

COVID-19. LA LEGISLACIÓN ITALIANA SOBRE LA EMERGENCIA SANITARIA A LA LUZ DE LA DEFINICIÓN CELSINA DEL DERECHO

*Covid-19. Italian legislation on the health
emergency in the light of celsina definition of Law*

ANDREA TRISCIUOGGIO

Università di Torino

Resumen: la definición del Derecho de Celso (*ius est ars boni et aequi*) nos indica criterios generales para la producción, interpretación y aplicación del Derecho. ¿Se han respetado en la legislación italiana sobre la reciente emergencia pandémica?

Palabras clave: *Ars. Bonum. Aequum*. Celso el hijo.

Abstract: Celsus' definition of law (*ius est ars boni et aequi*) indicates general criteria for the production, interpretation and application of law. Have they been respected in the Italian legislation on the recent pandemic emergency?

Keywords: *Ars. Bonum. Aequum*. Celsus the son.

La única definición de Derecho (por género próximo y diferencia específica) que encontramos en las fuentes romanas, al comienzo del *Digesto* de Justiniano, se remonta a Celso-hijo (siglo II d. C.),¹ quien consideraba el Derecho como un «arte» que crea una solución óptima (la más razonable) para el caso concreto según un criterio de igualdad proporcional en los diversos aspectos de la actividad jurídica: producción, interpretación, aplicación del Derecho. En otras palabras, toda la actividad jurídica según Celso-hijo es la búsqueda del *bonum et aequum*. Filippo Gallo, mi maestro, ha escrito páginas fundamentales sobre este planteamiento dinámico (no pasivo) de Celso útil para la refundación de la ciencia jurídica moderna,² elaborando una teoría general del Derecho que contempla también la posibilidad de inaplicar el Derecho establecido de antemano por la autoridad. No te-

1. Cfr. D.1.1.1.pr.: ... *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Sobre el pensamiento jurídico de Celso en general cfr. CASCIONE, C., «Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore “malgré soi” della “legum permutatio” giustiniana», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 153-166.

2. Me limito a la cita de GALLO, F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 23 y ss.; libro reseñado por TORRENT, A., «Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica», *Index* 40, 2012, pp. 537-557. Para una brillante síntesis del pensamiento de Gallo, ver LANTELLA, L., «Ars boni et aequi. Ricordo di Filippo Gallo», *Roma e America. Diritto romano comune* 40, 2019, pp. 481-489.

nemos que olvidar que el sistema romano de la época clásica preveía esta posibilidad en el ejercicio de la *iurisdictio*, si en el caso concreto una regla hubiera estado en conflicto con el *bonum et aequum*.³ Esta interpretación «galliana» de la definición celsina es en verdad muy diferente de la lectura propuesta por los glosadores, que se basa en la derivación del *ius* de la *iustitia* dejando espacio para un componente moral subjetivo inherente al *bonum*, a veces identificado diferentemente con lo *utile* (o sea la *utilitas publica*).⁴ En cambio, hace hincapié sobre un legado perdido⁵ del Derecho romano descuidado en el *ius commune* y hasta nuestros días. En efecto, según la lectura «galliana», estamos muy lejos de una mentalidad positivista: en la época del Derecho romano clásico había un hombre (magistrado, jurista) que evaluando caso por caso y compartiendo un sistema de conocimientos y valores, decidía si y cómo aplicar una regla establecida anteriormente.⁶ Esta actitud flexible hacia la norma ya fue abandonada con Justiniano, quien, con su *doctrina legum*, adopta una visión positivista.⁷

3. Cfr. *praecipue* GALLO, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 104; GALLO, F., «Valore perdurante dei criteri del “bonum et aequum”», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto cit.*, pp. 249-272, p. 269. Ver además CUENA BOY, F., «Teorización de la artificialidad del derecho: “ius est ars boni et aequi”», *ibidem*, pp. 63-129, pp. 98 y ss.

4. Cfr. CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* II, Milano, Giuffrè, 1995 (reimpr. ed. 1964), p. 245 y ss.; ZENDRI, Chr. *Banniti nostri temporis. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, p. 82; sobre la relación entre *iustitia* y *aequitas* en la glosa de Irnerio cfr. CALASSO, F., *Medio Evo del diritto I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 477. Además, CARDILLI, R., «Ius a iustitia appellatum est. Considerazioni critiche sul c.d. “diritto puro” attraverso il diritto romano», en Ch. Buzzacchi, I. Fagnoli (a cura di), *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 19-71, p. 40, nt. 34.

5. Sobre la expresión «eredità perduta» usada varias veces por Gallo y su sentido, ver GARBARINO, P., «L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo (1924-2019)», *Diritto@Storia* 17, 2019.

6. Ver al respecto GIUFFRÈ, V., «La diagnosi differenziale dei casi giuridici nell'esperienza romana», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*. Atti del Seminario Internazionale di Studio, Padova 27-28 gennaio 1999, Padova, Cedam, 2000, pp. 45-55, pp. 54 y ss.

7. Sobre la *legum permutatio* justinianeas cfr. MIGLIETTA, M., «Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la ‘legum permutatio’ giustinianeas», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto cit.*, pp. 3-61. Sobre el positivismo de Justiniano *vid.* también TORRENT, A., «La fractura justinianeas en la producción del derecho.

La medicina, como el derecho, es un arte (*ars*) según Aulo Cornelio Celso (que también vivió en el siglo II d. C.),⁸ un saber teórico-práctico que no puede desligarse de una evaluación cuidadosa y diferenciada de los casos clínicos. La cercanía entre la ciencia médica y la ciencia jurídica se encuentra en la expresión «clínica del diritto (derecho clínico)» con la que Francesco Carnelutti,⁹ y, antes de él, Rudolf von Jhering,¹⁰ propusieron un replanteamiento de la formación jurídica universitaria más centrada en los casos prácticos.

Y llegamos a nuestros días y al manejo legal de la pandemia de covid-19 que ha ofrecido muchos elementos de reflexión también a los romanistas¹¹ y a los historiadores del Derecho.¹² Mis observaciones se

La prohibición de comentar el Digesto, y su ideología positivista», *SDHI* 79, 2013, pp. 191-219, espec. pp. 212 y ss.

8. Cfr. BURDESE, A., «Saluto del Preside di Giurisprudenza», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, p. 8.

9. Cfr. CARNELUTTI, F., «Clinica del diritto», *Rivista di diritto processuale* 1935, I, pp. 169-175.

10. Cfr. al respecto VINCENTI, U., «Sull'argomento naturalistico», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, pp. 179-186, p. 179 y ss.

11. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI», *RGDR* 35, 2020 pp. 1-34; SCIANDRELLO, E., CHERCHI, A., «Formalismo negoziale e deroghe emergenziali: il cd. testamentum tempore pestis conditum», en *Le categorie generali nell'emergenza sanitaria. Webinar - Cagliari 23 e 24 settembre 2021*, Napoli, ESI, 2021, pp. 145-161. Además, los artículos que se encuentran en el volumen: R. Marini (a cura di) *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2021; PETRUCCI, A., «Brevi riflessioni su alcune normative privatistiche in tempi di pestilenze ed epidemie nell'esperienza giuridica romana» (pp. 153-174); GUERRERO LEBRÓN, M., «Pandemia y ritos funerarios: una aproximación jurídica a propósito de la "peste antonina" y la Covid-19» (pp. 175-199); VINCI, M., «Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti» (pp. 201-235); CASSARINO, A., «Diritto di famiglia e pandemia: riflessioni sulle spoglie del deceduto» (pp. 237-259); MARINI, R., «Persona e centralità dell'uomo. Alcune riflessioni di diritto romano attuale (durante la pandemia)» (pp. 475-494). Adde PEZZATO, E., «Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale», *TSDP* 14, 2021, pp. 1-26.

12. Cfr. por ejemplo ASCHERI, M., *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (Secoli XIV-XVI)*, Canterano (RM), Aracne, 2020; LANDI, A., «Deus ex orationibus placatur, et propterea pestilentias remittit. Percezioni proto-moderne dell'epidemia», *Roma e America. Diritto romano comune* 41, 2020, pp. 475-483; GORIA, F. A., «La politica del diritto nella gestione di un'epidemia, fra incertezze scientifiche e

refieren de manera privilegiada a las medidas legislativas adoptadas en Italia que en muchos aspectos pueden ser criticadas, y no solamente desde el punto de vista del Derecho constitucional (pero no voy a detenerme sobre este punto).¹³ Voy a utilizar el Derecho romano (clásico) como instrumento para la crítica del derecho positivo (con lo cual comparto la línea «ideológica» de investigación de Armando Torrent).¹⁴

La evaluación prudente, según la ciencia y la conciencia, de la situación «individual» de los ciudadanos a vacunar –quiere subrayar, en una fase avanzada de la pandemia cuando el covid-19 era un virus más conocido por la comunidad científica médica– fue indebidamente obstaculizada en particular con dos medios convergentes que han quitado «humanidad» a la medicina, limitando mucho el ámbito de la responsabilidad del médico.¹⁵ Por humanidad entiendo la aptitud para identificarse con otra persona, en particular cuando la misma manifiesta un estado de necesidad, en nuestro caso la necesidad de salud amenazada en diversos grados por una enfermedad

bilanciamento di interessi. Prime indagini sulla fillosera della vite in Francia, 1863-1878», *Rivista di storia del diritto italiano* 94.2 (2021), pp. 95-174.

13. A propósito de las numerosas violaciones de la constitución italiana con motivo de la emergencia pandémica, cfr. BURATTI, A., «Emergenza sanitaria e Costituzione. Dall'esperienza italiana al panorama comparativo», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone cit.*, pp. 115-128, espec. pp. 123 y ss.

14. Ver al respecto TORRENT, A., «El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo», en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 753-764; TORRENT, A., «Derecho romano, derecho comparado y unificación jurídica europea», *SDHI* 76, 2010, pp. 593-670, p. 621.

15. El médico debería siempre relacionarse con el paciente «more humano» y hacer un balance *ad personam* de los riesgos y beneficios. Comparto lo que escribe PALERMO FABRIS, E., «Rischio e responsabilità penale nella valutazione del caso clinico», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, pp. 121-134, a p. 123: «Di fronte al singolo caso clinico, il medico si trova sempre a dover affrontare due compiti: quello di interpretare la malattia “more scientifico” e quello di comprendere il malato “more humano”. Anche per la clinica, dunque, vale quanto affermato dal diritto e precisamente che scopo essenziale delle acquisizioni scientifiche, nel momento in cui vengono applicate, è la tutela del singolo essere umano che si ha di fronte: la regola scientificamente corretta da applicare al caso clinico è quella richiesta dall'adattamento al caso concreto» y a p. 132: «...il medico deve valutare il rischio probabile...attenendosi a criteri di ragionevolezza che consentano di condividere con il paziente le scelte, attraverso un adeguato rapporto rischi benefici, valevole non in astratto ma in concreto, in riferimento a quel soggetto, singola persona fisica, che non è mero portatore di una patologia, ma è soggetto malato da considerare nella sua individualità».

previamente desconocida.¹⁶ Este concepto corresponde a una de las numerosas acepciones de *humanitas* que emerge en las fuentes jurídicas romanas como principio que orienta soluciones para casos concretos.¹⁷

1) En primer lugar, la adopción de protocolos estándar que casi hacían superflua la anamnesis (o sea la recopilación detallada de información sobre el paciente) caso por caso de los ciudadanos y los riesgos individuales de contraer la infección por covid-19. El médico (no todos afortunadamente, pero algunos han soportado severas sanciones hasta la suspensión del trabajo) tuvo que fijarse en el protocolo, más que en el caso clínico, es decir el hombre que tenía delante, para identificar –lo que indicó Celso– el *bonum* (mejor solución para el caso considerado en todos sus aspectos específicos) y el *aequum* (que es igualdad, sí, pero proporcional, es decir, diferenciada). El simple cumplimiento del protocolo eximía de responsabilidad¹⁸ y abría el camino a una «deshumanización», amparada legalmente, de la relación médico-ciudadano.

2) En segundo lugar, la exención «inhumana» de responsabilidad fue garantizada aún más por un decreto-ley, luego convertido en ley en septiembre de 2020,¹⁹ donde el legislador limitó aún más, en comparación con la legislación anterior, los casos en los que se llama al funcionario público para responder ante el Tribunal de Cuentas: hasta el 31 de diciembre de 2021, el daño causado por una acción (*facere*) acompañada de negligencia grave, de culpa grave (y no de dolo) –en nuestro caso se trata del daño causado por la vacunación– ya no es resarcible; o sea el

16. Esta actitud psicológica solidaria empuja a ayudar a los otros en la satisfacción de las necesidades básicas. Cfr., a propósito de *humanitas*, Isid., *Etym.* 10. H.116: *Unde et humanitas dicta est qua nos invicem tuemur*.

17. Cfr. recientemente TRISCIUOGGIO, A., «Protección de la humanitas, no de los derechos humanos: la experiencia romana» en P. Villaruel (cur.), *Solidaridad pública y protección de los derechos humanos. Un diálogo entre Argentina e Italia*, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* 11.27, 2021, pp. 150-156.

18. No es necesario, creo, recordar que la adquisición del consentimiento informado durante la pandemia en la mayoría de los casos fue un acto de carácter ficticio, puramente burocrático; sobre el consentimiento informado en Italia cfr., *ex multis*, GIUNTA, F., «Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche», *Annali dell'Università di Ferrara. Sc. Giuridiche* 13, 1999, pp. 1-34.

19. Se trata del Dl. n. 76 ('Semplificazioni'), aprobado por el Consejo de Ministros, el 6 de julio de 2020 y convertido en ley el 10 de septiembre de 2020.

médico no es responsable en caso de injustificables violaciones, mediante actividades, de los deberes profesionales básicos, según lo que entiende la jurisprudencia italiana por culpa grave, pero sí que permanece su responsabilidad por culpa grave en caso de daños derivados de la omisión o inacción (*non facere*, no hacer) del mismo.²⁰

El resultado ha sido una alteración de la relación fiduciaria médico-ciudadano, relación que se vio privada de un sustrato de humanidad marcado por la aptitud para la identificación entre seres humanos.

De iure condendo, en mi opinión, se trata ahora de recuperar ese «arte» –término aplicado, como hemos visto, tanto a la ciencia jurídica como a la ciencia médica en la experiencia romana– de lo bueno (*bonum*) y de lo justo (*aequum*), abandonando toda rigidez burocrática marcada por los protocolos para defender después de todo al ser humano, que, como nos recuerda el jurista Hermogeniano en tiempos del emperador Diocleciano, debería estar en el centro del fenómeno jurídico en todos sus aspectos.²¹ El requisito previo es, por supuesto, una alta preparación técnico-humanística de quienes se desempeñan en los campos jurídico y médico. El regreso a Celso el hijo y a su definición del *ius*, al fin y al cabo, representa una importante herramienta ideológica en contra del antihumanismo actual²² y nos invita a considerar más el Derecho romano clásico (no positivista) que el Derecho justinianeo y la tradición del *ius commune* para la mejora del Derecho actual.²³

20. Cfr. al respecto TRISCIUOGGIO, A., «Oltre la colpa grave per il magistratus rei publicae. Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)», *Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 71 (3-4), 2020, pp. 775-789, pp. 775 y ss.

21. Cfr. D.1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*; sobre este famoso texto ver recientemente CARDILLI, R., «Archetipi romanistici del "diritto delle persone"», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone cit.*, pp. 9-54, p. 52 ss. (allí otra lit.).

22. Cfr. CATALANO, P., «Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1.1.12», en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. II, Napoli, Jovene, 2001, pp. 97-117, p. 117; PORCELLI, S., «Il soggetto di diritto nel codice civile della RPC. Riflessioni (preliminari) dalla prospettiva romanistica al tempo del Covid-19», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone, cit.*, pp. 341-374, p. 373 y ss.

23. Cfr. la advertencia (que me parece ajustarse muy bien al derecho romano clásico) de VENTURA, M., «Il giurista e la medicina», en *Studi in onore di Remo Martini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 873-890, p. 887: «Davanti al rischio di un'alleanza tra diritto e scienza in nome dell'astrattezza e della generalità solo il costante riferimento alla realtà del caso e dei casi garantisce interpretazioni ed interventi appropriati».