



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2023

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

<b>Fecha de recepción:</b> 14/02/2023	<b>Fecha de aceptación:</b> 27/02/2023
<b>Palabras clave:</b> <i>Jurisprudencia Romana, Celso el hijo, Covid 19</i>	<b>Keywords:</b> <i>Roman Jurisprudence, Celso the son, Covid 19</i>



## 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 Trisciuglio**

Professore associato di diritto romano

Dipartimento di studi storici

Università di Torino (I)

ORCID 0000-0002-5780-6684

(TRISCIUOGGIO, Andrea. COVID-19. La legislación italiana sobre la emergencia sanitaria a la luz de la definición celsina del derecho. RIDROM [on line]. 30-2023. ISSN 1989-1970. p. 459-471. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### 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?

### 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?

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.) <sup>1</sup>, 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 <sup>2</sup>, elaborando una teoría general del derecho que contempla también la posibilidad de inaplicar el derecho establecido de antemano por la autoridad. No tenemos 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* <sup>3</sup>. 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*

---

<sup>1</sup> 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 (2016), 153 ss.

<sup>2</sup> Me limito a la cita de GALLO (2010), 23 ss.; libro reseñado por TORRENT (2012), 537 ss. Para una brillante síntesis del pensamiento de Gallo, ver LANTELLA (2019), 481 ss.

<sup>3</sup> Cfr. *praecipue* GALLO (1997), 104; ID. (2016), 269. Ver además CUENA BOY (2016), 98 ss.

*publica*)<sup>4</sup>. En cambio, hace hincapié sobre un legado perdido<sup>5</sup> 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<sup>6</sup>. Esta actitud flexible hacia la norma ya fue abandonada con Justiniano, quien, con su *doctrina legum*, adopta una visión positivista<sup>7</sup>.

La medicina, como el derecho, es un arte (*ars*) según Aulo Cornelio Celso (que también vivió en el siglo II d.C.)<sup>8</sup>, 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 “*clinica del diritto* (derecho clínico)” con la que Francesco Carnelutti<sup>9</sup>, y, antes de él, Rudolf von Jhering<sup>10</sup>, propusieron un replanteamiento de la formación jurídica universitaria más centrada en los casos prácticos.

---

<sup>4</sup> Cfr. CORTESE (1995), 245 ss.; ZENDRI (2016), 82; sobre la relación entre *iustitia* y *aequitas* en la glosa de Irnerio cfr. CALASSO (1954), 477. Además CARDILLI (2021a), 40 nt. 34.

<sup>5</sup> Sobre la expresión “*eredità perduta*” usada varias veces por Gallo y su sentido, ver GARBARINO (2019).

<sup>6</sup> Ver al respecto GIUFFRÈ (2000), 54 s.

<sup>7</sup> Sobre la *legum permutatio* justiniana cfr. MIGLIETTA (2016), 3 ss. Sobre el positivismo de Justiniano vid. también TORRENT (2013), 191 ss., espec. 212 ss.

<sup>8</sup> Cfr. BURDESE (2000), 8.

<sup>9</sup> Cfr. CARNELUTTI (1935), 169 ss.

<sup>10</sup> Cfr. al respecto VINCENTI (2000), 179 ss.

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 romanistas<sup>11</sup> y a los historiadores del derecho<sup>12</sup>. Mis observaciones se 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)<sup>13</sup>. 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)<sup>14</sup>.

La evaluación prudente, según la ciencia y la conciencia, de la situación “individual” de los ciudadanos a vacunar -quiero 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<sup>15</sup>. Por humanidad entiendo la aptitud

---

<sup>11</sup> Cfr. LÁZARO GUILLAMÓN (2020), 1 ss.; SCIANDRELLO - CHERCHI (2021), 145 ss. 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 2021, de PETRUCCI, GUERRERO LEBRÓN, VINCI, CASSARINO, MARINI. *Adde* PEZZATO (2021), 1 ss.

<sup>12</sup> Cfr. por ejemplo ASCHERI (2020); LANDI (2020), 475 ss.; GORIA (2021), 95 ss.

<sup>13</sup> A propósito de las numerosas violaciones de la constitución italiana con motivo de la emergencia pandémica, cfr. BURATTI (2021), 115 ss., espec. 123 ss.

<sup>14</sup> Ver al respecto TORRENT (1988), 753 ss.; ID. (2010), 621.

<sup>15</sup> El médico debería siempre relacionarse con el paciente “more humano” y hacer un balance *ad personam* de los riesgos y beneficios. Comparto lo que

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 previamente desconocida<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>.

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)

---

escribe PALERMO FABRIS (2000), 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».

<sup>16</sup> 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.*

<sup>17</sup> Cfr. recientemente TRISCIUOGGIO (2021), 150 ss.

y el *aequum* (que es igualdad, sí, pero proporcional, es decir, diferenciada). El simple cumplimiento del protocolo eximía de responsabilidad<sup>18</sup> 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<sup>19</sup>, 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 31/12/2021, 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 medico 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<sup>20</sup>.

El resultado ha sido una alteración de la relación fiduciaria médico-ciudadano, relación que se vio privada de un sustrato de

---

<sup>18</sup> 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 (1999), 1 ss.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Cfr. al respecto TRISCIUOGGIO (2020), 775 s.

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<sup>21</sup>. 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 actual<sup>22</sup> y nos invita a considerar más el Derecho romano clásico (no positivista) que el Derecho justiniano y la tradición del *ius commune* para la mejora del derecho actual<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. D.1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*; sobre este famoso texto ver recientemente CARDILLI (2021b), 52 s. (allí otra lit.).

<sup>22</sup> Cfr. CATALANO (2001), 117; PORCELLI (2021), 373 s.

<sup>23</sup> Cfr. la advertencia (que me parece ajustarse muy bien al derecho romano clásico) de VENTURA (2009), 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».

## Bibliografia

- M. ASCHERI (2020) = *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (secoli XIV-XVI)*, Canterano (Rm) 2020.
- A. BURATTI (2021) = *Emergenza sanitaria e Costituzione. Dall'esperienza italiana al panorama comparativo*, en (a cura di R. Marini) *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 115 ss.
- A. BURDESE (2000) = *Saluto del Preside di Giurisprudenza*, 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 2000, 7 ss.
- F. CALASSO (1954) = *Medio Evo del diritto I. Le fonti*, Milano 1954.
- R. CARDILLI (2021a) = *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 2021, 19 ss.
- R. CARDILLI (2021b) = *Archetipi romanistici del "diritto delle persone"*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 9 ss.
- F. CARNELUTTI (1935) = *Clinica del diritto*, en *Rivista di diritto processuale* 1935, I, 169 ss.
- C. CASCIONE (2016) = *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio' giustiniana*, en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 153 ss.



- A. CASSARINO (2021) = *Diritto di famiglia e pandemia: riflessioni sulle spoglie del deceduto*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 237 ss.
- P. CATALANO (2001) = *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 2001, 97 ss.
- E. CORTESE (1995) = E. *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico II*, Milano, Giuffrè, 1995 (reimpr. ed. 1964).
- F. CUENA BOY (2016) = *Teorización de la artificialidad del derecho: 'ius est ars boni et aequi'*, en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 63 ss.
- F. GALLO (1997) = *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997.
- F. GALLO (2010) = *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010.
- F. GALLO (2016) = *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*, en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 249 ss.
- P. GARBARINO (2019) = *L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo (1924-2019)*, en *Diritto@Storia* 17 (2019).
- V. GIUFFRÈ (2000) = *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 2000, 45 ss.

- F. GIUNTA (1999) = *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, en *Annali dell'Università di Ferrara. Sc. Giuridiche* 13 (1999), 1 ss.
- F.A. GORIA = *La politica del diritto nella gestione di un'epidemia, fra incertezze scientifiche e bilanciamento di interessi. Prime indagini sulla fillossera della vite in Francia, 1863-1878*, en *Rivista di storia del diritto italiano* 94.2 (2021), 95 ss.
- M. GUERRERO LEBRÓN (2021) = *Pandemia y ritos funerarios: una aproximación jurídica a propósito de la "peste antonina" y la Covid-19*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 175 ss.
- A. LANDI (2020) = *Deus ex orationibus placatur, et propterea pestilentias remittit. Percezioni proto-moderne dell'epidemia, en Roma e America. Diritto romano comune* 41 (2020), 475 ss.
- L. LANTELLA (2019) = *Ars boni et aequi. Ricordo di Filippo Gallo*, en *Roma e America. Diritto romano comune* 40 (2019), 481 ss.
- M. LÁZARO GUILLAMÓN (2020) = *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*, en *RGDR*. 35 (2020), 1 ss.
- R. MARINI (2021) = *Persona e centralità dell'uomo. Alcune riflessioni di diritto romano attuale (durante la pandemia)*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 475 ss.
- M. MIGLIETTA (2016) = *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustiniana*, en L. Garofalo (a cura di), *Celso*

*teorico del diritto*, Napoli 2016, 3 ss.

- E. PALERMO FABRIS (2000) = Rischio e responsabilità penale nella valutazione del caso clinico, en (a cura di U. Vincenti) *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*. Atti del Seminario Internazionale di Studio, Padova 27-28 gennaio 1999, Padova 2000, 121 ss.
- A. PETRUCCI (2021) = *Brevi riflessioni su alcune normative privatistiche in tempi di pestilenze ed epidemie nell'esperienza giuridica romana*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 153 ss.
- E. PEZZATO (2021) = *Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale*, en *TSDP*. 14 (2021), 1 ss.
- S. PORCELLI (2021) = *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 (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 341 ss.
- E. SCIANDRELLO - A. CHERCHI (2021) = *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 2021, 145 ss.
- A. TORRENT (1988) = *El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo*, en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid 1988, 753 ss.
- A. TORRENT (2010) = *Derecho romano, derecho comparado y unificación jurídica europea*, en *SDHI*. 76 (2010), 593 ss.

- A. TORRENT (2012) = *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, en *Index* 40 (2012), 537 ss.
- A. TORRENT (2013) = *La fractura justiniana en la producción del derecho. La prohibición de comentar el Digesto, y su ideología positivista*, en *SDHI*. 79 (2013), 191 ss.
- A. TRISCIUOGLIO (2020) = *Oltre la colpa grave per il magistratus rei publicae. Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)*, en *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 71/3-4 (2020), 775 ss.
- A. TRISCIUOGLIO (2021) = *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), 150 ss.
- M. VENTURA (2009) = *Il giurista e la medicina*, en *Studi in onore di Remo Martini*, vol. III, Milano 2009, 873 ss.
- U. VINCENTI (2000) = *Sull'argomento naturalistico*, 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 2000, 179 ss.
- M. VINCI (2021) = *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano 2021, 201 ss.

Chr. ZENDRI (2016) = *Banniti nostri temporis. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Trento 2016.