el libro es de gran utilidad porque “contiene numerosos fragmentos perdidos de autores antiguos que, de otro modo, serían completamente desconocidos”. Así, podríamos decir que tirando a un cajón sucesivos fragmentos, se fue formando el libro.

Así también, muchos siglos después, se fue formando otro libro que hoy es igualmente famoso: el *Elogio de los jueces*,

(5) Véase la voz correspondiente de la Enciclopedia Espasa. Puede ocurrir que, para el redactor de la voz, el latín no sea otra cosa que un *lenguaje arcaico* y lo que en él se redacte resulten *locuciones extrañas*.

de Calamandrei. El autor no tuvo que escribirlo; se lo encontró escrito sin darse cuenta de ello; y no hubo de hacer más que ordenar un montón de cuartillas. Y este paralelismo de formación entre dos libros que tanto admiro, me lleva a pensar que, en estos últimos tiempos, ha sido en Aulo Gelio y en Calamandrei donde he encontrado dos conceptos, dos ideas, de orden político y de orden humano, que considero de interés máximo y que no quiero dejar de referiros porque me parece que son de aplicación a los tiempos y hasta a los momentos actuales.

Cuenta Aulo Gelio (capítulo XII del Libro segundo), que, entre las antiguas leyes de Solón, el sabio legislador, que los atenienses grabaron en madera para asegurarle la duración había una que, según refiere Aristóteles, contiene la siguiente decisión: "Si algún objeto de discordia acarrea una sedición y da origen en la ciudad a partidos opuestos; si se enardecen los ánimos, corre el pueblo a las armas y se traba combate, aquel que en medio de esta turbulencia pública no ingrese en uno de los dos bandos, y procure, retirándose, sustraerse a los males comunes del Estado, será castigado con la pérdida de su casa, de su patria y de sus bienes; además se le condenará a destierro". Y, en seguida, el autor latino nos cuenta su sorpresa, primero, y su conformidad y admiración después. Sí; ni creyéndose de los mejores, tiene nadie derecho a situarse *par dessus de la mêlée*; cuando hay *mêlée*, es obligado tomar parte en ella; y no se debe atribuir a *superioridad* lo que no suele pasar de *cobardía*. Si son los nuestros los que luchan, por muy equivocados que estén, siempre habrá un grupo al que estaremos más próximos; en las luchas civiles, como en la división geográfica, no queda más remedio que admitir una línea fronteriza; cuando se fracciona en dos un conjunto social, lo mismo que cuando se establece una frontera entre dos países, puede ocurrir que entre hombres o entre grupos ocasionalmente enemigos, la distancia ideológica sea menor que entre hombres o grupos integrantes del mismo conjunto: ha sido la línea fronteriza, a veces trazada capri-

chosamente, la que los ha colocado en campos distintos y la que ha hecho de ello lo que nunca pensaron ser: enemigos o, al menos, extraños.

La admirable ley de Solón, celebrada por Sócrates, nos llega a través de Aulo Gelio, o, al menos, nos la recuerda éste. De nuestros días es, en cambio, un escrito que nos ha dejado Calamandrei (el último que él produjo), y que yo quisiera ofrecer a ese conjunto de personas que, en el recinto de nuestra Universidad del Litoral, ha de llevar a cabo la tarea de dotar a la Argentina de una nueva Constitución. Calamandrei fue uno de los padres de la Constitución de la República Italiana; contribuyó a formarla y, más aún, a interpretarla. Este último escrito suyo, *Esta nuestra República*, que yo he incluido en el número del *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Litoral*, dedicado en estos días a la memoria de Calamandrei, contiene una de las manifestaciones más trascendentales de los preceptos de aquella Constitución: "El gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución que es garantía no sólo de que no se volverá atrás sino de que se irá adelante. *Quien se quiera detener es contrario a la Constitución*". Yo desearía que este magnífico concepto del Maestro florentino llegase a nuestros convencionales de Santa Fe: la Constitución debe ser dinámica, no estática, para que permita avanzar y obligue a no detenerse.

Creo, señoras y señores, que las *Noches Aticas* no estarían bien contempladas si hubiera silenciado el pensamiento de quien casi veinte siglos después también ha formado un libro maravilloso amontonando en un cajón de su escritorio páginas escritas con personales observaciones.

Vamos a dar un vistazo rápido, único que el tiempo permite, a los capítulos de Aulo Gelio. Y, de ellos, sólo a los fragmentos jurídicos; y hasta, podría decir, a los judiciales;

más que al derecho en las *Noches Aticas*, vamos a hacer referencia a la justicia o al juez, en ese libro; porque la totalidad de los fragmentos jurídicos no podría examinarlos ni siquiera muy a la ligera.

“De la exacta pintura que hace Crisipo de la Justicia” (6). Esta es la rúbrica del capítulo IV del Libro décimocuarto: “Estatura y facciones de joven, aspecto terrible y enérgico, *mirada viva*, tristeza noble y digna, sin humillación ni orgullo”. En seguida, Crisipo sigue diciendo de la justicia: “Dícese que es virgen, símbolo de la pureza; dícese que nunca cede a los malvados, que no escucha ni dulces palabras ni ruegos, ni súplicas, ni adulaciones, ni nada semejante. Por consecuencia de esto, la pintan triste con la frente tendida y contraída y *mirando de soslayo*”, y, explicando las palabras de Crisipo, Aulo Gelio dice: “el sentido de esta alegoría es que el juez, pontífice de esta dignidad, debe ser grave, intachable, severo, incorruptible, inaccesible a la adulación, inexorable con los malvados y los criminales, firme, enérgico, con la frente alta y llevando en ella la majestad terrible de la justicia y la verdad”. Esta es la pintura de la divinidad y de sus sacerdotes; y obsérvese que, de acuerdo con ella, debemos prescindir de la venda que en tantas representaciones cubre los ojos de la justicia. De seguir admitiendo esa venda, acaso tendríamos que relacionarla, más que con la imparcialidad del juez, que no es incompatible con la mirada viva y profunda, con aspectos procesales tan interesantes como el de la apreciación de las pruebas por el juez: la *prueba legal o tasada*, frente a la *prueba libre*; la venda sería la representación, no de la imparcialidad del juez sino de su falta de libertad y de su automatismo; y para que funcionase la *libre convicción* o, en nuestros códigos, la *sana crítica*, sería necesario dejar caer la venda.

(6) Al terminar mi charla observé, y ahora al reconstruirla debo señalarlo que, sin duda dominado por la afirmación de mi ilustre presentante, el doctor Lacava, quien se refirió a la venda que cubre los ojos de la justicia en las representaciones plásticas de ésta, omití referirme yo a este pasaje de Aulo Gelio y destacar su importancia.

Hemos visto la representación general de la justicia. Veamos ahora aspectos particulares: retrocedamos al capítulo segundo del mismo Libro decimocuarto: "Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez", reza la rúbrica. Aulo Gelio es juez; pendiente de su decisión está un caso procesalmente no dudoso, probatoriamente claro, pero bien oscuro y dudoso si de las reglas procesales y, en particular, de las probatorias se prescinde: una reclamación de deuda respecto de la cual no se dispone de ningún elemento probatorio; el acreedor demandante es un hombre de honestidad inmaculada, de conducta intachable; el demandado, un hombre de conducta sucia y vergonzosa, frecuentemente convicto de falsedad y lleno de fraudes y perfidias. Pero... no hay prueba de la deuda. Profesionales del derecho le aconsejan a Aulo Gelio la absolución; Favorino, filósofo, opta por la solución contraria. Aulo Gelio no se atreve a seguir su consejo; no se atreve a condenar sin pruebas: "Juré, pues, que el asunto no era claro para mí y todo terminó". Pero es que el procedimiento romano permitía esta solución cómoda: terminar con un *non liquet*. En los tiempos actuales, todavía en lo penal tenemos el *sobreseimiento*, que en unos códigos sólo puede ser definitivo pero que en muchos se admite en su forma provisional; hemos conocido, en la historia, la *absolución de la instancia*; pero ni ésta ni el *non liquet*, en su forma romana, tienen ya vigencia en ningún país. Aunque no han faltado algunas elaboraciones recientes que se les aproximaban: así, en el proyecto de código que don Angel Ossorio redactó para Bolivia (⁷), incluyó un precepto

(⁷) En el último inciso del art. 9 del *Anteproyecto del Código civil boliviano*, redactado por don Angel Ossorio se lee: "Si algún juez encontrase en conflicto su propia conciencia con textos irrefutables de la ley, podrá abstenerse de sentenciar y elevará los autos a la corte de su distrito, la cual, oyendo a las partes y recabando de oficio las pruebas, investigaciones y asesoramientos que juzgue indispensables, dictará su fallo sin estar obligado a someterse al precepto legal". Así reza el texto que preparó el autor del *Anteproyecto*; pero, en nota al artículo, cuidó don Angel Ossorio de decirnos que "el honesto y discreto criterio del juez es, a mi entender, preferible al texto legal. Así, por mi gusto, en lugar de este artículo habría redactado otro que dijese: 'Los jueces sen-

según el cual, cuando un juez estimase que la sentencia que la ley le obligaba a pronunciar era manifiestamente injusta, podría abstenerse de juzgar, debiendo elevar los autos al superior. No deben ser muchos los casos en que esto ocurra, si la ley se maneja con criterio humano; creo siempre en el dicho de aquel magistrado: "a mí el derecho nunca me ha impedido hacer justicia"; sin que haya de llegarse a las exageraciones del "buen juez" Magnaud que Vittorio Scialoja criticaba con tanto acierto (8): un día el "buen juez" absuelve a un desdichado que, muerto de hambre, ha robado un pan; "estado de necesidad", nos dice el "buen juez", y tiene toda la razón; pero continúa su camino, y considera que la prodigalidad, polo opuesto de la avaricia, es saludable y conveniente para la sociedad, porque moviliza los capitales; y ya se hace difícil seguirlo por esa senda, nos dice el gran jurista italiano; es que, entre el que guarda, sin darle ningún curso, su dinero, y el que lo dilapida, el "buen juez", no ha sabido detenerse en el término medio de quien gasta su dinero empleándolo correcta y convenientemente.

Aulo Gelio sigue examinando la figura del juez.

Estamos en el capítulo I del Libro vigésimo: se trata de una conversación entre Sexto Cecilio y el filósofo Favorino sobre la ley de las Doce Tablas. Las leyes se escribieron trescientos años después de la fundación de Roma, y habían trans-

tenciaron los pleitos con arreglo a los dictados de su conciencia, procurando apoyarla en la ley vigente, en la costumbre, en los principios generales del derecho, en la jurisprudencia y en la doctrina científica'. La libertad de conciencia de un juez quedaría así proclamada por encima de todo. Pero me doy cuenta de que tan arriesgado sistema sería muy peligroso en pueblos jóvenes como Bolivia, donde la magistratura no tiene todavía historia ni cimientos seguros. Me ha parecido aceptable solución transaccional excusar al juez de fallar cuando ese grave conflicto se presente y reservar tal facultad a un tribunal que por ser colegiado ofrece más garantías de acierto y al que se permite buscar de oficio los elementos de información que puedan tranquilizarle al hacer uso de la excepcional facultad''.

(8) Véase la conferencia pronunciada en el *Circolo giuridico* de Roma, que se publicó en el *Bollettino* de dicho Circolo y que se reprodujo en la *Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*, vol. IX (1911), primera parte, págs. 941 y sigtes.

currido ya setecientos cuando Aulo Gelio asistía a esa conversión, en la que hace decir a Sexto Cecilio: “¿consideras bárbara la ley que castiga con la muerte al juez o árbitro que, nombrado según la ley, se dejan corromper por dinero?”. Otros varios ejemplos de esas leyes de las Doce Tablas se ofrecen en ese capítulo; pero nos interesa más este que hemos referido: bárbara podrá ser la pena de muerte en sí; bárbara podría ser la forma de su ejecución. Pero considerar equivocado el aplicar la pena máxima al juez que se ha dejado corromper por dinero, no me parece lógico; y creo que Sexto Cecilio y Favorino, en su conversación, y Aulo Gelio al recogerla y comentarla, estaban en lo cierto al admitir la aplicación de aquellas leyes, que el propio pueblo romano, cuando las estimaba inadecuadas al espíritu de los tiempos, había cuidado de ir relegando al olvido.

Este Favorino, filósofo, es a quien Aulo Gelio acude en todas sus dudas: lo mismo jurídicas que de la vida corriente; y sus opiniones son siempre fruto de la meditación y del buen sentido. Así, cuando en el capítulo I del Libro duodécimo, exhorta a una señora noble para que no entregue sus hijos a nodriza, sino que los lacte ella misma; y le dice: “¿crees que la naturaleza ha dado los pechos a las mujeres como graciosas protuberancias destinadas a adornar su seno y no para alimentar los hijos? Con esta idea, la mayor parte de nuestras elegantes (y tu estás muy lejos de pensar como ellas) se esfuerzan en secar y agotar esta fuente sagrada en que el género humano aspira la vida, haciendo cuanto pueden por corromper o desviar la leche, persuadidas de que afearían estos signos de belleza. La misma locura las lleva a procurarse el aborto, para que no se arrugue la terza superficie de su vientre, o se deprima bajo el peso del hijo”. Reconozcamos, señoras y señores que el ilustre canónigo de la Catedral de Granada que hizo la traducción, vertió correctamente la palabra

latina, ya que *protuberancia* viene de *protuberans*, *protuberantis* participio activo de *protuberare* que quiere decir *sobresalir*; y que el diccionario de nuestra lengua define como “prominencia más o menos redondeada” (9).

Pero olvidemos, por ahora, las protuberancias y sigamos con los jueces.

Pasemos al capítulo III del Libro primero: “Si hay faltas que podamos permitirnos en beneficio de un amigo”. Quilón el Lacedemonio es juez; y tiene que juzgar a un amigo a cuyo delito puede corresponder la pena capital. ¿A qué argucia acude para salvarlo? Emite su voto condenatorio en voz baja y aconseja a los otros jueces (y el consejo da resultado) que lo absuelvan. Es esta posible falta la que aflige su conciencia en el momento de morir. Pero, aun prescindiendo del remedio actual de la *excusación*, a lo largo del capítulo, las soluciones no faltan: Cicerón dice: “Por servir a un amigo no se deben empuñar las armas contra la patria”; y de Pericles nos refiere nuestro autor que un amigo le pidió que juzgase en falso en favor suyo, a lo que contestó con este verso: “Todo debo sacrificarlo a los amigos exceptos los dioses”. Son claros estos dos ejemplos de Aulo Gelio: ir contra la Justicia no difiere mucho de ir contra la Patria; y el sacrificio de los dioses es la falta del juramento, más grave aún en el juez que en el testigo.

Veamos que el religioso respeto de los romanos por la fe del juramento, no se encuentra sólo cuando de la justicia se trata: en el capítulo XVIII del Libro séptimo, relata Aulo Gelio el caso de los prisioneros que Aníbal envió a Roma,

(9) Acaso en este pasaje de Aulo Gelio, y precisamente en esas “protuberancias” y en su exacto sentido idiomático, puede encontrarse el origen de uno de los fragmentos de la *Canción de la vida profunda* del gran poeta colombiano Porfirio Barba Jacob (que también usó los nombres de Miguel Angel Ossorio, Main Ximenez y Ricardo Arenales).

después de recibir su palabra, para negociar el canje de prisioneros que habían sido tomados en la batalla de Cannas; rechazado el canje, ocho de los emisarios retornaron al campamento de Aníbal; dos de ellos accedieron a las súplicas de parientes y amigos y permanecieron en Roma; pero “fueron objeto de tanto odio y ultrajes, que se les hizo pesada la vida y concluyeron por matarse”. Y si esto ocurría cuando de la guerra se trataba, no parece que el criterio hubiera de ser otro tratándose de la justicia. Luego volveremos sobre el juramento.

Se refieren todos estos casos a la actuación del juez; a su figura como juzgador. Quiero referirme ahora a casos particulares en que se plantean problemas que el juez tenía que resolver, y en los que no es difícil apreciar su paralelismo con los planteamientos y las soluciones que hoy en día nos ofrecen la doctrina científica y la de los tribunales.

En el capítulo XIII del Libro duodécimo, presenta Aulo Gelio la cuestión que se le ofreció al tener que desempeñar las funciones de juez en Roma *Intra Kalendas*. ¿Era *en* el día de las *Kalendas* o *hasta* el día de las *Kalendas* (y no se trataba de las *Kalendas griegas* que nunca llegaban, por la razón sencilla de que los griegos no tenían *Kalendas*, sino de las latinas, que sí existían). Los gramáticos le explicaban con toda claridad a Aulo Gelio que *intra* quería decir, ni más ni menos, que *en*, por ser la sílaba *tra* un agregado determinado por razones fonéticas; pero Aulo Gelio se atenía a la práctica judicial, según la cual se podía sentenciar *hasta* ese día. Y digo yo: ¿no es éste el mismo problema que se plantean los procesalistas de hoy en día, cuando quieren ofrecernos, como cuestión interesantísima la distinción —acaso un tanto bizantina— entre “términos” y “plazos”, aunque estemos habituados a emplear esas dos palabras como sinónimas en los códigos y en la práctica profesional? Una sentencia se puede dictar *dentro de* un cierto número de días, a no ser que se deba dictar acto seguido, y el plazo se dé para redactar sus fundamentos; porque ya he sabido que lo fácil parece que es deci-

dir y lo difícil es explicar por qué se ha decidido de cierta manera y no de la contraria.

Cuando en el capítulo IV del Libro segundo se nos dice que se llama *adivinación* a cierta clase de juicios, tales como el que se ha de seguir para determinar la persona que se encargará de la acusación en el caso de ser dos o más las que se inscriban para ese ministerio; y el autor observa que si bien en otras causas el juez resuelve como resultado de las actuaciones, de la naturaleza de las pruebas, etc., en cambio, no cuenta con tales elementos en este caso; podemos observar que, ciertamente tampoco costaría mucho esfuerzo ver aquí una libertad de apreciación o de decisión del juez precisamente para evitar el procedimiento incidental que, de lo contrario, habría de seguirse. Si pensamos, actualmente, en la forma de designación de peritos, y hasta de árbitros, que nuestros códigos ofrecen, la semejanza se nos ofrece bien patente.

Vamos a ver ahora otras diversas cuestiones que hoy en día se plantean y se resuelven en la misma forma y con iguales dudas que hace cerca de dos mil años; ni las ciencias médicas ni otras parece que hayan avanzado extraordinariamente, en cuanto a esos problemas, desde entonces.

En el capítulo II del Libro tercero, se ocupa nuestro autor de cuál debe ser la fecha de nacimiento de los que vienen al mundo por la noche, y de la duración del día civil en los diferentes pueblos; y nos presenta las distintas fórmulas de división del día, según que esa división se haga partiendo de la media noche, o bien de la puesta del sol, de la salida del sol, o bien que la división se practique al mediodía, calificando de absurda a esta última, aunque algunos pueblos la hayan seguido. A primera vista, podrían parecer cuestiones ya superadas para nosotros que, como regla general, damos la hora cero como principio del día en todos los países; pero no cuesta gran esfuerzo observar que códigos vigentes, al establecer las

horas hábiles y las inhábiles, siguen utilizando como límites la salida y la puesta del sol, de manera que el protesto de un documento puede efectuarse entre esos dos momentos y no fuera de ellos. Y no sería absurdo relacionar esta cuestión con la relativa a la determinación de quien ha debido morir primero, de dos personas de circunstancias distintas y que hayan fallecido a consecuencia del mismo hecho, con posibles derechos sucesorios que puedan repercutir sobre distintos causahabientes; como si la edad y el sexo de las personas fuese lo decisivo en tales casos y no circunstancias de otra naturaleza, como tener a mano un salvavidas o una tabla de donde agarrarse (creo que el ejemplo tiene, en estos momentos, una trágica actualidad entre nosotros) (*).

En el capítulo XVI del Libro tercero se ocupa Aulo Gelio de las diferentes épocas que asignan los médicos y filósofos (la medicina y la filosofía andaban muy mezcladas y confundidas en aquellos tiempos) para el parto de las mujeres; y, ciertamente, si bien con términos más amplios que los trescientos días admitidos hoy por casi todos los códigos, la cuestión no difiere mucho de la que se plantea en los tiempos actuales. Se admite, según nuestro autor, que en el undécimo mes a partir de la concepción se puede dar a luz, porque así le ocurrió a “una señora conocida por su honradez y morigeradas costumbres”; lo que no sabemos es lo que el emperador Adriano (a quien la cuestión fue sometida) habría decidido en el caso de que el parto se hubiera demorado algunos meses más; no sabemos si la “honradez y morigeradas costumbres” hubieran predominado sobre lo que la naturaleza suele ofrecer de ordinario.

En otro orden de cosas, vemos en el capítulo XII del Libro cuarto, lo que ocurría cuando un propietario descuidaba su campo o lo dejaba en mal estado, no labrándolo o aun abando-

(*) Se había producido en aquellos días el naufragio del “Ciudad de Buenos Aires”, con gran número de víctimas, algunas de las cuales habían tenido su residencia en la ciudad de Concepción del Uruguay.

nándolo; esto era un delito castigado por la ley, y la represión consistía en privar de sufragio. Dejando aparte la especial sanción, consistente en privar de un derecho político, que hoy es, al mismo tiempo, un deber, resulta evidente que la propiedad ya no era un derecho tan absoluto como pudiera creerse y que el *jus utendi, fruendi et abutendi*, que tanto nos recalcan los autores de derecho romano y de derecho civil, no parece que ofreciese las características tan amplias que le han querido atribuir; la doctrina del *abuso del derecho* parece no resultar una novedad en aquella época; y lo mismo podría decirse en cuanto a la *función social de la propiedad*.

Cuando, aparentemente bien fuera del campo jurídico, se trata “de las diferentes opiniones de los filósofos acerca de si la voz es o no cuerpo” (capítulo XV del Libro quinto), y se nos dice que “cuerpo es todo lo que es capaz de acción o pasión”; que “solamente el cuerpo puede tocar o ser tocado”, que “cuerpo es todo lo que tiene las tres dimensiones”; y aunque se termina admitiendo que “esta clase de investigaciones no tenían utilidad alguna para el bienestar de la vida, ni ofrecían ningún fin sólido”, y aun se recordaba un famoso verso según el cual “bueno es filosofar, pero algunas veces y no siempre” (10), por nuestra parte no podemos por menos de recordar que la electricidad, en la que los romanos no podían pensar, ha planteado, en estos tiempos, problemas de índole jurídicamente análoga a la que la naturaleza de la voz les planteó filosóficamente a los antiguos: ¿qué delito configura el hecho de utilizar corriente eléctrica sin que pase

(10) Se repite la preocupación por problemas, y por planteamientos de los mismos que parecen inverosímiles, pero que, al cabo de varios siglos, el avance de la ciencia les quitará ese carácter de inverosimilitud. Así, en el capítulo XII del Libro décimo, se hace referencia (y se reproducen palabras de Favorino) a “una paloma de madera que volaba”. Después de indicar que “sin duda se sostenía por medio de equilibrio y el aire que encerraba secretamente le hacía moverse se agrega que es “asunto distante de la verosimilitud”. Pero pasaron muchos siglos y a Leonardo Da Vinci no le pareció imposible ni inverosímil el vuelo de artefactos más pesados que el aire; y pocos siglos más tarde la realidad había de darle la razón.

por el medidor o se registre, a los efectos de su pago, en una u otra forma, esa utilización? Y, bizantinamente, se ha discutido si era hurto o estafa o si no existía delito, quizá basándose también en que el flúido no tenía las tres dimensiones. Que la electricidad puede *tocar* y *ser tocada*, no parece que pueda discutirse; al menos, los electrocutados son tristes ejemplos. De una manera concreta, en relación al carácter jurídico de la voz, podría pensarse en los tiempos actuales en todos los problemas de las emisiones por radio y de las grabaciones de discos; que no son pocas las cuestiones a que pueden dar lugar.

Trata nuestro autor, en el capítulo XXIII del Libro décimo, sobre “el régimen y las costumbres de las mujeres de la antigua Roma”; y señala que debían ser *abstemiae*, es decir, que debían abstenerse del uso del vino (llamado *temetum* en la antigua lengua); y que el beso que daban a sus parientes servía de prueba, pues si habían bebido vino, el olor las delataba. Reconozcamos que no hace falta ser excesivamente viejo para poder recordar costumbres nuestras de acuerdo con las cuales a las mujeres se les imponía, socialmente, ya que no jurídicamente, ese deber de abstenerse del vino; en pocos años, las cosas han cambiado, y la mujer puede beber, fumar y llevar el pelo a lo *garçon* o a la *victime* (como se decía en Francia, en recuerdo de la época del Terror) sin que nadie se escandalice por ello; lo escandaloso ha llegado a ser que una mujer lleve el pelo largo; es casi tan escandaloso como ver a un hombre con barba.

Pero en ese mismo capítulo se trata de cosas mucho más graves. Catón nos dice: “si sorprendieras a tu esposa en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tu cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo; así es la ley”. Esto parece absurdo. Sin embargo, ha llegado a los tiempos actuales: el código penal español que tuvo vigencia hasta hace bien pocos años ⁽¹¹⁾ establecía que el marido

⁽¹¹⁾ El art. 438 del Código que llegó hasta 1931, disponía “El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a ésta o al adúltero o les causare alguna de las lesiones graves, será cas-

que sorprendiera en adulterio a su mujer y matara a ella o al adúltero, o les infiriese lesiones graves, era castigado con la pena de destierro; si las lesiones no llegaban a tanto, el marido quedaba libre de pena. Huelga decir que no existía precepto análogo que amparase a la mujer que sorprendiese en adulterio a su marido. Ese artículo dibujaba una especial figura de delito; no se trataba de atenuante ni de eximente que se establecieran para el caso de emoción violenta; porque, de ser así, habría podido funcionar igualmente en el caso de sorprender la mujer al marido; y no habría funcionado en el caso de que la sorpresa (quizá por no haber tal sorpresa) no determinase esa emoción. Se trataba, como digo, de una especial figura de delito. El marido podía tomarse la justicia por su mano. Podía, incluso, en actuación canalleca (y a pesar de la salvedad del código), preparar el delito; si no inducir, empujar a su mujer hacia el adulterio, como forma de disponer una eliminación no penada por el código, o lo que es lo mismo, penada ridículamente; a la mujer no la amparaba precepto semejante. Cosa parecida, en cuanto al adulterio como causal del divorcio, se produce en algunos códigos, como en el español: el de la mujer, lo es en cualquier caso; el del marido, sólo si se produce dentro de la propia casa del matrimonio, o fuera de ella con escándalo ⁽¹²⁾. Vemos, pues, que dos mil años no han bastado para que el legislador español se aparte de las costumbres romanas. La mujer, como he dicho, puede fumar, beber, llevar el pelo corto, usar pantalones, pasearse por la playa con *bikini*; pero no puede matar a su ma-

tigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores mientras aquéllas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas”.

⁽¹²⁾ El art. 105 del Código civil español, en su inciso 1º, establece como causa legítima de divorcio, “el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer”.

ruido si lo sorprende en adulterio; a ella y a su pareja de adulterio, sí los puede matar el marido, si la ocasión se presenta.

Veamos otro pasaje de Aulo Gelio que también se refiere a las mujeres: el capítulo VI del Libro undécimo: “De que los mujeres no juraban por Hércules en Roma ni los hombres por Castor”. Poca actualidad puede tener el asunto ¿verdad? Hércules, Castor y Polus (a quien también se refiere el capítulo, señalando que, originariamente, los hombres no juraban por Polus, pero que después juraron por él tanto los hombres como las mujeres) sólo pertenecen a la mitología; no son dioses nuestros.

Pero no costaría mucho trabajo encontrar, en tiempos recientes, aspectos forenses relacionados con esas diferencias. ¿Es que no ha llegado a nuestros días la prohibición, para las mujeres, de ejercer gran número de profesiones? Es de este siglo la frase española de que la mujer sólo podía ser “reina, maestra o estancquera”. ¿Es que no costó gran esfuerzo conseguir que la mujer entrase en el foro? Y todo ¿por qué? De atenernos a graves autores, porque existió en tiempos remotos una tal Calfurnia o Cafrania que, con su locuacidad y ademanes, perturbaba la serenidad de las audiencias judiciales. No poco podría decirse de muchos varones que en los tiempos actuales pronuncian —y en todos los tiempos han pronunciado— oraciones interminables; y no poco también de los ademanes y gesticulación de algunos de ellos. Basta acudir a Calamandrei y su *Elogio de los Jueces*, para encontrarnos con el tipo de orador que no sabe terminar y al que, como al aviador que no encuentra la pista para aterrizar, el Presidente del Tribunal querría conducirlo, ayudarlo a descender: “abogado, si no logra aterrizar, le puedo dar una mano, diga así...”⁽¹³⁾; y en el mismo Calamandrei encontramos al abo-

⁽¹³⁾ *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág. 102.

gado cuya compostura en audiencia en nada se parece a la que emplea en la vida ordinaria, cuyos gritos estentóreos y ademanes violentos ninguna semejanza guardan con la cortesía que acostumbra a utilizar en su diaria vida de relación (14). Aunque, a decir verdad, no poca culpa corresponde a los clientes: recuérdese también aquel pasaje del *Elogio* en el que una señora, al despedirse del abogado, le dice: "Per favore, avvocato, scriva molto" (15). Pero no es a esa particularidad de trato para las mujeres —que ha durado siglos— a la que yo quiero referirme, sino a la especialidad de la intervención como testigos de las mujeres, que también se ha prolongado por muchos siglos, estableciendo su incapacidad para hacerlo, sin que resulte admisible el motivo de la mayor versatilidad en la mujer que en el hombre. El hombre y la mujer juraban ya por el mismo dios; no podía venir de ahí la diferencia (16) ¿y si la encontráramos por otro camino? ¿Y si la explicación nos la diera un viejo aforismo latino. *Testis unus, testis nullus*. Y así, por siglos, se ha admitido que el dicho de un testigo carecía de todo valor, de toda fuerza probatoria. Pero no hay que profundizar mucho en el estudio del idioma de los romanos para averiguar que, con esa palabra *testis*, no sólo se designa al que presta una declaración sino que también es expresiva de los órganos de la virilidad. Y acaso no costara tampoco mucho esfuerzo poner en claro que, en tiempos remotos, el hombre, único que podía ser testigo, prestaba el juramento adoptando una actitud que muy bien justificaba, con otro significado, el aforismo *testis unus, testis nullus*; al igual que hoy ciertas

(14) *Elogio*, cit., pág. 34.

(15) *Elogio*, cit., pág. 37.

(16) Tampoco entre los hebreos la mujer podía ser testigo. Y no parece muy convincente la única razón que da el Marqués de Portaret, en su clásica obra *Moisés como legislador y moralista* (M. Gicizer, Editor, Buenos Aires, 1939, utilizando la traducción de don Manuel Vela y Olmo, que sirvió para la primera edición de Madrid, en 1798. Prólogo para la edición argentina de don Angel Ossorio y Gallardo) de que ello se debía a que el Deuteronomio, cuando habla de los testigos (cap. 17, v. 6) utiliza el género masculino (véase pág. 230). El argumento parece demasiado simple y demasiado pobre. Habría que ir entonces a determinar por qué el Deuteronomio utiliza solamente ese género.

clases profesionales o sociales juran adoptando también determinadas actitudes: el militar poniendo la mano sobre la empuñadura de la espada; el sacerdote “*more sacerdotalis*”, con la mano sobre el pecho; los católicos con la mano sobre los evangelios; en esos tiempos remotos, la actitud del hombre al juzgar podría guardar relación con los órganos justificativos de que fuese el único que podía prestar testimonio.

Creo que no son inútiles estas observaciones etimológicas. Yo he sentido siempre cierta inclinación a ellas; y, así, el estudio del aforismo *Iura novit curia* se fue ampliando hasta formar, con su capítulo preliminar y los tres dedicados especialmente al derecho nacional escrito, al derecho extranjero escrito y al derecho consuetudinario (nacional y extranjero), una extensión de varios centenares de páginas, pero que no considero inútiles, porque, relacionados con esos temas principales, son muchas las cuestiones interesantes que han ido presentándose; y todo porque un día observé que, en lugar del singular *iur*, más adecuado según el criterio actual, se venía utilizando el plural *iura*; y no me pareció que fuese lo mismo el conocimiento, por el juez, del *derecho* y el conocimiento de los *derechos*. En otro terreno, bien distante, y que no tiene nada de jurídico, es lo que ocurre con la etimología de la palabra *orquídea*: pocas flores existirán más bellas, más delicadas... y más caras. Y, sin embargo, su etimología no es precisamente poética; hasta el punto de que sí, con toda naturalidad, encontramos mujeres con delicados nombres que coinciden con los de flores: Rosa, Margarita, Azucena, Violeta, difícil sería admitir Orquídea como nombre de mujer; el propio origen de la palabra se opondría a ello; sería un absurdo etimológico, porque orquídea, en su significado griego, no difiere en nada de uno de aquellos dos significados atribuidos a *testis* en latín.

Y como no querría que, como el abogado del *Elogio*, hubierais de ayudarme a aterrizar, voy a poner fin al recorrido

por los pasajes de Aulo Gelio, con una referencia a la actitud del Areópago, en caso dudoso en conciencia (es el capítulo VII del Libro duodécimo): una mujer había envenenado a su segundo marido y a su hijo de este segundo matrimonio; el caso fue llevado ante el Procónsul de Asia, y la mujer, convicta y confesa, pudo probar que el hecho lo había cometido porque el marido y el hijo, con toda premeditación, habían dado muerte a otro hijo suyo de su primer matrimonio, y cuya inocencia y bondad celebraba. El Procónsul dudaba; y, como jueces más expertos, envió el asunto al Areópago. ¿Podía quedar impune el doble crimen? Pero ¿no estaba acaso justificada la conducta de la mujer? Los Areopagitas no pronunciaron un *non liquet* (acaso no figurase esa escapatória en las vías procesales griegas), pero citaron al acusador y a la acusada... para cien años después; y así entendieron salvar la justicia y la equidad. Entre nosotros, quizá se hubiera encontrado una fórmula semejante: la prescripción. En lugar de citar directamente para dentro de cien años, hubiéramos invertido varios años en *chicanas*, y la prescripción se hubiera producido. El resultado habría sido el mismo.

Podría seguir molestando vuestra atención por mucho tiempo más recordando pasajes jurídicos del libro de Aulo Gelio; pasajes que pienso publicar en breve, en edición separada, para que los abogados puedan leerlos con prescindencia de los que no tienen tanto interés profesional para nosotros. Pero el propósito mío —no se si lo he conseguido— ha sido, simplemente, poner de manifiesto que hace casi dos mil años, en muchos problemas de derecho, no se discurría de manera distinta de la de hoy; que, no obstante la energía atómica y la posibilidad de elevarnos, en nuestros vuelos, a alturas que parecerían inverosímiles, es muy poco lo que hay de nuevo bajo el sol. Y que, en definitiva, lo mismo hoy que hace veinte siglos, para resolver las controversias entre los humanos, lo que importa no es la *pesada doctrina* sino la *fresca y viva humanidad*.

SANTIAGO SENTIS MELENDO

