

JUAN MARTÍN - HILDA FINGERMANN - ALFREDO BRUNETTI

Lecciones de Derecho Privado Romano

Segunda edición ampliada




EduLP

historia

Lecciones de Derecho Privado Romano
Segunda edición ampliada

Lecciones de Derecho Privado Romano

Segunda edición ampliada

**JUAN CARLOS MARTIN
HILDA R. FINGERMAN
ALFREDO LUIS BRUNETTI**



Martín, Juan Carlos

Lecciones de Derecho Privado Romano / Juan Carlos Martín ; Hilda Fingermann ; Alfredo Brunetti. - 2a ed. - La Plata : EDULP, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8348-98-8

1. Derecho Romano. I. Fingermann, Hilda. II. Brunetti, Alfredo. III. Título.

CDD 340.54

Lecciones de Derecho Privado Romano
Segunda edición ampliada

Juan Carlos Martín
Hilda R. Fingermann
Alfredo Luis Brunetti



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (EDULP)

48 N.º 551-599 4º piso / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 644-7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales de las Universidades Nacionales (REUN)

Primera edición, 2021

ISBN 978-987-8348-98-8

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11723

© 2021 - Edulp

Índice

Presentación	8
Capítulo I Introducción	9
Capítulo II Nociones Fundamentales	22
Capítulo III La Monarquía	29
Capítulo IV La República	45
Capítulo V El Imperio	60
Capítulo VI La Codificación	74
Capítulo VII La Vida Ulterior del Derecho Romano	87

Capítulo VIII	
El Sujeto del Derecho	99
Capítulo IX	
La Familia Romana	117
Capítulo X	
La Tutela y la Curatela	137
Capítulo XI	
El Derecho Sucesorio	146
Capítulo XII	
La Sucesión desde el D. Pretoriano	154
Capítulo XIII	
El Negocio Jurídico	164
Capítulo XIV	
El Patrimonio	185
Capítulo XV	
La Propiedad	201
Capítulo XVI	
Derechos Reales sobre la Cosa Ajena	235
Capítulo XVII	
Las Obligaciones	262
Capítulo XVIII	
Fuentes de las Obligaciones	269
Capítulo XIX	
Efectos y Extinción de las Obligaciones	281
Capítulo XX	
Sistemas Procesales	289
Bibliografía	303

A la memoria del impulsor y coautor de este libro, nuestro querido amigo y colega, Juan Carlos Martín, a su esposa e hijos, a nuestras familias, a los profesores de la Cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la UNLP, a la que tenemos el orgullo de pertenecer y a nuestros alumnos, a quienes en primer lugar está dirigida esta obra.

Hilda R. Fingermann y Alfredo L. Brunetti

PRESENTACIÓN

En el 2011, veía la luz, Lecciones de Derecho Privado Romano, publicado por el profesor Juan Carlos Martín, y de su autoría, con el propósito de estimular a los flamantes alumnos universitarios, de la carrera de Abogacía, a adentrarse en el fascinante mundo del Derecho Romano.

Hoy, nosotros, Hilda R. Fingermann y Alfredo Luis Brunetti, sus compañeros de cátedra y amigos, publicamos la segunda edición ampliada, como labor conjunta de los tres, y tendemos un puente al cielo, desde donde seguramente nos estará mirando nuestro querido Juan Carlos, regocijándose de poder concretar su sueño, de hacer en este libro, un recorrido completo del programa de la asignatura de la Cátedra III, para que, de modo ágil y sintético, nuestros estudiantes puedan conocer la obra genial de un pueblo que conquistó gran parte del mundo conocido de su época, le impuso su impronta y sintió el aporte cultural de los vencidos, debiendo soportar su propia caída; pero la pérdida solo fue territorial, ya que su sistema normativo, paradigma de su tiempo, se proyectó al futuro y aún sigue vigente en muchas de nuestras instituciones.

Deseamos, de todo corazón, que sea una guía útil, y los estimule a ahondar en los conocimientos sobre el Derecho Romano.

Instituciones de Derecho Privado Romano

Objeto del curso de Instituciones de Derecho Romano

La tarea que se propone nuestra disciplina, desde hace siglos, es dar una noción, lo más completa posible, del Derecho Privado Romano, de sus instituciones, de su formación y desarrollo.

La reconstrucción del ordenamiento jurídico en sus distintas épocas, se estudia desde la fundación de Roma hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C). Tales límites, que no corresponden a los que convencionalmente se ponen a la historia política de Roma, (a saber, la fundación de Roma y la caída del Imperio de Occidente), se justifican, por el hecho de que la fundación de la ciudad señala el comienzo de la existencia de la comunidad romana autónoma en la organización política de la *civitas*, mientras que el reinado de Justiniano entraña la realización de una amplísima compilación del Derecho Romano en varias obras: el Digesto, en el que se recogen fragmentos de escritos de juristas del periodo comprendido entre el siglo I a.C. y el siglo III d.C; el Código, en el que se toman en consideración, constituciones de emperadores anteriores a Justiniano y

de este emperador; las Instituciones, tratado de Derecho, destinado a estudiantes, formado en su mayor parte por fragmentos tomados de otros tratados sistemáticos elementales, compuestos por juristas de los siglos II y III d.C, y, sobre todo, por las Instituciones, del jurista Gayo. A estas tres Compilaciones se añaden las *novellae constitutiones*, llamadas más brevemente *novellae*, esto es, una colección de constituciones imperiales promulgadas a partir del año 535.

El conjunto de estas cuatro obras constituye el famoso *Corpus iuris Civilis*, fuente principal para nuestros estudios y base para las elaboraciones jurídicas posteriores, de gran parte de los pueblos europeos.

Nuestra asignatura se dedica, específicamente, al estudio de aquellos institutos que, con un término moderno, llamamos de Derecho Privado Romano (es decir, que se refieren a las relaciones jurídicas entre personas particulares), así como a la reconstrucción del sistema y de los conceptos jurídicos elaborados por los romanos, para regular la vida social y económica, de quienes forman parte de la comunidad política romana; comunidad, que, en las diferentes fases históricas, va evolucionando gradualmente desde una organización ciudadana que al surgir en un territorio restringido, concentra y gobierna a grupos originariamente autónomos, dedicados al pastoreo y a la agricultura, hasta llegar a ser la compleja organización de los numerosos súbditos de un gran Imperio que domina regiones muy extensas en Europa, África y Asia.

Características del Derecho Privado Romano

Hay que advertir que el Derecho Romano no figura entre los más antiguos que se conocen; al contrario, sus primeras fuentes, como los orígenes de la historia del pueblo romano, aparecen relativamente tarde, en relación con las noticias que tenemos sobre otros pueblos antiguos. Recientes descubrimientos arqueológicos han permitido conocer el texto de antiquísimas colecciones orientales de leyes, algu-

nas de las cuales se remontan al tercer milenio a.C. y regulan la vida de pueblos evolucionados y florecientes, de antigua civilización, de los que se conocen institutos comerciales muy elaborados. Las fuentes griegas permiten establecer la existencia de colecciones de leyes en Esparta y en Egipto en el siglo VIII a C.

Frente a estos datos, es significativo advertir que la primera colección romana de normas jurídicas, cuya existencia puede conocerse con seguridad, la Ley de las XII Tablas, es situada por la leyenda, apoyada por datos históricos, en torno al año 450 a.C.; que los más antiguos documentos contractuales y judiciales romanos llegados directamente a nosotros, no son anteriores al siglo II a.C.; que el conocimiento del Derecho Romano está tomado principalmente de fragmentos de obras teóricas y prácticas de juristas romanos del siglo II y III d.C. recogidos en su mayor parte en la compilación de Justiniano, y de fuentes normativas (algunas *leges*, *senatus consultos* y *edictas* conservados en textos epigráficos y literarios, así como en numerosas constituciones imperiales).

El estudio a fondo de los Derechos de los pueblos antiguos, y, sobre todo la confrontación entre ellos y las fuentes jurídicas romanas, revelan un dato histórico verdaderamente valioso, mostrando que el Derecho Privado Romano, en su sistema, en sus concepciones y en sus institutos, no tiene semejanza con ninguno de los otros Derechos de la antigüedad conocidos por nosotros, sino que se presenta, frente a ellos, como aislado y autónomo, teniendo una estructura y unas particularidades propias e inconfundibles.

El esfuerzo de los juristas romanos se encaminó a separar las normas jurídicas de las extrajurídicas, y, precisamente en este aislamiento del elemento jurídico del extra jurídico, es donde se suele encontrar una de las particularidades del Derecho Romano.

El procedimiento lógico de los juristas romanos, al cual debemos hacer a menudo referencia, a medida que nos adentremos en el estudio del sistema del Derecho Romano, tiene un innegable paralelismo con el procedimiento seguido en el campo matemático; y se

ha puesto de relieve muchas veces cómo su *forma mentis*, que tiende, desde los tiempos antiguos, a la concepción y a la formulación del principio y de la norma (aunque los romanos se muestren distantes de las especulaciones teóricas y, aparentemente de la abstracción, sobre todo, si se les compara con los juristas modernos), a la definición y a la construcción del sistema, que responde a la que era propia de los filósofos y científicos griegos.

Tal orientación lógica es visible ya en las normas jurídicas de las más antiguas fuentes romanas, como, por ejemplo, en los fragmentos arcaicos de las XII Tablas, cuyas normas están formuladas en forma abstracta y se presentan como la enunciación de reglas particulares o de principios generales que se enmarcan en un sistema. En tales fuentes, se encuentra ya la distinción de las diferentes normas en grupos (delitos y penas, obligaciones, sucesiones, derechos reales, procedimiento) cada uno de los cuales, tiende a constituir, aunque sea en forma embrional, algunas veces, una coordinación de la materia.

Importancia del estudio del Derecho Romano

Todo lo que hemos dicho anteriormente, demuestra la importancia del estudio del Derecho Romano para la formación del jurista moderno.

Casi todos los Derechos modernos (a excepción del Derecho Anglosajón), tienen su origen remoto en el Derecho Romano justinianeo y se han formado, en gran medida, a partir de las concepciones, las formulaciones, y, sobre todo, por el sistema jurídico romano.

En el sistema romano, se ha inspirado, el movimiento de consolidación y de codificación del Derecho que ha caracterizado al siglo pasado. Los compiladores del Código de Napoleón, modelo de otros Códigos Civiles, han seguido en buena medida las concepciones de Pothier (1699-1772), jurista francés que se formó en las fuentes romanas.

El estudio del Derecho Romano, que tan profundamente influyó en el desarrollo de la civilización europea, dadas las características

que hemos señalado, es, por lo tanto, indispensable al jurista, para comprender el sistema, las concepciones y los institutos jurídicos modernos, para penetrar en la lógica del pensamiento y del razonamiento jurídico.

En segundo lugar, el análisis de las discusiones, de las argumentaciones y de las construcciones lógicas de los juristas romanos, así como el estudio de los miles de soluciones y decisiones de los casos prácticos conservados en las fuentes, constituye una excelente escuela de formación intelectual para apropiarse de la técnica, la dialéctica y los métodos de argumentación jurídica, así como para adquirir un conocimiento riguroso y concreto de los principios que informan al sistema jurídico. Bajo este punto de vista, el Derecho Romano puede considerarse un instrumento óptimo para la formación y preparación del jurista moderno, y para su adiestramiento, en la interpretación y en la hermenéutica de los textos legislativos.

En tercer lugar, el estudio del Derecho Romano es un medio incomparable para la formación histórica del jurista. Este Derecho ofrece un campo muy favorable para la investigación histórica, no sólo a causa de su evolución orgánica y progresiva, que tuvo lugar a lo largo de un milenio en la comunidad política del pueblo romano, sino, también, porque es posible seguirlo desde sus orígenes, paralelamente a la historia de las vicisitudes de Roma, dándose así cuenta, con exactitud, de los factores políticos, económicos y sociales que han influido sobre sus cambios y transformaciones. El hecho de poder constatar cómo la evolución del Derecho sigue a la de la sociedad en que ha nacido, cómo se forman y se modifican las normas jurídicas de acuerdo con las exigencias sociales y las diferentes circunstancias, da al investigador una experiencia formativa muy valiosa para entender qué es verdaderamente la vida del Derecho.

Para darnos cuenta de la amplitud y multiplicidad de tales experiencias, basta pensar que el Derecho Romano ha regulado la vida de una comunidad que vivía originariamente en los límites restringidos de una ciudad, con una base económica primitiva agrícola y pastoril,

y que, en el curso de los siglos, a través de una expansión que no tiene precedentes, puso bajo su dominio un territorio inmenso y las más diversas poblaciones de Europa, África y Asia.

El Derecho Romano, ofrece, bajo este punto de vista, un ejemplo, también, de la aplicación de normas jurídicas, creadas para una determinada comunidad, a otras poblaciones diferentes, y de las consiguientes adaptaciones. Añádase que la abundancia de las fuentes, y el hecho de que éstas pertenezcan a distintas épocas, permiten estudiar el Derecho Romano bajo los aspectos más diferentes, a la vez que el inmenso material que nos han dejado los comentaristas del *Corpus Iuris Civilis*, desde la Edad Media a nuestros días, permite seguir sus vicisitudes, incluso fuera del mundo romano y después del siglo V.

El carácter y el contenido de las “Instituciones”

Ya desde época antigua los romanos advirtieron que el conocimiento del Derecho debía basarse necesariamente en el estudio ordenado del sistema jurídico; y, efectivamente, son los únicos, entre todos los pueblos antiguos, que elaboraron manuales elementales llamados *institutiones*, donde se exponen brevemente, de forma sencilla y fácil, según un orden y una distribución sistemática, los institutos de Derecho Privado, y se sintetizan principios generales, conceptos y definiciones.

El nombre de *institutiones*, que proviene de *instruere*, que significa precisamente instruir, educar, enseñar, iniciar en una determinada disciplina, es idéntico al que llevan otros manuales destinados a iniciar en el conocimiento de otras materias, como, por ejemplo, en el Siglo I d.C., *las Institutiones oratoriae* de Quintiliano y, en el siglo IV, *los libri divinarum institutionum* de Lactancio.

Las *Institutiones* que nos han llegado casi íntegramente, y, que, por lo tanto, significan para nosotros una fuente de gran valor, son las de Gayo, jurista del siglo II d.C., cuya vida y patria son totalmente desconocidas. Varios fragmentos de la obra, que se compone de cua-

tro libros, se encuentran en el Digesto, y gran parte de ella, fue utilizada para la redacción de las Instituciones de Justiniano. El afortunado descubrimiento, en el año 1816, en un *palimpsesto de la Biblioteca Capitular de Verona*, de una copia del siglo V de estas *Institutiones*, ha permitido a los historiadores conocer directamente este manual, de suma importancia para la reconstrucción del Derecho Clásico. Sin embargo, algunos pasajes de la obra se perdieron irremediamente, ya sea porque fueron borrados por quienes utilizaron el pergamino para escribir sobre él otras obras, o porque se deterioraron a causa de los reactivos usados por los primeros investigadores.

Las Instituciones de Gayo se dividen en cuatro libros y contienen sólo Derecho Privado. La materia se distribuye en tres partes: La primera contenida en el libro primero, trata de la diferente posición jurídica de los hombres; la segunda, contenida en los libros segundo y tercero, comprende los derechos reales, las sucesiones y las obligaciones; la tercera, contenida en el libro cuarto, se refiere al proceso civil.

La exposición de la materia, en las Instituciones de Gayo, constituye un modelo de claridad, de limpidez de concepción y de síntesis. El autor resume, admirablemente, conceptos complicados y difíciles. La estructura de los institutos está trazada con método seguro, remontrándose, a menudo, a épocas antiguas, para aclarar el Derecho Positivo y la doctrina precedente. En particular, la exposición del proceso, en el libro cuarto, está precedida de una historia detallada, de la que faltan algunos pasajes, de las antiguas formas romanas de procedimiento, poniendo de manifiesto cómo se pasó de ellas, al sistema formulario, todavía en uso en el siglo segundo; y, en algunas cuestiones, se ponen de manifiesto las divergencias entre las escuelas de los juristas.

Períodos de la Historia del Derecho Romano. Criterios para la división de los períodos del Derecho Romano.

Existen distintos criterios para la división del Derecho Romano:

1. El criterio político: encontramos el periodo monárquico, que va desde la fundación de Roma en el año 753 a.C. hasta el año 510 a.C. Está caracterizado por la ciudad quiritaria. Comprende la formación de la ciudad estado y sus órganos, con influencia cultural etrusca; es el dominio de los patricios sobre los plebeyos, pero comienza un proceso de integración de éstos, a los cuadros políticos y sociales que da paso a la República (510 a.C). Durante este periodo político se da un armónico y completo funcionamiento de las Magistraturas, Senado y Comicios, se perfecciona la hegemonía mediterránea, basada en las alianzas; pero este proceso fracasa, y surge en el año 27 a.C. el Imperio, que podemos dividir en dos etapas, el Alto Imperio que va hasta el año 284 d.C. y se caracteriza por la consolidación del poder autocrático del Príncipe, se da la ciudadanía masivamente a todos los habitantes del imperio y una organización en regiones. En el 284 d.C. cambia al Dominado o Bajo Imperio, que va hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d.C.

2. El criterio jurídico: establece el Derecho Quiritario (de los *quirités*), que va desde la fundación de Roma hasta el año 202 a.C. donde finalizan las guerras púnicas, naciendo aquí el Derecho Civil que va hasta el año 235 d.C. Durante la vigencia de este Derecho, convive, con el Derecho de Gentes, hasta que, finalmente, aparece el Derecho Heleno Romano en el año 235 d.C que transcurre en el Imperio Oriental hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d.C.

3. También vemos, partiendo del historiador Gibbon, al jurista Hugo, la distinción en cuatro períodos:

a) La infancia, que va desde la fundación de Roma, hasta la creación de la Ley de las XII Tablas (451 a.C).

b) La juventud, que va hasta Cicerón (mediados Siglo I a.C.).

c) La virilidad, desde Cicerón hasta el Emperador Alejandro Severo (235 d.C.)

d) La vejez, que se extiende hasta Justiniano.

4. Bonfante, seguido por De Francisci, ha señalado dos fechas esenciales de la historia política de Roma: el fin de la segunda Guerra Púnica, con la victoria definitiva de Roma sobre Cartago (202 a.C.), y la muerte de Alejandro Severo (235 d.C.). Estas dos fechas dividen la historia del Derecho Romano, en tres períodos:

El primero, que se extiende del año 753 al 202 a.C., es llamado por Bonfante, Derecho Común de Roma o Derecho Quiritario. Tiene su origen en una comunidad de pastores y agricultores, cuyos orígenes continúan siendo para nosotros misteriosos y legendarios; se trataba de una comunidad organizada en estado-ciudad, concepción política que seguirá estando en la base de la constitución monárquica y republicana. La creación del órgano jurisdiccional, el Pretor, abre el camino a la transformación progresiva del antiguo *Ius Civile* y a la creación de nuevos institutos.

El segundo periodo, del año 202 a.C. al 235 d.C., es denominado por Bonfante, Estado Romano-Itálico y (quizás con un término discutible) Derecho de Gentes. Es el período en el que se realiza la transformación del Derecho Privado por obra del Pretor, cuyas innovaciones muy pronto serán calificadas en su conjunto como un Derecho (*Ius honorarium* o *Ius praetorium*) distinto del *Ius Civile*. Al mismo tiempo, por obra de la jurisprudencia, de la enseñanza y de las escuelas, se va perfeccionando la formulación y la construcción sistemática del Derecho, que se enriquece con nuevos elementos éticos y nuevos institutos.

El tercer periodo, que puede ser llamado del Dominado, discurre entre los años 235 al 565 d.C., tras los intentos de unificación hechos por Diocleciano, incluso en el campo del Derecho Privado, la división entre Imperio de Occidente e Imperio de Oriente tuvo, entre otras consecuencias, la de hacer que se fuera diversificando progresivamente el Derecho de una y otra parte. El reconocimiento oficial

de la religión cristiana tuvo repercusiones en el Derecho Privado, especialmente en el Derecho de Familia, en el que las nuevas doctrinas éticas y religiosas, condujeron, ya bajo Constantino, a cambios profundos de las normas y los institutos; los derechos provinciales manifiestan una influencia creciente.

La labor creadora de la jurisprudencia y de los órganos jurisdiccionales en la formación del Derecho va decayendo, al mismo tiempo que adquiere relevancia la actividad de las escuelas posclásicas orientales y occidentales.

El poder absoluto del emperador se afirma también en el campo del Derecho Privado y su voluntad va siendo cada vez más decisiva y exclusiva en la formulación de las normas. Se asiste no sólo a una dualidad de legislación en Occidente y Oriente, sino también a una creciente y desordenada duplicación de normas legislativas imperiales, mientras que continúan siendo usadas en la enseñanza y en la práctica, numerosas obras, de carácter diverso, de los antiguos juristas. La naturaleza misma de las fuentes, su gran abundancia, su pertenencia a diferentes períodos históricos, y, con frecuencia su carácter contradictorio, hacen insegura y difícil la actividad judicial.

Para salir al paso de este inconveniente, los emperadores intentan, con diferentes medios, unificar el Derecho, ya sea promulgando reglas para el uso de las fuentes, ya sea recogiendo a éstas en compilaciones. En el año 426 d.C., Valentiniano I promulga una constitución, la famosa Ley de Citas, con la cual, y para la actividad judicial, concede valor normativo a las obras de Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino, así como a las opiniones de los juristas anteriores que se citaran en esas obras. En caso de desacuerdo, el Juez estaba obligado a seguir la opinión expuesta por la mayoría de los cinco juristas; ante soluciones diferentes, defendidas cada una de ellas por un número igual de juristas, debía prevalecer la opinión de Papiniano; en los demás casos, el juez era libre para adoptar la solución que prefería.

Dos colecciones de constituciones imperiales son realizadas por particulares, el Código Gregoriano y el Código Hermogeniano; otra

colección que, a diferencia de las dos primeras, tenía carácter oficial, es llevada a cabo por Teodosio II, en el año 438 d.C, consta de 16 libros y recoge Constituciones de Emperadores, desde Constantino a Teodosio.

La exigencia de llevar a cabo una unidad jurídica en el Imperio, el ideal de recoger y transmitir la obra de los juristas romanos clásicos, cuya grandiosidad e importancia se imponía de modo particular a la civilización bizantina del siglo VI, la aspiración a conservar las leyes de los emperadores precedentes de forma que quedara unida a ellas la propia actividad legislativa, afirmando y consolidando en este campo una tradición ininterrumpida, la voluntad de dar a los estudios jurídicos una orientación concreta, conforme con la clásica, movieron a Justiniano, apenas llegó a ser emperador de Oriente, a dar comienzo a su obra de compilación. El 13 de febrero del año 528, con una constitución, ordena a una comisión de diez juristas, llevar a cabo una compilación de Constituciones Imperiales, sirviéndose de los tres Códigos precedentes.

El primer Código (que no nos ha llegado) estuvo en vigor el 7 de abril del año 529 con la constitución *Summa Reipublicae*. El 15 de diciembre del 530, con la constitución, *Deo Auctore*, el Emperador disponía que otra comisión de 16 juristas, presidida por Triboniano, recopilara las opiniones de los jurisconsultos. El plan original era limitarse a los juristas que gozaban del *ius respondendi*, pero en la compilación aparecen también usados algunos escritos de juristas republicanos. En tres años se leyeron dos mil volúmenes que contenían tres millones de líneas: de ellos fueron tomados pasajes que comprendían unas ciento cincuenta mil líneas, ordenándolos, según las varias materias en cincuenta libros, cada uno de los cuales (a excepción de los libros 30, 31 y 32) están divididos en títulos; dentro de cada título se colocaron los pasajes de las obras de los juristas, con la indicación de su nombre, de la obra y del libro de que fueron tomados. Cada título lleva la indicación (rúbrica) de la materia contenida en fragmentos que se incluyen en él. La obra, llamada Digesto (de *digerere* =

recoger de forma ordenada) o Pandectas (del griego, recojo todo), fue publicada el 16 de diciembre del año 533.

Inmediatamente después, Justiniano ordena una nueva compilación de las *leges*, en sustitución del primer Código. Este segundo Código, llamado *Codex repetitae praetlectionis*, es compuesto por una comisión presidida por Triboniano; es publicado el 16 de noviembre del 534 con la constitución *Cordi Novis*, y pasa a tener vigor el 29 de diciembre. Está dividido en doce libros; cada uno de éstos, a su vez, en títulos, dentro de los cuales se recogen, en orden cronológico, las Constituciones Imperiales (la más antigua se remonta a Adriano) con la indicación, al principio, del emperador o emperadores que las han promulgado y de la persona o funcionario del organismo a quien están dirigidas (*inscriptio*); casi todas tienen, después del texto, la *subscriptio*, esto es, la indicación del lugar y de la fecha de la promulgación. Cada título, como en el Digesto, lleva la indicación de la materia a que hacen referencia las constituciones que se contienen en él.

La redacción de las Instituciones, tratado elemental y sistemático de Derecho, destinado a la enseñanza, es llevada a cabo por Triboniano, por Teófilo, profesor en Constantinopla y por Doroteo, profesor en Berito. Son publicadas el 21 de noviembre del año 533 con la *Constitución Imperatoriarn Maliestatam*. Es una compilación formada de trozos selectos, tomados, en gran parte, de las Instituciones de Gayo y, en menor medida, de las Instituciones de Ulpiano, Florentino, Paulo y Marciano, con alguna añadidura de los compiladores, para exponer determinadas innovaciones al Derecho Clásico. Pero, a diferencia del Digesto y del Código, los diferentes trozos seleccionados, están unidos entre sí, de forma seguida, sin indicación de las obras de que está tomado cada uno. Se dividen en cuatro libros y cada de ellos en títulos.

A las tres obras de compilación se añaden, más tarde, las *Novellae Contitutiones*, de las que nos han llegado las siguientes colecciones: una en latín, llamada *Authenticum* y que comprende ciento treinta y cuatro *Novellae*; y otra en griego, de ciento sesenta y ocho *Novellae* de

las que ciento cincuenta y cinco son de Justiniano, compuesta por un autor anónimo.

Estas nociones esquemáticas a propósito de la formación y el contenido del *Corpus Iuris Civilis*, muestran la enorme importancia de la obra de Justiniano. Sin su plan de formar, con fragmentos escogidos de constituciones imperiales y de diversas obras doctrinales de la Jurisprudencia, colecciones normativas, encaminadas a conseguir tanto el fin histórico de conservar el pensamiento jurídico romano antiguo, como el objetivo práctico de aplicar esas colecciones a la regulación de la compleja vida social y económica de su tiempo, no habríamos podido conocer, nosotros, la actividad más insigne llevada a cabo en el campo intelectual por los romanos, la construcción y la formulación del sistema y de los institutos jurídicos.

Nociones Fundamentales

Concepto de Derecho Romano

En su sentido amplio: Comprende el conjunto de principios, preceptos y normas que rigieron las relaciones jurídicas del pueblo de Roma, desde la fundación de la ciudad (753 a.C) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C); valorado en su criterio eminentemente histórico, debiendo también considerar su desarrollo evolutivo, ya que, después de la caída del imperio occidental, trasciende sus fronteras, influyendo, en especial, en aquellas legislaciones que se formaron en España, en Italia, y en la Galia meridional, conocidas con el nombre de Leyes Romano Bárbaras, que rigió la vida de los pueblos bárbaros.

En su sentido estricto: Se entiende por Derecho Romano el conjunto de principios y normas jurídicas contenidas en el Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas, siendo las distintas partes de la compilación justiniana, que ha pasado a la posteridad con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*. El *Corpus* legó, un modo de ciencia jurídica que inspiró a la mayoría de los países modernos, para elaborar su Derecho Positivo.

Concepto romano de Derecho

Los romanos crearon las normas y preceptos jurídicos que el caso requería ante el planteamiento de un hecho concreto. Esto significa la imposibilidad de conceptualizar en una apretada síntesis el concepto de una institución jurídica, conscientes que en Derecho toda definición es peligrosa.

Para los romanos, el Derecho, era el arte o ciencia práctica, tendiente a que las reglas abstractas fueran de aplicación a los casos particulares que se presentaran a los individuos, esto es el conjunto de reglas y principios que sirven para realizar en la vida, lo que la ciencia ha demostrado que es bueno y justo o equitativo.

El *Ius* y el *Fas*

El *Ius* es el Derecho humano objetivo, y el *Fas* es el Derecho divino.

Según Ulpiano, el Derecho es designado con el vocablo latino *Ius*, y Celso sostenía, que “es el arte de lo bueno y lo equitativo”, considerándose el término bueno, como ajustado a la ley, y el término arte (*ars*) como la comprensión del conjunto de preceptos y reglas aplicadas al Derecho.

El *Fas* es el fundamento del *Ius*, operando incluso donde éste no lo hace. La vinculación entre ambos, está dada, en que el *Fas* tiene sentido de fundamento o apoyatura en tanto el *Ius* es lo instituido.

El *Fas* tiene el significado de lo que está conforme al orden fundamental, es la palabra divina expresada por quien tiene tal facultad; los Pontífices y el *Rex*. Es lo que sirve para sostener y fundar el orden de las cosas. Es un Derecho perfecto, a la vez que es eterno e inmutable.

El *Ius* es el estado óptimo que se alcanza con relación a otro y al que se llega por el cumplimiento de los ritos necesarios.

Los primeros prudentes romanos lo caracterizaron, al *Ius*, como una creación humana, y al *Fas*, como aquel que se aplica, solo al Derecho divino lícito y religioso.

Justicia y jurisprudencia

Del término *Ius*, derivan las voces *iustitia* e *iusriprudentiam*.

- ***Iustitia***: “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. Es así que, para el Derecho Romano, la justicia es una virtud que tiene su expresión en la voluntad permanente de observar fielmente las leyes y dar a cada uno lo suyo. Porque siendo la misma el fin del Derecho, no actúa exclusivamente en el mundo de los valores ideales, sino que debe aplicarse a la realidad viva del quehacer humano, tendiente al bien común, estableciendo una cierta igualdad entre los hombres. Esta voluntad debe ser constante y perpetua.

- ***Iusriprudentiam***: Los textos romanos definen a la jurisprudencia diciendo que “es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto”. Es criticado el criterio de incluir a las cosas divinas, que hacen a la espiritualidad y que escapan al ámbito jurídico, pero es explicable, que los romanos incluyeran el conocimiento de las cosas divinas, ya que las reglas relativas al culto tuvieron carácter legal, y ejercieron una gran influencia en el derecho de los ciudadanos.

La equidad (*aequitas*)

De acuerdo con su etimología, entraña la idea de esencia y conjunto de lo justo. Presenta, históricamente, dos valores, en la época preclásica y clásica equivale a justicia, como valor ideal. Según Cicerón, el

Derecho es la concreción de la equidad. Su otro valor, del período de Justiniano, aparece como criterio regulador de los conflictos.

Es la adecuación del Derecho positivo a los hábitos, sentimientos, e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva.

Preceptos de Ulpiano

La palabra precepto equivale a regla, que se establece para regular la convivencia social. Ulpiano, establece tres preceptos del Derecho:

•**Vivir honestamente:** las disposiciones, como impedimentos matrimoniales, las permanentes referencias a la buena fe, el juramento, la veracidad de los dichos del testigo, la incidencia de virtudes, como la austeridad, la severidad de costumbres cuya violación producía efectos ciertamente jurídicos, evidencia la incidencia del vivir honestamente, como principio fundamental del Derecho. Estos preceptos, de contenido moral, no dejan por ello de ser también jurídicos, y, quién los viole, es pasible de la sanción legal.

Este precepto tiene que ver con la libertad individual, ya que, al ajustarse a una regla moral, se ve obligado a no realizar actos que la violen, y, si lo hace, será sancionado, como por ejemplo la bigamia, el adulterio, el incesto, etc.

•**No dañar al otro:** quien se abstiene de la conducta prohibida por las leyes, obedece al precepto de no hacer daño a nadie. El Derecho ha de contemplar la protección contra los daños en la persona y los bienes, otorgando los medios que conduzcan primariamente a evitarlos, y, producidos, a resarcirlos.

Precepto que es propio del Derecho, de evitar las conductas que afecten la integridad de los valores humanos, y, consecuentemente, procuren la paz y justicia en el Estado. Por ejemplo, la ley romana castiga al que hiere o daña (injuria) a un semejante, o mata un animal ajeno.

•**Dar a cada uno lo que es suyo:** quien hace lo que las leyes mandan, cumple con el “dar a cada uno lo suyo”. Cumplir los contratos,

guardar los pactos, reconocer los derechos de los demás, es dar a cada uno lo suyo. Este precepto contiene la idea de justicia común de Ulpiano, Aristóteles, Platón y Santo Tomás.

La justicia no se agota en el respeto a los derechos de otro, sino a medir las prerrogativas que a cada cual correspondan.

Estos tres preceptos del Derecho, hacen a la esencia del Derecho, y, constituyen no solo reglas morales, sino imperativos jurídicos.

Derecho Público y Privado

Los textos romanos distinguieron dentro del *Ius*, al **Derecho Público** y al **Derecho Privado**.

Es necesario hacer notar, que, en los tiempos antiguos, esta división no se da, ya que encontramos que los términos, *potestas* y *manus*, se señalan tanto para la autoridad privada del jefe de familia, como para la autoridad del *Rex*.

Derecho Público (*Ius Publicum*)

Para Ulpiano “Al Derecho Público pertenece el gobierno del pueblo romano, cayendo dentro de su órbita, el régimen de las cosas sagradas, las de los sacerdotes y la de los magistrados”.

El Derecho Público es el conjunto de normas que regulan la constitución, la actividad del Estado y la relación de éste con los particulares.

Derecho Privado (*Ius Privatum*)

Para Ulpiano: “Derecho Privado es el que pertenece a la utilidad de cada cual”.

El Derecho Privado se refiere a los intereses de los particulares, fijando las condiciones y límites de la actividad individual. Regula, por lo tanto, las relaciones mutuas entre los ciudadanos, sean ellas de carácter familiar o patrimonial, y está dado por los preceptos que emanan del Derecho Natural, del Derecho de Gentes y del Derecho Civil.

De lo expuesto, vemos que las normas del Derecho Público son inalterables, ya que los particulares no pueden disminuir sus efectos, por pactos, o ser derogadas. En cambio, las del Derecho Privado pueden ser modificadas o derogadas por voluntad de las partes.

El Derecho Natural (*Ius Naturale*)

Los romanos admitieron, que, además del Derecho Positivo, existía un Derecho ideal, al que llamaron Derecho Natural, que aparece como un orden inmutable, eterno, derivado de la naturaleza, de las cosas o de la divinidad.

Las *Institutas* de Justiniano, dicen, que “el Derecho Natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, y no es privativo solo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De ello proviene la unión del macho y la hembra, llamado matrimonio en los hombres; la procreación que es su finalidad, y la educación, que es un deber impuesto a los progenitores”.

Se considera que el sentido del Derecho Natural, debe buscarse en los actos del hombre, que actúa por impulso de la naturaleza, como por ejemplo la defensa propia, la unión de sexos, la crianza y alimentación de los hijos o el ejercicio de la libertad.

El Derecho Civil (*Ius Civile*)

Es definido por los textos justinianos como el Derecho de las ciudades, que procede de la voluntad del pueblo. Es el Derecho propio de cada ciudad, aplicándose exclusivamente a las relaciones entre ciudadanos romanos con exclusión de los extranjeros.

Este Derecho es el que viene de la costumbre (*mores maiorum*) y la ley en su más amplio sentido (leyes comiciales, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, etc.). Tiene características propias, dadas por las modalidades de vida, religión, costumbre y tradición del pueblo.

El Derecho de Gentes (*Ius Gentium*)

El Derecho de Gentes es el Derecho común a todos los hombres, procediendo de la naturaleza racional de éstos, y de las relaciones comunes que entre ellos establezcan.

Los autores modernos consideran que se formó este Derecho entre los pueblos civilizados que habitaban el Mar Mediterráneo (Norte de África, Asia y sur de Europa). Al tener contacto con los romanos, hicieron surgir innumerables relaciones sociales y económicas, que al no caer dentro del ámbito del Derecho de una ciudad debían ser regulados. Paulatinamente, crece, hasta ser más numeroso que el Derecho Civil.

Cuando comenzaron las conquistas romanas, se da nacimiento a las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros, que no eran solucionadas por el Derecho Civil, entonces, el Derecho de Gentes adquiere un valor innegable, basado en la equidad, por la labor del Pretor Peregrino, que influye en el Pretor Urbano, provocando que, junto al Derecho Civil, sea colocado el Derecho Pretoriano, el cual adquiere cada vez mayor importancia, llenando los vacíos del Derecho Civil, para terminar por corregirlo y absorberlo.

La fundación de Roma

El periodo de la Monarquía transcurre desde la fundación de Roma, el 21 de abril del 753 a.C, hasta el 509 a.C., con la caída del monarca Tarquino el Soberbio. Esta etapa ofrece dificultades para su conocimiento, ya que son escasos los testimonios suministrados, estando envuelta en tinieblas.

La tradición de los historiadores antiguos es severamente discutida por los historiadores modernos, siendo desechadas las narraciones de Tito Livio y Dionisio de Halicarnaro.

La leyenda, dice Plutarco (historiador y ensayista griego) se puede tomar con algo de certeza, cuando aparece en escena Eneas, huyendo de Troya, vencido por los griegos, y trasladando sus dioses a la zona del Lacio.

Eneas, se casa con Lavinia, hija de Latino, descendiente de Hércules, y tienen un hijo, Ascanio, el cual funda la ciudad de Albalonga; y luego de sucesivos reyes, recibe el trono, Iroca, quien, después, les entrega los territorios a sus hijos Numitor y Amulio. Este último destrona a su hermano, haciendo sacerdotisa de Vesta, a la Princesa Rea Silvia, hija del rey Numitor.

No obstante, su condición de virgen vestal, Rea Silvia, se une secretamente al Dios Marte, y tiene dos hijos mellizos, Rómulo y Remo, quienes, por orden de Amulio, son arrojados al río Tíber, donde son rescatados, milagrosamente, cerca del Monte Palatino, siendo amamantados por una loba y cuidados por el pastor Faustulo. Cuando llegan a ser adultos, destituyen a Amulio y reponen en el poder a su abuelo Numitor, quien los autoriza a fundar una ciudad en el monte (Colina) Palatino.

Rómulo, procede a diseñar la ciudad de Roma, marcándola con una reja de bronce, estableciendo un surco sacramental, prescribiendo, que aquel que lo violara, sería muerto. Remo, se burla de ello, y Rómulo lo mata, pronunciando las palabras “Así perezca el que franquee este recinto”.

De esta forma, nace Roma, según la leyenda, fundada por Rómulo en el 11 antes de las calendas de mayo, es decir el 21 de abril del 753 a.C.

Este relato dura hasta el siglo XVIII, donde los historiadores comienzan a cuestionarlo, sosteniendo que el nacimiento de Roma no fue en un solo acto, sino de forma gradual.

Mommsen y otros destacados romanistas, han demostrado, que, en esta leyenda es poco lo que hay de verídico. El hecho real es que, al momento de la fundación de Roma, el núcleo principal de los habitantes eran los Italiotas, formados por los:

- Latinos – Ramnenses
- Sabinos – Titienses
- Etruscos – Luceres

La fundación se debió a una excelente posición geográfica y estratégica; también, a que los etruscos, introdujeron en Roma la verdadera civilización, ya que eran altamente avanzados, técnicamente, y, por su vinculación con los fenicios y griegos, vivían muy refinadamente. Prueba de ello, es que realizaron el cultivo intenso del suelo, la disección de los pantanos y la cloaca máxima; también a ellos, algunos

romanistas los destacan, como los que dejaron establecido el importante rol de la mujer en la familia, a pesar de los límites jurídicos fijados por el hombre, en la figura del *Pater*.

Tribus y curias

Al instalarse los etruscos, desaparece el individualismo, produciéndose la unidad territorial, que lleva a la fusión de las tres tribus integradas por los *Ramnenses* (raza latina- jefe Rómulo), los *Titienses* (raza sabina – jefe Tatio) y los *Luceres* (etruscos – jefe con título de Lucuwio) que dieron origen a Roma. Fueron subdivididas cada una de las tribus, en diez curias, contando con una denominación especial, formada principalmente por los patricios, y en menor medida por los plebeyos (estos sin voto). A los integrantes de las curias se los denominaba curiales; de esta forma el antiguo *populus* quedó integrado por treinta curias.

Las curias fueron instituciones político – administrativas, a cargo de un Jefe o *Curio*, presididas por el *Curio Máximo*.

Administrativamente, cada curia suministraba al ejército un grupo de combatientes y también algún miembro al Senado.

En lo religioso, la curia tiene su culto especial, que forma parte del culto público, un Dios, un santuario, sus sacerdotes propios, sus ritos y ceremonias.

El rey Servio Tulio, aproximadamente en el 550 a.C, hace desaparecer estas tribus genéticas (Latinos, Etruscos y Sabinos), creando las tribus rústicas y tribus urbanas, según la localidad en que estuvieran asentados. Además, le resta importancia a los Comicios Curiados, naciendo los Comicios Centuriados.

Gens y familia

La *gens* es de mucha importancia para la organización del Estado monárquico. Autores modernos dicen que fue una organización autónoma, pero lo importante es que, para ejercer los derechos políticos y privados, se debía pertenecer a una *gens*.

Existen distintas teorías sobre su formación, pero predomina el criterio de que su organización es similar a un pequeño Estado, integrado por personas subordinadas a un jefe, que ejerce funciones de sacerdote, juez y comandante de los ejércitos, estando regulados sus derechos por las reglas establecidas en las Asambleas.

En Roma, la existencia del Estado descansó sobre la familia, al ser concebido como una reunión de familias *Civitas* – *Tribus* – *Gens*.

Organización social

Existe, en esta etapa, una evidente desigualdad de derechos. Hay una clase superior y dominante que son los **patricios**, quienes ejercen el monopolio político, judicial y religioso, y los **plebeyos**, casta inferior, quienes no pueden acceder a estos privilegios. Entre ambos, aparecen los **clientes**, que están vinculados al patrono, de cuya *gens* forman parte.

El de patricio, es un título y honor; y son patricios, los descendientes de los *paters*, o sea, de los primeros miembros del Senado de Rómulo. Cuentan con el *Ius Civitatis*, tienen todos los derechos públicos y privados, y el *Ius Sacrorum*, que es el derecho de ejercer el culto, y alcanzar la jerarquía sacerdotal.

La clientela, es una institución pre – romana. Se dice que los plebeyos están agregados a las casas patricias en calidad de clientes; plebe y cliente eran la misma cosa, después se separan, los clientes quedan sumisos a los patricios y los plebeyos libres de todo lazo. Otros consideran que son los habitantes de los pueblos vencidos, que pre-

ferían ser clientes a esclavos. Los clientes gozan de libertad de hecho, ocupando un lugar intermedio entre los libres y los esclavos.

La plebe va creciendo y llega a tener una importancia preponderante en la vida institucional de Roma. Su situación en la sociedad romana, es que no forman parte de la *civitas*, y aunque son tenidos como habitantes de la urbe, están separados, y ocupan las colinas adyacentes (eran siete las colinas). No cuentan con derechos públicos, y los derechos privados les están restringidos en su ejercicio, ya que no gozan del *ius connubium* con los patricios. En lo religioso, no participan del culto de la ciudad, teniendo su divinidad propia, la Diosa Diana. Servio Tulio los eleva a la categoría de ciudadanos activos.

Características de la Monarquía Romana

a) **Vitalicia e irresponsable:** el *Rex* siéndolo hasta su muerte, no puede ser llamado como particular a dar cuentas de sus actos y, por su carácter soberano, no está sujeto a tribunal alguno.

b) **Monocrática:** el Rey no tiene colegas.

c) **Sagrada:** todo ataque contra el *Rex* es un sacrilegio.

d) Muy probablemente **no hereditaria**, así resulta de los datos tradicionales y que todavía concita adhesión mayoritaria de los investigadores modernos.

La organización política durante la monarquía se caracteriza por tres órganos esenciales: El Rey, la Asamblea del Pueblo o Comicios y el Senado.

El Rey

a) Es el Supremo Sacerdote de la comunidad.

b) Dirige la defensa y comanda las fuerzas.

c) Representa a la comunidad en sus relaciones con otros Estados, declarando la iniciación o el fin de las hostilidades.

d) Organiza la *civitas*.

e) Mantiene el orden interno y usa el derecho de castigar a los que no cumplen las normas.

f) Nombra los sacerdotes y los auxiliares del poder real.

g) Distribuye el *ager publicus* (tierra pública).

h) Acompañado o asesorado por los colegios sacerdotales, señala las normas jurídicas, en virtud de la interpretación de las *mores maiorum* (costumbres de los mayores).

i) Tiene a su cargo la represión penal de los delitos que afecten las relaciones con la divinidad, la paz y seguridad del Estado. Interviene en la regulación de la defensa privada y es muy probable, que, a los litigantes, los obligue, previa declaración de las normas aplicables, a someter sus cuestiones a árbitros, a los que inviste de un poder específico.

El poder del *Rex* es casi absoluto en la práctica, a pesar de la existencia del Senado y los Comicios Curiados.

Su designación no es electiva, muerto el Rey, se produce un proceso, llamado *Interregnum*, donde los poderes vuelven al Senado, quienes eligen a uno de entre ellos, para que, por término de cinco días, ejerza el *Imperium*, como *interrex*, que entrega luego a otro senador, y así sucesivamente hasta que, reunidos los comicios curiados, el *interrex* de turno, propone un nuevo Rey: si es aceptado y los auspicios le eran favorables, el propuesto recibe el nombramiento como nuevo Rey.

Durante el periodo monárquico, Roma contó con siete reyes, siendo ellos

Rómulo (753 a 714 a.C.), fundador de Roma.

Numa Pompilio (hasta el 672 a.C.) quien organiza el culto.

Tulio Hostilio, hasta el 640 a.C.

Anco Marcio, hasta el 617 a.C., es un Rey pacífico que levanta el puerto de Ostia, haciendo llegar el territorio de Roma hasta el Mar.

Estos cuatro reyes son de origen Latinos–Sabinos; los posteriores tres reyes son Etruscos.

Tarquino el Antiguo, hasta el 577 a.C., construyó obras públicas como la cloaca máxima, el foro, el circo, etc.

Servio Tulio, hasta el 533 a.C., quien da la Constitución Serviana.

Tarquino el Soberbio, hasta la culminación de la Monarquía en el 509 a.C.

Características de los siete reyes

Rómulo (753-715 a.C.) es quien, según la leyenda, habría fundado Roma junto con su hermano Remo a quien le dio muerte. El reinado de Rómulo no es más que un mando militar donde los intereses comunes, son tratados en un consejo de cien hombres, que se llamó Senado.

Proyecta y lleva a cabo el raptó de las doncellas sabinas y de otras ciudades en ocasión de acudir a las fiestas de Neptuno, organizadas por él. Esto irrita a los pueblos cercanos, que tomaron las armas, Rómulo está casi siempre en guerra con países vecinos y consigue muchas victorias.

Numa Pompilio (715-672 a.C.) a quien se le atribuye la introducción de muchas costumbres religiosas; es quien establece los colegios sacerdotales, en el Estado romano.

Tulio Hostilio (673-641 a.C.) Según Tito Livio, después de Numa, los senadores eligen a Tulio Hostilio quién resulta ser más belicoso que el mismo Rómulo.

Anco Marcio (641-616 a.C.) Es nieto de Numa e hijo de una sabina. Fue elegido por el pueblo, y confirmado en su puesto por el Senado.

Auxiliado por los etruscos, lucha contra los latinos, veyentinos y sabinos a quienes derrota; aumenta con ellos la población de Roma y les da el derecho de ciudadanía. Desde entonces, lleva Roma, el nombre de “ciudad de las siete colinas”, por la incorporación a su recinto de los montes Aventino, Capitolino, Celio, Esquilino, Palatino, Quirinal y Viminal. Así Roma llega al mar.

Construye templos, explota las salinas inmediatas, fortifica el Janículo, hace el acueducto, el puente Sublicio sobre el Tiber y el puerto de Ostia (640 a.C.) abriendo así para los romanos el comercio con Sicilia y Cartago. Según algunos historiadores él habría intentado restablecer en Roma, el olvidado culto a los dioses. Anco Marcio establece la clase plebeya entre sus prisioneros latinos asentados en la colina del Aventino.

Lucio Tarquino Prisco (616-578 a.C.) Tarquino el Antiguo: Nace en Etruria, fue hijo de madre etrusca y padre extranjero. Se cuenta que, al entrar a Roma, un águila le arrebató el sombrero y después de remontarse por los aires, lo vuelve a poner en su cabeza, por lo que fue considerado, que tenía de su parte a los dioses. Al momento tiene el rango de Senador, y los clientes que lleva consigo, son ciudadanos romanos, y forman una tribu.

Su riqueza y generosidad lo hacen muy popular. Su reinado es el de un verdadero innovador. Reforma el orden ecuestre, engrandeciendo el poder en Roma.

Hizo grandes obras de embellecimientos y de utilidad en Roma, como la muralla de piedra de la ciudad; cloacas para llevar al Tiber las aguas de las siete colinas, y para sanear la parte baja de la ciudad; empieza la construcción del Circo Máximo y emplaza en la cumbre del Capitolino, el templo Capitolio, que es el templo de la deidad romana de Júpiter.

Servio Tulio (578-534 a.C.) Su padre es un noble de Corniculum, ciudad de la que los romanos se apoderaron, y su madre, que estaba embarazada es llevada cautiva a Roma y entregada a Tanaquil, esposa de Tarquino el Antiguo.

Servio nació en el Palacio, y fue educado como príncipe. Al morir Tarquino, lo proclaman rey a Servio; su gobierno es muy tranquilo.

Servio establece entre los latinos y los romanos una liga, que tuvo por centro, el templo de Diana en el Aventino.

El rey Servio Tulio lleva adelante reformas a la antigua organización gentilicia basada en los orígenes, por una división de acuerdo a las fortunas de cada ciudadano.

Estas reformas facilitaron la participación en la vida ciudadana no solo del plebeyado sino también de individuos, cualquiera sea el rango que ocuparan ellos, o los antepasados de su país natal.

Servio Tulio crea el censo “*census*”, que era un registro en el que los jefes de familia debían inscribirse, anotar las personas de su familia y sus bienes. Éste debía realizarse cada cinco años y servía para conocer la población de Roma y la fortuna de los ciudadanos. Con el censo se distribuye al pueblo en clases, basadas en la riqueza de cada persona, y así se forman las centurias.

Servio Tulio divide a la población en cinco clases:

- Primera clase: Ciudadanos que poseían 100.000 ases.
- Segunda clase: Ciudadanos que poseían entre 75.000 y 100.000 ases.
- Tercera clase: Ciudadanos que poseían entre 50.000 y 75.000 ases.
- Cuarta clase: Ciudadanos que poseían entre 25.000 y 50.000 ases.
- Quinta clase: Ciudadanos que poseían entre 11.000 y 25.000 ases

De esta forma se aplica el tributo, del que quedan exentos, los ciudadanos que no llegan a la 5ta. clase.

Los contribuyentes se llaman *asidui*; los no, *proletarii* y *capite censi* los que tienen menos de 1.500 ases.

Los *asidui* tienen la obligación de prestar servicio militar, los *proletarii* también, pero como soldados suplementarios.

Cada clase tiene un número de centurias:

- Primera clase: 80 centurias.
- Segunda clase: 20 centurias.
- Tercera clase: 20 centurias.
- Cuarta clase: 20 centurias.
- Quinta clase: 30 centurias.

Por encima de la primera clase procedían 18 centurias de caballeros. Entre la primera y segunda clase, dos centurias de ingenieros, uno en el campo y otra de *seniores* en la ciudad. En la quinta, dos centurias de músicos y una de soldados reservados no armados. En total eran 193 centurias.

La reforma serviana tuvo por consecuencia una nueva asamblea popular, donde se mantuvo la hegemonía de los patricios y los plebeyos ricos, porque al corresponder votar en primer término a las 18 centurias de caballeros y a las 80 de la primera clase, ambas hacían la mayoría; y, además, como eran llamados a votar en primer término, y el acto se interrumpía cuando se había llegado a un pronunciamiento mayoritario de 97 votos, podía ocurrir que ni siquiera la segunda clase fuera requerida para el voto.

El favor que dispensa a los plebeyos, produce celos en los patricios. Lucio Tarquino, que es el mayor de los nietos de Tarquino el Antiguo, quiere ganar el trono de su abuelo, y, ayudado por Tulia, su esposa e hija de Servio, trama una conjuración en la que tomaron parte varios patricios, quienes asesinaron al Rey, al salir del Senado. Tulia hizo pasar su carro sobre el cadáver de su padre.

Lucio Tarquino, el “Soberbio” (534-510 a.C.) Es el séptimo y último rey. Tito Livio dice que es hijo de Tarquino Prisco. Como dijimos, está casado con una malvada hija del rey Servio Tulio, con la que contrae matrimonio, luego de asesinar a su bondadosa primera esposa, también hija de Servio Tulio, y, aprovechando las turbulencias de la plebe, y los odios de los patricios en los últimos años a Servio Tulio, atrajo gran número de prosélitos.

Un día se traslada con ellos al foro, y se proclama rey. Acude Servio Tulio, sin soldados, y Tarquino se precipita por las escaleras, donde Servio Tulio es asesinado por secuaces del usurpador.

Aunque la monarquía es electiva en Roma, Tarquino no se hizo elegir por el Senado ni por el pueblo, prescindiendo en su reinado de las leyes y costumbres.

Sostiene guerras y firma Tratados, sin consultar al Senado, y procura evitar la reunión de las curias. Es enemigo de la aristocracia a la que le confisca sus bienes. En la ciudad, termina las cloacas que habían sido comenzadas por Tarquino Prisco y construye el Capitolino.

Tarquino es aborrecido, pues, como todos los déspotas, dicta medidas violentas. Pronto todo se convierte en motivo de acusación contra Tarquino; los impuestos excesivos, las guerras continuas, todo esto trae aparejada una revolución, que se levanta contra este rey.

La vista del cadáver de Lucrecia, quien se había suicidado, por la violación por parte de un hijo de Tarquino, es el colmo. El pueblo se amotina, y el Senado dicta, contra el Rey, un decreto de destitución.

La Asamblea popular o Comicios Curiados

Estas asambleas populares, llamadas originariamente Comicios Curiados, son el antecedente más antiguo del Poder Legislativo actual.

Los Comicios Curiados están organizados de acuerdo a la primitiva estructura política romana, compuesta de tres tribus, cada una dividida en diez curias, es decir treinta curias. Los Comicios son convocados por el Rey, o, en su defecto el *Interrex*. Los días fijados de reunión, son el 24 de marzo y el 24 de mayo, aunque el Rey en casos de urgencia, podía convocarlos en otras fechas.

El Rey es quien presenta la proposición, llamada *rogatio*; la Asamblea, sin discutirla, debe aprobar o rechazar; cada curia tiene un voto y se requiere mayoría simple, es decir 16 votos. Las leyes sancionadas se denominan leyes curiadas, que se vuelven perfectas, con la sanción por el Senado

El principal asunto que tratan los Comicios, es la elección del Rey, también los asuntos políticos muy importantes, la concesión de la ciudadanía, las disposiciones testamentarias, y la *adrogatio*, dada su importancia social y política.

Estos Comicios Curiados son transformados, sin eliminarlos, por Servio Tulio (577 -533 a.C) en Comicios Centuriados, ya que divide a la población de Roma en centurias, donde cada una tenía un voto, estableciendo categorías de acuerdo a la riqueza. Introdujo, de esta forma, una nueva conformación de clases, dividiendo al pueblo no por raza, sino por la fortuna. Los motivos más importantes para esta reforma, es poder incorporar a los plebeyos en el servicio del ejército.

Servio Tulio es quien incorpora el censo, donde los ciudadanos debían declarar bajo juramento su fortuna y los miembros de su familia (mujeres e hijos). Por esta organización de Servio Tulio, quedan formadas, 4 tribus urbanas y 16 rústicas, que después pasaron a 31.

Los Comicios Centuriados tienen un carácter militar, siendo sus atribuciones la declaración de la guerra y los delitos de alta traición; también tienen la facultad de elección del rey. Estos comicios centuriados continúan durante la República.

El Senado

En los orígenes de Roma es la Asamblea de Ancianos que tiene la función de consejo o cuerpo consultivo, pasando luego a llamarse Senado, cuyo término deriva de *senex* = anciano.

El primitivo Senado es una representación de las *gens* (gentes), compuesto de cien senadores, que después aumenta a trescientos, por obra de Tarquino el Antiguo.

En sus inicios, los jefes de las *gens* constituyen el Senado por derecho propio pero, pronto, adquiere el Rey, el derecho de nombrar los senadores, siendo necesario, para su elección, ser patricio.

La función del Senado es la preparación de las leyes que se someten a los comicios, y, además es quien confirma las leyes por medio del *Patrum Auctoritas*. También, entiende en los asuntos religiosos, políticos y los de carácter internacional, que afecten la seguridad del

Estado, estando obligado el Rey a consultar al Senado, siendo su voto decisivo en la declaración de la guerra.

Otra de las funciones esenciales de los Senadores es la de *Interrex*, en el caso de vacancia real, donde cada Senador no puede estar en el cargo más de cinco días. La designación del primer *interrex* se efectúa por sorteo, y éste designa su sucesor.

Colegios sacerdotales

Originados en el ordenamiento gentilicio y federativo, formando con el Rey un juego dualístico de poderes religiosos, aparecen varios colegios sacerdotales.

Los **Augures**, son los depositarios de la doctrina de los auspicios y augurios. Estos augures interpretan la voluntad de los dioses y determinan los días fastos y nefastos, empleando distintos auspicios, como, aparición de fenómenos celestes, observar el vuelo y el canto de las aves, estudio de todo acontecimiento de orden natural extraordinario, etc.

Los **Pontífices**, son celosos tutelares de los intereses políticos y religiosos, los custodios e intérpretes de la tradición en lo religioso, ritual, jurídico e histórico, presididos por el Pontífice Máximo, árbitro de lo divino y humano.

Su amplia esfera de acción comprendía:

La asistencia a todos los sacrificios cumplimentados por el Rey o los Magistrados, y la supervisión general sobre la *sacra* pública y *privata*. Redactar el calendario y llevar los archivos religiosos y la crónica de los acontecimientos notables. Presiden los testamentos y adopciones; como intérpretes de las *mores maiorum*, responden a consultas sobre problemas jurídicos, preparan o asesoran sobre actos jurídicos a realizarse, y, en caso de conflicto indican la acción a seguir y proporcionan las fórmulas a recitarse en el proceso.

Los **Feciales**, están encargados de los aspectos ceremoniales y religiosos, de los límites territoriales, relaciones internacionales, especialmente de la declaración de guerra, concertación de la paz y tratados.

Los **Flamines**, inmediatamente después del *Rex*, están los tres flamines mayores, encargados del culto de la antigua Tríada Capitolina. A ellos corresponde officiar en la *confarreatio* -antiguo rito nupcial patricio-.

Para ser flamines se sigue exigiendo, en la época republicana e imperial, haber sido engendrado en nupcias concertadas por aquella ceremonia, ya en completo desuso.

Los flamines son sacerdotes encargados de los cultos a los quince dioses oficiales de la religión estatal romana, estando cada uno de ellos dedicados a un dios. Los tres principales flamines son los sacerdotes de Júpiter (*flamen Dialis*), Marte (*flamen Martialis*) y Quirino (*flamen Quirinalis*). Hay otros 12 flamines menores: *Caramentalis*, *Cerialis*, *Falacer*, *Floralis*, *Furrinalis*, *Pulatualis*, *Pomonalis*, *Portunalis*, *Volcanalis*, *Volturnalis*, y otros dos que se desconocen.

Las Vestales, son los únicos miembros femeninos del colegio. Se encargan de guardar la llama sagrada de Roma, manteniéndola siempre encendida en el Templo de Vesta. Las mujeres dedicadas a esta tarea, son elegidas en edades comprendidas entre los 6 y 10 años, y deben llevar a cabo los ritos y obligaciones propios, incluyendo la castidad, durante treinta años.

La monarquía culmina en el 509 a.C o 245 de la era romana, producto de que el Rey busca emanciparse de la influencia de los patricios, y la reforma serviana había dado un gran golpe a la supremacía de razas. Tarquino el Soberbio profundiza la lucha entre la aristocracia y la realeza; jugando un papel importantísimo la plebe, la que se encontraba oprimida y vejada. Motivados por el Senado y los patricios, se vuelcan en contra del Rey.

Según los historiadores, el levantamiento popular se produjo a raíz del atentado cometido contra la casta Lucrecia en el año 245 de la era romana, siendo el resultado la desaparición de la Monarquía y

la institución de la República consular, donde sustituyen al Rey por dos magistrados patricios, elegidos anualmente y con los mismos poderes que el rey, separándose las funciones políticas de las religiosas. El Senado pasa a tomar mayores atribuciones, convirtiéndose en un órgano predominante.

Las fuentes del Derecho en la Monarquía

Las *Mores Maiorum*

La locución latina *mos maiorum* o su equivalente en plural, *mores maiorum*, se traduce como “la costumbre de los ancestros”. De allí se entiende por *mos maiorum* a un conjunto de reglas y de preceptos que el ciudadano romano, apegado, a la tradición debía respetar.

Las *mores*, son las reglas de hecho de la comunidad romana arcaica, las costumbres y usanzas que hacen del romano, un *cives* (ciudadano). Se las sigue con respeto, siendo ésta la mayor herencia dejada por los progenitores y se transmite a los descendientes. En su totalidad, son también símbolo de integridad moral, y orgullo de ser ciudadano romano, y, por eso, a menudo se contraponen a las costumbres helenizantes, y a las corrientes de pensamiento asiáticas.

Durante los años en los que Roma es una ciudad-estado regida por un régimen monárquico, no se encuentran en las primitivas fuentes del Derecho Romano una diferenciación entre el concepto de Derecho, Moral y Religión. Las primeras normas, que regulan las conductas públicas y privadas de sus ciudadanos, se fundamentan en un conjunto de tradiciones y costumbres, que, con posterioridad se las conocerán como “*mores maiorum*”. Este conjunto de costumbres, provenientes de los antepasados, son, las que irán, poco a poco, organizando el sistema gentilicio y familiar, así como las relaciones privadas y la estructura social, religiosa y jurídica de la sociedad romana hasta que se promulga la primera ley escrita, “La Ley de las XII Tablas”.

Las pretendidas Leyes Regias

Justiniano, en su recopilación, hace referencia a la existencia de normas jurídicas provenientes de la época de la monarquía, que reciben el nombre de “*Leges regiae*” y también “*Ius Civile Papirianum*”. Tienen este segundo nombre, en referencia a cierto pontífice llamado Sexto Papirio, que habría sido el encargado de realizar esta recopilación.

Estas leyes regias habrían sido, las que proponía el *Rex* al comicio curiado. Esta recopilación de leyes es conocida como *Ius Papirianum*, y son disposiciones dictadas durante la Monarquía, y que versaron, predominantemente, sobre temas de índole religiosa, y que bien podrían provenir del Colegio de los Pontífices.

La doctrina, en general, acepta que cuando las fuentes justinianas mencionan a las Leyes Regias, lo que en verdad están haciendo, es referirse a la recopilación del mencionado Sexto Papirio, que no sería otra cosa que la sumatoria de algunas respuestas de los juristas.

Se pueden tomar a estar “leyes regias” como un antecedente de lo que luego serían las *leges*.

En suma, estas pretendidas leyes regias no son tales, ya que, por su origen y su temática, y no habiéndose probado que se sometieran a los comicios, serían meras disposiciones de contenido sacral, sin valor legislativo.

CAPÍTULO IV

La República

Es una larga etapa histórica, que abarca casi cinco siglos, con acontecimientos que tienen gran gravitación en la vida interna de Roma, en lo político, social, económico y jurídico.

En lo político, se sustituye el poder unipersonal del Rey, por Magistrados que se desempeñan temporalmente y en forma colegiada.

En lo social, se profundiza el conflicto entre patricios y plebeyos, hasta que estos logran la igualdad con la casta superior.

En lo económico, Roma llega a un gran desarrollo, convirtiéndose en la primera potencia del mundo antiguo y del comercio internacional.

En lo jurídico, deja atrás el enclaustramiento, asumiendo formas escritas, como la Ley de las XII Tablas.

En el orden internacional, se expande más allá de la península itálica, conquistando territorios en la cuenca del Mediterráneo, sometiendo a los distintos pueblos hasta imponer su hegemonía. La destrucción de Cartago, señala el nacimiento del más grande imperio que la historia conoce.

La tradición analítica explica el cambio de la Monarquía a la República, dejando de lado la leyenda de la “casta Lucrecia” para expresar que fue producto de la reacción latina ante la dinastía etrusca, apoyados por los aristócratas, que estaban en contra de su sistema

tiránico. Ante la sublevación, Junio Bruto, convoca a los Comicios por Centurias que destituyen a Tarquino el Soberbio y designan dos Cónsules, que son Bruto y Tarquino Colatino.

La doctrina moderna sustenta, que la transformación no fue violenta, sino gradual. Dicen que durante un tiempo compartieron el poder, el Rey y los Cónsules.

Encontramos que su organización política está dividida en Magistraturas, Senado y Comicios.

Magistraturas republicanas. Requisitos

No se puede:

- 1.- Ejercer diversas magistraturas al mismo tiempo.
- 2.- Ocupar distintas magistraturas en el mismo año.
- 3.- Ser reelegidos cónsules antes de haber transcurrido 10 años, esto fue según un plebiscito del año 339 a.C.

En el año 180 a.C., la *Lex Villia de annalis*, establece una norma general que para ocupar otra magistratura deben transcurrir dos años. Además, esta ley establece la edad para ocupar las distintas magistraturas, y fija una carrera de honores, el *Cursus Honorum*.

Los 27 años es la edad establecida para ocupar la Cuestura, que es el primer escalón de las magistraturas; a los 40 se puede ingresar a la Pretura y a los 43 años, al Consulado, cargo con el cual, concluye su carrera.

Quien no tenga la edad requerida, contara con la tacha de indignidad, no cumpliera con las obligaciones fiscales y las debidas al ejército, no puede ingresar a las magistraturas. Pero, en la práctica, vemos que quienes acceden a estos cargos son aquellos que acreditan méritos en la actividad militar, o han logrado una encumbrada posición económica; por ello, durante muchos años la administración pública se mantiene en manos de un pequeño grupo de familias romanas.

Características

Electivas: Originariamente emana de la autoridad suprema y luego con la intervención del pueblo reunido en Comicios. Al comienzo, son los propios Magistrados quienes eligen a sus sucesores, y luego el Comicio, a modo solo de trámite, los aprueba. Esto va cambiando, y el Comicio comienza a poder aprobar o desaprobar al candidato propuesto, pudiendo luego, proponerse cualquier ciudadano que reuniera los requisitos, pasando a ser facultad de los Comicios Centuriados nombrar a los magistrados superiores y de los Comicios Tribados, nombrar a los inferiores. Solo el Dictador es elegido por el Cónsul con aprobación del Senado.

Anuales: Se ejercen por un tiempo determinado, generalmente un año. Esto tiene la virtud de frenar el abuso del poder o perpetuación en el mando. También, indirectamente, queda abolida la irresponsabilidad del cargo, estando sujeto a rendición de los actos.

Colegiadas: Ejercidas simultáneamente por dos o más titulares. Para que una decisión del Magistrado tenga fuerza legal, siempre es necesario que cuente con el asesoramiento del colega. En caso de disenso, prevalece el parecer del opositor llamado *intercessio*. Las funciones son cumplidas, mensualmente, por uno de ellos, y el otro queda en receso.

Responsables: Deben dar cuenta de sus actos.

Honorarios: No cobran por el ejercicio de su función.

Encontramos dos grandes grupos, que pueden clasificarse en **magistraturas patricias y plebeyas**.

Las patricias son las más antiguas, luego reconocieron a los plebeyos el ingreso a las mismas; se dividen en dos clases:

Ordinarias: que son aquellas que están en constante y permanente ejercicio, como el Consulado, la Pretura, la Cuestura y la Edilidad.

Extraordinarias: que son las que se implementan respondiendo a circunstancias especiales, como la Dictadura.

También hay **magistraturas curules**, que cuentan con el derecho de usar la silla curul (plegable, portátil, adornada con marfil). Estas magistraturas curules son: la Dictadura, la Censura, el Consulado, la Pretura y la Edilidad Curul. El resto no son curules.

Las **magistraturas mayores** son las que tienen el derecho a consultar los auspicios: Censores, Dictador, Cónsules y Pretores. Las demás, son menores.

Magistraturas ordinarias

El Consulado

Es la primera magistratura con competencia ilimitada, con *imperium* y *potestas*. El *imperium* es el más alto atributo de la *potestas*, pues siendo la *potestas*, la autoridad con la que cuentan los Magistrados para ejercer sus funciones, el *imperium* es un poder absoluto, que en la Monarquía designa todas las atribuciones del Rey, la que en la República pasa a los Cónsules, siendo ellas:

- 1.- Convocar y presidir los Comicios y el Senado.
- 2.- Llevar a cabo la administración pública.
- 3.- Tener el poder de policía en la ciudad.
- 4.- Ejercer como Jefe Supremo del Ejército.
- 5.- Celebrar tratados de paz.
- 6.- Intervenir en lo contencioso, civil y criminal.
- 7.- Pueden anular cualquier decisión de otra autoridad, salvo de los Tribunos.

En un principio, entonces, los Cónsules, en número de dos, son jefes militares y también tienen competencia judicial, la que luego pasa a manos de los Pretores, que inicialmente son auxiliares de los Cónsules. Los Cónsules se turnan mensualmente para gobernar, ejer-

ciendo el que no ejerce el poder, la “*intercessio*” por la cual puede vetar las decisiones del Cónsul en actividad. Si ambos van a la guerra se turnan el mando de las tropas, diariamente, aunque en general, uno solo va al frente, llamado **Cónsul armado** y el otro permanece en Roma, y se denomina **Cónsul togado**. Si uno de los Cónsules, muere o abdica, el otro, convoca a los Comicios para que designen el sustituto, que se denomina **Cónsul *suffectus***.

En principio solo pueden ingresar al Consulado, los patricios, pero en el año 367 a.C, la *Lex Licinia de Consulatu*, permite el ingreso de los plebeyos, siendo el primero en ser designado Sextius Lateranus.

La Pretura

En el año 367 a.C, en momento que se le permite ingresar a los plebeyos al Consulado, también se crea la **Pretura urbana**, que tiene la jurisdicción civil. El Pretor, que había comenzado siendo auxiliar del Consulado, al separarse el poder militar de los jurisdiccionales, toma rango independiente.

Su designación es hecha al principio por el Cónsul, y luego por los Comicios Centuriados. El Pretor dura un año en su cargo. En principio es uno, pero a partir del año 247 a.C, se designa al **Pretor Peregriño**, que entiende sobre las controversias donde intervienen los extranjeros, o un ciudadano y un extranjero. El número de Pretores aumenta a ocho, llegando a dieciséis en época de Julio César.

Las funciones principales son de administrar justicia, ordenando y dirigiendo el proceso. La Pretura es muy importante ya que crea normas jurídicas, que con la influencia del Derecho de Gentes mitigan el rigorismo del Derecho Civil, llenando sus lagunas, contribuyendo a la formación del Derecho Honorario o Pretoriano.

La Cuestura

Los *Quaestores*, surgen como Magistratura, en el año 447 a.C. aunque es probable que ya existieran durante la Monarquía, desempeñándose como jueces en materia criminal. Al principio son dos, y luego, cuatro; más tarde diez, llegando a ser cuarenta con Julio César; en el año 420 a.C los plebeyos acceden a la Cuestura.

Las funciones que cumplen son de carácter financiero, administrando el Tesoro público. Algunos cumplen funciones militares auxiliando a los Cónsules en campaña.

También tienen carácter jurisdiccional, estando a cargo de la sustanciación de los procesos capitales, que derivan del parricidio o cualquiera que tenga como sanción, la pena de muerte.

La Edilidad Curul

Aparece en el año 367 a.C. Ocupan un rango intermedio entre la Pretura y la Cuestura, elegidos en los Comicios por Tribus. Duran un año en sus funciones, en los comienzos son dos, patricios, a los que se le añaden dos plebeyos, elegidos por los Concilios de la Plebe; y con Julio César llegan a seis, al agregarse dos Ediles cereales, que se ocupan del abastecimiento de granos.

Las funciones que cumplen son de inspección y policía.

- a. **La Cura Urbis**, cuidado de la ciudad.
- b. **La Cura-Anonnae**, policía de los mercados, debe controlar el precio de la mercadería y su estado, en especial esclavos y animales.
- c. **La Cura-Ludorum**, es el controlador de los espectáculos públicos.

La Censura

Nace en el año 443 a.C., es de carácter ordinario, y no permanente, desempeñada por dos Censores, elegidos por los Comicios Centuriados y propuestos por los Cónsules.

Sus funciones son realizar el censo (se cumplía cada 5 años), duran como máximo 18 meses, plazo que es menor si la función del censo se termina antes.

Estas funciones variaron, ya que comienza siendo su misión, la de fijar la situación personal y patrimonial de los individuos; luego se los faculta para resolver sin apelación, sobre derechos públicos y honoríficos de los ciudadanos, así ocurría si ellos tachan de indigna a una persona, con lo que queda excluida de la centuria, privada del *ius suffragium*, del *ius honorum* y el grado que le correspondería en el ejército.

En el año 312 a.C. la Ley Ovinia los autoriza a confeccionar las listas de los ciudadanos, capaces, para ser elegidos senadores.

Magistraturas Extraordinarias

Estas obedecen a diversas causas, derivadas de la necesidad especial de las circunstancias. Son:

Dictadura

Los romanos rodearon a las Magistraturas republicanas de garantías para evitar volver al poder unipersonal; por ello, las magistraturas extraordinarias, son establecidas para momentos especialmente graves.

La Dictadura, provoca la suspensión de todas las garantías de la libertad ciudadana, cuyo titular es designado *Praetor Maximus*, y queda abolida la nota de colegialidad.

La designación: le correspondía al Cónsul; y, por excepción, al Tribuno militar con potestad consular.

La duración es de 6 meses, pero es menor en caso de que concluya su misión antes.

El desempeño es limitado a la ejecución de negocios determinados, especialmente a la dirección y prácticas de la guerra.

Esta Magistratura sufre el hostigamiento popular, por ser contraria al espíritu de la República. A partir de las guerras púnicas, la designación del Dictador se efectúa por el pueblo reunido en comicios. Es abolida en el año 47 a.C.

Encontramos otras Magistraturas extraordinarias, como el **Interregno** (*interregnum*), que se aplica ante la vacancia del Cónsul, siendo designado en el cargo a un Senador, hasta que se designe un nuevo Cónsul.

El **Decenvirato Legislativo**, es una Magistratura extraordinaria, del siglo V a.C, con la misión de redactar nuevas leyes, lo que se plasma en la Ley de las XII Tablas.

Magistratura plebeya

Por la lucha de clases, en este período histórico, encontramos que los plebeyos logran el **Tribunado de la Plebe**, después de un gran descontento general, dado que se encuentran en una gran desigualdad social, política y económica. De esa lucha obtienen la creación de este Tribunal, defensor de los plebeyos, ante los patricios dominantes y absorbentes.

Está integrado en sus inicios (494 a.C.) por dos miembros, que luego aumentan a diez (457 a.C.), los que duran un año en su mandato. La función especial que cumplen, es defender a los plebeyos, pero, con el tiempo se fueron apartando, teniendo mayores atribuciones que jerarquizaron este Tribunal.

Su principal poder es el derecho de veto, con el que podían impedir cualquier decisión de los Magistrados o del Senado. Convocan a los Concilios de la Plebe, siendo quienes los presidían, proponiéndoles las normas, llamadas **plebiscitos**. También pueden convocar al Senado, y presentarle propuestas.

Se les otorgan mayores garantías, como el atributo de las *sacro-sanctitas*, que impide toda violencia o intimación dirigida contra estos Magistrados.

El Senado republicano

Al principio de la República, el Senado es igual al de la Monarquía, con poder consultivo, y solo integrado por patricios, pero, luego, se permite el ingreso de los plebeyos a mitad del Siglo IV a.C., por la ley Ovinia, que los admite como *conscripti*. Los que no son ex Magistrados se los denomina *pedarii*, y tienen voz, pero no voto. Este órgano adquiere gran importancia política, hasta llegar a ser virtualmente gobernante, por ser la única institución, con miembros vitalicios.

Para poder ser admitido, las condiciones son, que debe ser ciudadano romano, mayor de 25 años, calidad de ingenuo, con suficientes bienes y que no haya ejercido una profesión deshonesta. Su elección es hecha, primero, por los Cónsules, pero, con la Lex Ovinia se les otorga ese poder a los Censores.

El Senado, es convocado y presidido por el Cónsul, el Dictador, el Pretor o el Interrex. Expuestos los puntos motivos de deliberación, éstos son resueltos por votación. Las decisiones del senado, son llamadas **Senadoconsultos**, que recién serán obligatorios en el Imperio.

Entre las atribuciones que tienen, podemos mencionar, el ordenamiento del culto y la vigilancia del Derecho Sacro, la administración de la hacienda pública y la disposición del Tesoro del Estado, las relaciones exteriores y funciones militares, como nombrar jefes del ejército y dar premios o castigos a la tropa.

Tiene, además, las *Auctoritas Patrum*, que es la exigencia de que las decisiones y resoluciones de los Comicios solo tienen valor legal si son aprobadas por el Senado, que se arroga el derecho de interpretar las leyes, anularlas por vicios de forma y de dispensar a particulares de su cumplimiento.

Los comicios republicanos

El pueblo tiene su representación en los Comicios. En esta etapa pierden su antigua jerarquía los Comicios Curiados, tomando fuerza el Centuriado, y con potestades legislativas. Aparece también el Comicio Tribado.

En la pérdida de sus atribuciones, el Comicio Curiado, que representa a los ciudadanos de la *gens*, queda con el derecho a investir de imperio mediante la *Lex Curiata de Imperium* a los Magistrados elegidos en los Comicios Centuriados. También se ocupa de adrogaciones y testamentos.

Los Comicios Centuriados, nacidos de la reforma de Servio Tulio, adquieren, en la República, una gran importancia, al ir asumiendo distintas atribuciones. En lo legislativo, emiten resoluciones generales referentes a la concesión de la ciudadanía, y votan las leyes; en lo electoral, tienen la facultad de elegir Cónsules, Pretores y Censores. En lo judicial, están autorizados a intervenir en los casos de sentencia de pena de muerte, y en lo Internacional, le compete decidir en lo concerniente a la guerra, la paz y en los tratados.

Al ser organizado según la riqueza que tienen los ciudadanos, los ricos cuentan con mayoría, estando excluidos los plebeyos pobres, los que no pueden imponer sus posturas.

Los plebeyos, se incluyen más democráticamente en los Comicios Tribados, organizados por el lugar de residencia, de acuerdo a la reforma de Servio Tulio, con funciones legislativas y de designación de los Magistrados inferiores.

Fuentes de producción del Derecho en la República

Son todas aquellas manifestaciones escritas o no, que han dado origen a la formación del Derecho Romano y que fueron los órganos de su evolución jurídica que establecieron la norma positiva, en la época de la República encontramos:

La Ley

“Es lo que el pueblo (*populus*) ordena y establece”. Este concepto corresponde a la *lex rogata*, que es necesario diferenciar de la *lex data*, que es la que da el magistrado por delegación del pueblo, como son las leyes de provincia o colonias.

Es necesario destacar el específico carácter contractual de la *Lex* romana, donde las partes son, por un lado, el Magistrado interrogante, y, por el otro, el pueblo que da su conformidad. Se da un perfecto contrato verbal, de ahí la tendencia en buscar el origen etimológico de la palabra *lex* en el verbo elegir.

La *lex rogata* es votada en los Comicios Centuriados establecidos desde la reforma del Rey Servio Tulio.

El trámite de la ley es el siguiente:

a) Un Magistrado, dentro de los que tenían atribuciones, como eran el Cónsul, el Dictador, el Pretor o los Decenviros; proponen, públicamente, por medio de la *promulgatio*, el contenido del proyecto de ley, durante, al menos, tres semanas, en el Foro.

b) Durante este tiempo, se puede discutir la ley, proponer agregados, y el autor de la *lex* puede aceptarlos o no.

c) El Magistrado, posteriormente, hace la *rogatio* al pueblo (les ruega la aprobación) reunido en los Comicios, quien debe votar por la afirmativa o negativa.

d) Luego, se proclama el resultado: *proclamatio*

e) Se requiere la *auctoritas patrum* (aprobación senatorial)

El proyecto contiene un *índex* (resumen del texto), *la praescripto* (nombre de los magistrados proponentes, lugar de la reunión de la asamblea, nombre de la centuria que vota primero); *la rogatio* (contenido de la ley, las normas jurídicas) y *la sanctio* (donde se establecen las reglas para sancionar su eficacia).

La denominación de la ley se efectúa por lo general por el nombre gentilicio del autor o autores en forma femenina. Ej. *Lex Hortensia*, cuyo autor fue el dictador Hortensius. También, por el asunto del cual tratan, por ejemplo, la *Lex Acilia Repetundarum* (represión de los delitos de los magistrados).

Los Plebiscitos

“Es lo que la plebe ordena y establece”, La plebe integra el *populus*, pero no son términos sinónimos; ya que *populus* se llama a la totalidad de los ciudadanos comprendidos, patricios y plebeyos, y plebe a todos los ciudadanos, excluidos los patricios.

Por ello, los patricios dicen que los plebiscitos no los obligan. Ante ello, se dicta la *Lex Hortensia* que establece que son obligatorios para el pueblo entero. Es dictada en el 465 a.C.

Los plebiscitos son las decisiones tomadas por los *Concilia Plebis*, presididos por los Tribunos. Los plebiscitos son conocidos por el nombre del Tribuno rogante (Magistrado plebeyo). Cuando los plebiscitos se convierten en obligatorios para todos, pasan a ser más frecuentes que la *Lex*, especialmente para regular el Derecho Privado, y reciben, generalmente la denominación de *lex*. Encontramos entre los plebiscitos importantes, la *Lex Aquilia* (es un plebiscito llamado a votar por el Tribuno Aquilio). Es promulgada en el siglo III a.C. y aparece mencionada en el Digesto de Justiniano (D.9.2.1.1). Se refiere a los daños causados de modo injusto. Las disposiciones sobre este tema, se encuentran en los capítulos primero y tercero de la ley. El capítulo II alude a las acciones entre coestipulantes.

Los Senadoconsultos

“Es lo que el Senado ordena y establece”. Los Senadoconsultos, en esta etapa, son muy importantes, pero no tienen, todavía fuerza de ley. Aparecen como una forma de transición entre el régimen republicano (donde la voluntad del pueblo es preeminente) y el régimen cesariano (donde la voluntad del Emperador es determinante). Pomponio, sostiene que el Senado aparece como órgano legislador, interponiéndose, en lugar del pueblo.

El Edicto del Pretor

El *Ius Edicendi* (derecho a emitir edictos) lo tienen los Magistrados del pueblo romano, pero el más amplio campo de aplicación, lo encontramos en el edicto de los dos Pretores, el urbano y el peregrino.

Los edictos, son los preceptos dados por aquellos que tienen el *imperium*, con el cual pueden dirigirse al pueblo anticipándole su programa de acción. Cada Pretor publica su edicto al comienzo de su magistratura anual, y los libra al conocimiento público. En el edicto figuran las fórmulas de las acciones, interdictos y disposiciones sobre el ejercicio de la jurisdicción. Este edicto se llama **Anual** por terminar al cumplirse el mandato del Pretor.

El Pretor que lo sucede, no está obligado a adoptar el mismo edicto. Si continúa, en todo o en parte, con el edicto anterior, se lo llama **Traslaticium**. El Pretor, en cualquier momento de su desempeño, y ante un caso concreto que se le presenta, puede dictar una solución, que se la llama **Edicto Repentinum**.

El Derecho introducido por los Pretores se llama Derecho Honorario, y gracias a él se logra adecuar el Derecho civil, supliendo lagunas o corrigiendo sus principios.

La Respuesta de los Prudentes (*Responsa Prudentium*)

Son los dictámenes y opiniones de los conocedores del Derecho o juriconsultos, o prudentes, que expresan sus opiniones, ante los casos en que son consultados. Es a partir de la Ley de las XII Tablas, en que aparecen los juriconsultos laicos, pues hasta la sanción de esta ley, es una actividad reservada a los Pontífices. Todavía en la República sus respuestas, aunque de gran importancia, no son obligatorias para el juzgador.

La Ley de las XII Tablas

Los historiadores, en general, están de acuerdo, que alrededor del año 462 a.C. el Tribuno, *Terentilio Arsa*, propuso, con el fin de lograr la igualdad entre los patricios y plebeyos, establecer una Magistratura extraordinaria, integrada por cinco miembros, para redactar un cuerpo legal escrito y con normas que dejaran de ser secretas, para resguardo de la plebe.

Los patricios se opusieron, y, recién en el año 455 a.C. se logra su formación, con diez integrantes, patricios, que, según algunos historiadores, no se abocan a la tarea de forma inmediata, ya que tres de sus miembros viajan a Grecia, para estudiar las leyes de Solón, y la legislación de otras ciudades helénicas. Otros doctrinarios, creen que esto no es posible, pues no hay contacto en esta etapa, todavía con los griegos.

Sea o no bajo influencia griega, los decenviros elaboran diez tablas (madera o bronce) de leyes, que son expuestas públicamente, y sancionadas por los Comicios Centuriados, pero dado que los plebeyos no están conformes, se integra a esta comisión, tres miembros plebeyos, logrando la incorporación de dos tablas más.

El contenido llega a nuestros días en forma indirecta, ya que dichas tablas se destruyeron en el incendio de Roma. Distintos ensayos

de reconstrucción se hicieron a partir del año 1600, principalmente por Jacobo Godofredo, publicado en 1616.

Encontramos que las tres primeras tablas contienen el procedimiento judicial, la cuarta y quinta hablan sobre Derecho de familia y sucesiones, la sexta y séptima tratan los derechos patrimoniales, la tabla ocho, habla sobre los delitos, la nueve sobre Derecho público, la diez sobre Derecho sacro, la once es suplementaria de las cinco primeras tablas, y habla sobre impedimentos matrimoniales, y la tabla doce, es suplementaria de las tablas seis a diez.

La importancia de esta ley es que, además de ser la primera ley escrita que se conoce, es la que fija preceptos fundamentales de Derecho, siendo el germen de variadas instituciones jurídicas.

La Ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum o duodecim tabularum leges*) es un texto legal que contiene normas para regular la convivencia del pueblo romano. También recibe el nombre de ley decenviral. Por su contenido, se dice que pertenece más al Derecho Privado que al Derecho Público. La ley se publica, al principio, en doce tablas de madera y, posteriormente, en doce planchas de bronce, que se expusieron en el foro. Debido a que no queda indicio alguno de su existencia, algún autor ha llegado a sugerir que no existieron.

No obstante, su desaparición puede explicarse por el saqueo que sufre Roma hacia el año 390 a.C. por parte de los galos. Se cree que se destruyeron y, por algún motivo, no se reprodujeron con posterioridad. Esta última teoría parece estar apoyada por las abundantes referencias que de ellas hacen los autores antiguos. El historiador Tito Livio dice de ellas, que son la fuente de todo el Derecho Romano, tanto público como privado. Por su parte, el orador y abogado Cicerón, afirma que los niños aprenden su contenido de memoria.

El Principado o Alto Imperio

Con la llegada de Octavio al poder, luego del triunfo de *Actium* sobre Marco Antonio, logra ser denominado *Augustus*, obteniendo, a perpetuidad, el título de Emperador. Así se inicia, en el año 27 a.C. el Principado o Alto Imperio, el cual se mantiene hasta el año 284 d.C.

El Imperio produce la creación de un gobierno de cuño monárquico, cuyo Emperador es investido de las más absolutas facultades políticas, militares y religiosas.

Encontramos en esta etapa, que, en Judea, territorio sometido al dominio romano, acaece el nacimiento de Cristo, cuya doctrina, basada en el fraterno amor entre los hombres, conquistará con el tiempo, a toda la Roma pagana, hasta llegar a convertirse en religión oficial con el Emperador Teodosio I, ya en el Bajo Imperio.

El cambio de la República al sistema imperial fue por distintos motivos que a continuación se detallan.

Durante la República, existe un paulatino progreso de la plebe con acceso a las magistraturas; también la formación del Derecho Pretoriano y cobra importancia la labor de los jurisconsultos, agregado a un desarrollo comercial, que conduce a una era de particular

esplendor; pero esto es aparente, ya que los beneficios son para una reducida clase social, en desmedro del proletariado.

La clase adinerada comete abusos, cayendo en el lujo y la dilapidación, que profundizan las diferencias sociales y corrompen las creencias religiosas. Las clases campesinas y el proletariado se van empobreciendo, pues son quienes aportan el mayor número de tributos y guerreros.

Algunos Magistrados tratan de modificar estas situaciones, como los hermanos Graco (130 a.C) que realizan una importante reforma agraria, distribuyendo cereales a bajos precios, imponen mayores impuestos a las mercaderías suntuarias y entregan tierras a los más humildes; pero fracasan por la oposición de los aristócratas, terminando cruelmente asesinados.

El pueblo aparece separado en tres grupos sociales: la aristocracia terrateniente, los comerciantes y el proletariado (masa popular empobrecida).

En estas circunstancias es difícil salvar a la República, dado los grandes enfrentamientos internos provocados por caudillos que llevan al pueblo a guerras civiles, siendo esto aprovechado por los extranjeros, que, habiendo perdido su territorio, ven la debilidad de Roma, y tratan de reconquistarlo.

Hacia el año 60 a.C. adquiere destacado relieve, Cayo Julio César, que, en pocos años, por su condición de gran militar, escritor y hábil político, se convierte en jefe único de la decadente República. Por sus virtudes llega a Roma, formando el Primer Triunvirato, que lo integra junto a Pompeyo, el militar, y Craso, el capitalista. Dadas las conquistas de Julio Cesar, principalmente de las Galias (actualmente Francia, Bélgica, el oeste de Suiza y zonas de Holanda y Alemania), despierta recelo en Pompeyo, que pretende quedarse con todo el poder, ya que había muerto Craso. Esto lleva a Julio Cesar a volver a Roma, huyendo Pompeyo junto a otros senadores a Egipto, donde lo asesinan.

Solo en el poder, Julio Cesar realiza una obra destacada, en lo social, administrativo y político, mejorando a las clases bajas, con dis-

tribución de las tierras, castigando el lujo, favoreciendo a las familias numerosas, perfeccionando el sistema penal, y realizando la organización de los tribunales de justicia.

Julio Cesar es designado Dictador Perpetuo, adquiriendo la sumatoria del poder, lo que lleva a desvirtuar el sistema republicano. Puede designar a los Magistrados sin consultar a los Comicios, acuñar moneda con su efigie, y en lo religioso, se lo reconoce como Divino Protector de Roma.

Julio Cesar es asesinado en el año 44 a.C., por una revuelta organizada por el Senado, reiniciándose las luchas civiles. Aparece en escena Marco Antonio, quien junto a Cayo Octavio (sobrino de Julio Cesar) y Lépido, forman el Segundo Triunvirato (43 a.C.) que dura pocos años, ya que, en el año 36 a.C. es eliminado Lépido; Marco Antonio se establece en Alejandría, habiéndose casado con Cleopatra; Octavio inicia una campaña de desprestigio contra Marco Antonio, y le declara la guerra, vencéndolo en *Actium*. Esta batalla naval se produce el 2 de septiembre del año 31 a.C., entre la flota de Cayo Julio César Octaviano, dirigida por Agripa, y la de Marco Antonio y su aliada Cleopatra, frente al golfo de Ambracia, y el promontorio de Accio. La batalla se salda con la victoria absoluta de Octaviano y la retirada de Marco Antonio y Cleopatra.

Octavio recibe mayores poderes que Julio Cesar, comenzando el periodo imperial, concediéndosele el título de *Augustus*. Absorbe paulatinamente, todas las Magistraturas, recibe del Senado el título de *Imperator* a perpetuidad, designándosele el primero de los Senadores, aunque aparenta seguir las formas republicanas, considerándose el primero de los ciudadanos.

Organización política

En esta etapa el poder está en manos del Emperador, los Comicios pierden sus atributos, y su potestad legislativa; el Senado tam-

bién pierde sus más esenciales prerrogativas, convirtiéndose en un organismo sumiso a la voluntad del Emperador, que los nombra y remueve, a pesar de que los senadoconsultos adquieren fuerza de ley, y el Senado gobierna las provincias pacificadas.

El Emperador

Goza del *imperium* proconsular, con el gobierno total de todas las provincias, teniendo a cargo todos los ejércitos; tiene la potestad tribunicia, con derecho de veto sobre todos los Magistrados, pudiendo convocar al Concilio de la Plebe y al Senado; y el poder censorial, por el cual podía confeccionar la lista de Senadores. Al Emperador se lo inviste de la *sacrosanctitas*, que le otorga a su persona una inviolabilidad civil y religiosa. Cuenta con el poder sobre todos los ejércitos, tanto estuvieran en Italia o en las provincias. Además, tiene el derecho a gobernar las provincias que les fueron asignadas, poder que ejerce, por medio de un funcionario especial *el Legati Cesar* (representante diplomático), elegido entre los Senadores, quien administra las provincias, recluta las milicias y efectúa el censo.

La administración de los territorios conquistados por Roma, se efectúa por un representante del Príncipe, llamado Prefecto o Procurador.

El Emperador tiene el derecho a nombrar los Magistrados, aunque se mantiene la costumbre de consultar a la Asamblea y al Senado, pero es una aprobación formal, ya que no pueden modificar la propuesta.

Con respecto a las funciones judiciales, tiene autoridad para intervenir en las contiendas civiles y penales, a través de funcionarios delegados, que, en casos especiales deciden las contiendas en una sola instancia, aunque todavía rige el sistema formulario de doble instancia, que será reemplazado por el extraordinario en el Bajo Imperio, suprimiéndose definitivamente la etapa *in iure* y la *apud iudicium*, por una sola.

El Emperador está asistido por un Consejo que lo asesora para resolver graves asuntos. Está integrado por Senadores, Cónsules y altos Magistrados, así también como por los más importantes jurisperitos, principalmente cuando comenzaron a dictar normas de Derecho, mediante las Constituciones Imperiales.

Los Emperadores no se suceden por elección popular, el sistema fue de una monarquía hereditaria, en general, por cooptación, adoptando el Emperador a su sucesor, y asociándolo a su gobierno.

Los poderes del Emperador continúan en los sucesores de Augusto, por medio de la *Lex Regia* o de *Imperium*. Esta ley, le da el poder de hacer todo lo que juzgara útil para el Estado Romano.

Con relación a **los Comicios**, que es la representación de la voluntad popular, se encuentran en un estado avanzado de decadencia, perdiendo rápidamente su importancia, cumpliendo una función formal de aprobar a los magistrados propuestos por el Emperador, sin poder cambiar nada.

El **Senado** tampoco escapa a la acción absorbente y absolutista del Emperador. Logra importancia al comienzo, al haberse transmitido facultades de los Comicios, como las funciones electorales, y la más importante: el poder dictar resoluciones con fuerza de ley (senadoconsultos). Esto lleva a considerar que en tiempo de Augusto y de Tiberio, el poder es una **Diarquía**.

La Diarquía y el Senado

Mommsen señala que el Principado es una **Diarquía**, es decir, un gobierno de dos entes o cabezas, pues, por un lado, se encuentra el poder del Príncipe, y, por el otro, el poder del Senado. No cumple su propósito la fórmula precedente, pues, entre el Príncipe y el Senado no existe división de poderes, ambos órganos no están colocados en un mismo plano, sobresaliendo la indiscutible preeminencia del Príncipe, que puede intervenir en la esfera de la competencia senato-

rial, y, directamente, es él quien los designa, dejando de lado, lo que había dispuesto la Ley Ovinia.

Otras características del Alto Imperio

Podemos decir, que, durante el Alto Imperio, el manejo del gobierno es centralista, pero existe un ensanchamiento de las bases del Estado, antes es la ciudad Estado, Roma como metrópoli, pero, en este período se extiende, con Caracalla (año 212) la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio.

Encontramos un desarrollo y esplendor de la vida urbana y el régimen municipal, contando en la primera etapa del imperio con una gran cantidad de ciudades con autonomía administrativa; existiendo hasta el Siglo II d.C. paz y orden, que permite el florecimiento de la cultura helénica en toda la cuenca mediterránea.

Con relación al Derecho, éste continúa progresando, la costumbre siempre es una fuente activa, pero, en cuanto al derecho escrito, trae modificaciones importantes.

Las leyes aprobadas en los comicios y los plebiscitos, van dando lugar a las resoluciones del Senado y las Constituciones Imperiales.

Fuentes del Derecho en época del Imperio

Los Senadoconsultos se realizan a propuesta del Emperador, quien pronuncia su *rogatio* al Senado por medio de una *oratio*. Guarda, de esta forma, lo estricto de las formas republicanas, pero el Senado siempre se considera obligado a tener que aceptar las proposiciones del Príncipe. El nombre del Senadoconsulto, por lo general, es del Emperador que lo propone, con el agregado *ianum*, por ejemplo, Senadoconsulto Claudiano.

Poco a poco, los senadoconsultos van decayendo, hasta llegar a la supresión total, reemplazados por las Constituciones Imperiales.

Las Constituciones Imperiales

Son las que el Emperador establece por *Decreta, Edicta o Rescripto*, y tienen fuerza de ley, puesto que el poder (*imperium*) del Emperador le es conferido por ley. La voluntad imperial puede asumir distintas formas objetivas que eran las siguientes:

a) **Edicto (*edicta*)**, son disposiciones de orden general semejantes a las que dicta el Pretor, ya que el Emperador tiene el *ius edicendi* (derecho a emitir edictos). Contiene reglas de derecho aplicables a todo el imperio.

b) **Los Rescriptos (*rescripta*)**, son las respuestas imperiales escritas a las consultas de los Magistrados o de los cuerpos públicos o de los particulares, la forma de contestación era la *pragmática sanctio*. Por el rescripto, el Emperador interpreta y crea Derecho. Se pueden distinguir dos clases, la *Epístola*, que el Emperador envía a funcionarios, o corporaciones relevantes; o la *Suscriptio*, que son contestaciones a las consultas de los particulares.

c) **Las Decretos (*decreta*)**, son las sentencias dadas por el Emperador previo conocimiento de una causa, ya fuera en forma de interlocutoria o definitiva. En principio, tenían validez para las partes en juicio, pero si lo resuelto se aplica en casos similares, se convierte en jurisprudencia.

d) **Los Mandatos (*mandata*)**, son órdenes enviadas especialmente a los Magistrados de provincia. Para algunos autores esta voluntad imperial es discutida, Gayo en su enumeración no la incluye.

e) **Los Privilegios (*privilegia*)**, son disposiciones especiales con efectos totalmente particulares, donde se concede recompensas o se aplica una pena, en ambos casos, en forma extraordinaria.

El Emperador para elaborar estas Constituciones Imperiales cuenta con un Consejo, compuesto por Senadores y Caballeros, todos conocedores del Derecho.

El Edicto Perpetuo de Salvio Juliano

Dado que el Edicto del Magistrado se renueva anualmente, con el correr del tiempo, existieron ciertos números de disposiciones incoherentes y aún contradictorias, siendo indispensable su ordenamiento.

Ante ello, el Emperador Adriano en el año 131 d.C. le encarga a Salvio Juliano, quien era un eminente jurista de la época, la tarea de efectuar la recopilación de los edictos de los Magistrados edicentes, suprimiendo lo que considerase anticuado y agregando lo que creyese conveniente.

Es llamado Edicto Perpetuo, ratificado por un Senadoconsulto, adquiriendo el carácter de fuente del Derecho escrito, y los Pretores, desde entonces, estuvieron obligados a reproducirlo, en vez de publicar su propio edicto.

Entre los autores existen diferencias si los Pretores perdieron el derecho de publicar edictos, Gayo sostiene que lo mantuvieron, añadiendo algunas reglas al Edicto Perpetuo.

El Edicto fue comentado por varios jurisconsultos, entre ellos Paulo y Ulpiano.

La Respuesta de los Prudentes (*Responsa Prudentium*)

Son los dictámenes y opiniones de aquellos a los que se les ha concedido la facultad de crear Derecho. Primero, esta labor está a cargo de los Pontífices, pero en el Imperio, ya hay muchos juristas laicos, y pasan sus opiniones a tener fuerza de ley, pero no la de todos, sino a los que Augusto les otorga el "*Ius Publice Respondendi*". Con el emperador

Adriano, serán sus opiniones obligatorias, cuando sean coincidentes, pero, si difieren, entonces el juez puede seguir el parecer que quisiera.

Proculeyanos y Sabinianos

El estudio del Derecho trajo disidencias entre los jurisconsultos romanos. Esto dio origen a la formación de dos Escuelas, remontándose a dos jurisconsultos, Marco Antistio Labeón y Cayo Ateyo Capitón.

Labeón, enemigo declarado del Imperio y fiel a las instituciones republicanas, profesa la filosofía estoica, aplicando una lógica inflexible.

Los estoicos proclamaron que se puede alcanzar la libertad y la tranquilidad tan sólo siendo ajeno a las comodidades materiales, la fortuna externa, y dedicándose a una vida guiada por los principios de la razón y la virtud (tal es la idea de la imperturbabilidad).

Capitón, era favorito del Emperador, rebelde a las doctrinas filosóficas, permanecía fiel a las tradiciones de los jurisconsultos.

Estos dos jurisconsultos tuvieron discípulos: a Labeón, le suceden Nerva, Próculo (quien le da nombre a la escuela), Pegaso, Celso padre e hijo, y Neracio.

Tras Capitón, están Masurio Sabino (donde toma nombre la Escuela), Casio Longino, Javoleno Prisco, y Salvio Juliano.

De igual manera debemos decir que estos jurisconsultos no sacrificaron el interés de la ciencia más allá de sus rivalidades, ya que no dudan en apoyar una teoría de la otra escuela, si les parece razonable y conveniente.

Estas escuelas se mantienen hasta fines del Siglo II d.C., siendo las principales diferencias que tuvieron:

Nacimiento con vida: los Proculeyanos sostienen que la prueba de vida de un recién nacido debe ser la emisión de sonidos, pero en cambio los Sabinianos consideran que cualquier movimiento es válido. Prevaleció, en el Corpus de Justiniano, el criterio de los Sabinianos.

La pubertad: para los Proculeyanos se adquiere la pubertad a los 12 años las mujeres y a los 14 años los varones, en cambio, los Sabinianos, proponen que debe efectuarse una inspección corporal para determinar la pubertad. Prevalece, según Justiniano, el criterio de los Proculeyanos.

El precio en la compraventa: para los Proculeyanos el pago debe ser cierto y en dinero, en cambio, los Sabinianos, proponen que podía ser en dinero o entregando cualquier otra cosa. Prevalece el criterio de los Proculeyanos.

El Bajo Imperio o Dominado. Imperio Absoluto o Autocrático.

La situación social y económica

Durante la época imperial desaparece la distinción de los ciudadanos entre patricios y plebeyos, por la paulatina equiparación en lo político, jurídico y económico.

Pero igual continúan las distinciones de niveles sociales, basados en la situación económica, existiendo en Roma una nobleza de viejo abolengo, *la Novilitas*, que provenía de la aristocracia senatorial republicana y a la que se podía ingresar por herencia, recibiendo estos las supremas Magistraturas, el gobierno de las provincias senatoriales y altos cargos militares.

A la par de esta clase social, encontramos la clase adinerada integrada por los caballeros o *equites*, casta a la que se ingresa por concesión del Príncipe, y de acuerdo a su nivel de fortuna (400.000 sestercios); constituyen la más alta aristocracia de Roma y de las provincias. La existencia de estas dos clases dominantes produjo enfrentamientos. Por un lado, la llamada aristocracia militar y burocrática formada por el orden senatorial, y, por el otro, la aristocracia de la

banca y el comercio, constituida por los caballeros (orden ecuestre), Esta lucha finalizó venciendo esta última casta.

Como clase social inferior, encontramos a la plebe, que no es la misma que la de los primeros tiempos de Roma, sino una masa popular constituida por ciudadanos, libertos y extranjeros, de distintas estirpes que obtuvieron la ciudadanía romana. Esta clase social solo puede acceder a los mandos militares inferiores, y en la administración pública, a los cargos subalternos.

También encontramos a los extranjeros, que, en gran cantidad habitan las ciudades, los cuales no pueden acceder a cargos públicos y a algunos cargos privados. Estos trataron de ser atraídos por distintos Emperadores, principalmente con el fin de incorporarlos al ejército y conseguir más contribuyentes, así vemos que por la Constitución Imperial de Antonino Caracalla del año 212 d.C., se les otorgó la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, menos a los *dediticios*.

Esta situación, no trae prosperidad económica, solo genera grandes fortunas en manos de unos pocos. Además, existen incontables gastos públicos provocados por el ejército, la pesada burocracia y las grandes obras públicas, que llevan, en el Siglo II d.C. a una aguda crisis económica, desapareciendo los pequeños capitales. Hay un continuo abandono de las tareas agrícolas, desaparecen las fuentes de producción, y aumenta el costo de vida.

Llegan en esta época al poder, los Emperadores Antoninos, quienes ponen en marcha una serie de medidas para dar solución al problema del hambre, naciendo las Instituciones Alimentarias, que ayudan a los niños en su alimentación y educación. Además, formaron fondos de ayuda a los pequeños propietarios rurales, acordándoles préstamos hipotecarios a bajos intereses.

En el Siglo III d.C., el Imperio continúa con sus graves crisis económicas y sociales, se sume nuevamente en la anarquía, hasta la llegada del emperador Diocleciano, quien implementa un intervencionismo estatal destinado a regular las actividades industriales y co-

merciales, pero que no logran tener éxito, llevando a un retroceso en la economía pública y privada.

Diocleciano y Constantino

Luego del reinado de los Antoninos, sucede un período de decadencia, provocado por luchas internas, con fronteras desguarnecidas, la desnacionalización del Imperio y la agravante situación económica.

Se eligen los gobernantes, y rápidamente caen bajo los golpes de sus adversarios. Estas luchas se ven interrumpidas cuando asume en el 193 d.C. el Emperador Septimio Severo, quien comanda los ejércitos más poderosos. Es de origen africano, y se preocupa de eliminar la hegemonía de Italia, quitando los privilegios a la clase senatorial, otorgando los cargos más altos a los *ecuestres* (caballeros), siendo el precursor de una Monarquía Militar, que es continuada por Diocleciano y Constantino.

Al morir Septimio Severo, renace la anarquía, que no pudo ser contenida por Alejandro Severo, hasta que se hace cargo en noviembre del año 284 d.C., Diocles, quien se hizo llamar Diocleciano, que era un general de origen dalmata.

La Dalmacia es una región histórico-geográfica que se encontraba en la costa balcánica del Mar Adriático y que actualmente pertenece a Croacia y en pequeña medida continúa hacia Montenegro.

Diocleciano actúa con mucha energía para el orden interno y disipar los peligros externos, principalmente hacia los bárbaros; efectúa una amplia reforma administrativa y legislativa, la que fue ampliada por Constantino.

Produjo una gran reforma institucional, no solo política, sino también en lo económico, tributario y religioso. Fueron él y Constantino, quienes hicieron una importante obra legislativa en el Derecho Privado. Sus Constituciones Imperiales son innumerables entre los años 284 y el 337 d.C., siendo muy importante la Constitución Im-

perial de Diocleciano del año 294 d.C., donde reemplaza el procedimiento formulario por el procedimiento extraordinario.

Diocleciano establece un gobierno absolutista, siendo el señor absoluto de personas y cosas, como única autoridad legítima, valiéndose de una burocracia jerarquizada. Se atribuye a su persona un origen divino, llamándose Emperador en lugar de Príncipe, encontrándose colocado por encima de la Constitución, teniendo todos los poderes militares y civiles.

Para administrar tan extenso territorio, dándole un principio orgánico y regular de transmisión del poder, divide el Imperio en cuatro partes, sin fraccionar su unidad.

El Emperador se reservó una de ellas, el Oriente, con capital en Nicodemia, dándole a Maximiniano la parte Occidental, con capital en Milán, designándose ambos como Augustos; y nombrando a su vez, un César cada Augusto. César de Diocleciano es nombrado Galerio, a quien se le otorga el gobierno de Iliria y Grecia, y César de Maximiano, a Constancio Cloro, a quien se le adjudica la zona de Galia, España y Britania. De esta forma, Diocleciano, se asegura el control administrativo del imperio, y el control de las fronteras, quedando el gobierno imperial configurado en una Tetrarquía, siendo la antigua Roma, solo una capital nominal del Imperio.

Durante el Bajo Imperio o Dominado, desaparece totalmente el Senado, estando a cargo de la administración pública, el Emperador, siendo organizado sobre un sistema rigurosamente jerárquico, una especie de milicia. Se fija, además, una carrera administrativa para llegar a cargos jerárquicos.

Los cargos jerárquicos duran un año. Se emite una lista de estos funcionarios que actúan directamente colaborando con el Emperador. Durante esta época toman gran importancia dos organismos, el Consejo de Estado, integrado por altos dignatarios del palacio, que son quienes preparan las Constituciones Imperiales, asesoran en temas internacionales y sobre medidas de gobierno; y la Cancillería Imperial, cuya función es intervenir en las peticiones de los parti-

culares, organizando el trámite administrativo, que culmina con una resolución definitiva.

La situación económica continúa siendo grave, principalmente por la pesada burocracia, los gastos de las guerras, el debilitamiento de las economías privadas, que perturban la agricultura, el comercio y la industria.

Cuando asume Constantino, en el año 314 d.C. le da forma orgánica, creando cuatro grandes prefecturas: Oriente, Iliria (es la parte occidental de la península balcánica en la costa oriental del mar Adriático, un territorio que hoy forma parte de Croacia, Serbia, Bosnia, Montenegro y Albania), Italia y Galia.

Estas prefecturas son divididas en diócesis, a cargo de un Vicario (*vicarii*), y estas a su vez divididas en provincias. Constantino, unifica el Imperio bajo su poder, y funda una ciudad, llamada Constantinopla, en la antigua ciudad de Bizancio (324 d.C.).

También da un vuelco en lo que se refiere al cristianismo, al dictar el famoso Edicto de Milán, donde se le reconoce al cristianismo iguales derechos que al culto pagano, pues dispone la libertad de cultos; se establece el descanso dominical, se indemniza a los cristianos por los daños sufridos en las persecuciones; Constantino vio en el cristianismo el elemento vital para unir el Imperio, pero recién sería religión oficial durante el reinado de Teodosio.

Existen grandes latifundios, propiedades en manos de los colaboradores del Emperador; Constantino busca dar soluciones, y establece el *colonato*, que adscribe a los colonos y sus familias, a las tierras que cultivan, pero esto trajo como consecuencia que el colono quedara ligado a la tierra como arrendatario perpetuo, y es enajenado junto con el fundo, violando los principios de libertad.

Antecedentes

El Emperador Constantino continúa con la política implementada por Diocleciano, logrando superar la gran crisis económica y social, sucediéndolo sus hijos Constantino II, Constante y Constancio, y, luego, distintos Emperadores como Juliano (quien pretendió apartarse de la religión cristiana) Joviano, Valentiniano I, Valente, Graciano, Valentiniano II y Teodosio I (347-393). Este último llamado “el Grande”, es quien restablece la paz imperial y efectúa la división definitiva del Imperio, en Oriente a cargo de su hijo Arcadio, y en Occidente, a cargo de su otro hijo, Honorio.

Esta división, crea dos jurisdicciones políticas distintas e independientes, pero vinculadas entre sí por la legislación, ya que las Constituciones Imperiales tienen vigencia plena en ambos territorios.

Esta partición produce el debilitamiento definitivo del Imperio Occidental, que lleva, en el año 476 d.C. a que Roma caiga en manos de los Bárbaros, a cargo de su jefe Odoacro.

El Imperio Oriental resiste, gracias a su mejor organización y eficacia en los medios de defensa, oponiéndose a los ataques germáni-

cos y asiáticos; además por contar con hábiles emperadores, como Teodosio II, León I, Zenón, Anastasio, Justino y Justiniano.

En esta época, por la implementación del Imperio absoluto, donde el Emperador cuenta con los supremos poderes jurisdiccionales y legislativos, se produce el eclipsamiento de la jurisprudencia; y la amplitud y falta de uniformidad legislativa, se traduce en una anarquía jurídica, que da motivo a la búsqueda de un ordenamiento de las Constituciones Imperiales (*leges*) y del Derecho emanado de los Jurisconsultos (*iuras*), surgiendo distintos trabajos tendientes a ordenarlos.

Intentos de compilación

La codificación, es la compilación sistemática de la legislación de un país, y se diferencia de la mera compilación, ya que ésta consiste en un agrupamiento de leyes de forma no sistemática.

Los romanos no conocieron la codificación, sus intentos carecieron de un sistema que permita calificarse de tal, hasta la majestuosa obra del emperador Justiniano.

En Roma, se agudiza la necesidad de compilar por la multiplicidad de fuentes que tenía el Derecho Romano; la última de las fuentes formales que apareció dentro de su progresión histórica fueron las Constituciones Imperiales sancionadas por el Emperador, las que, con el Imperio autocrático, se convierten en única fuente de producción.

La diversidad, la amplitud de las materias sobre las que legislan y la complejidad de los problemas jurídicos de la época, son razones que hicieron necesario, sistematizarlas en un cuerpo ordenado de leyes.

Las Constituciones Imperiales se llamaban *leges*; y el ordenamiento de éstas adquiere carácter oficial recién cuando se sanciona el Código Theodosiano, que reúne disposiciones de Derecho Civil y Penal, legislación sobre asuntos eclesiásticos y militares, Derecho fiscal, reglamento de policía, etc.

El Derecho transmitido por los jurisconsultos, se llama *Iura*, el cual tampoco tenía una forma ordenada ni organizada en un cuerpo legal, esto solo se cumplió acabadamente con Justiniano, cuando sancionó el Digesto.

La Ley de Citas

Un anterior intento a la labor de Justiniano, y con el fin de resolver el problema que se les presentaba a los jueces para aplicar la doctrina de los juristas, lleva a dictar la Ley de Citas.

Es una Constitución Imperial muy breve, que se inserta en el Código Theodosiano, dictada en el año 426 d.C. por Teodosio II, y que Valentiniano III publica en Occidente.

Es una Ley, como dijimos para resolver los problemas de los jueces, ya que, hasta ese momento, estos podían fundar sus sentencias en la doctrina de los juristas cuando todos ellos estuvieran de acuerdo, según lo dispuesto por el emperador Adriano, lo cual ocurría en muy pocas veces.

La Ley de Citas realiza una clasificación de los juristas, en dos grupos. El primero está formado por los más reconocidos juristas clásicos:

Papiniano, cuya apasionada búsqueda moral hacía más aceptable el rígido sistema romano; Gayo, que fija claramente los cimientos del Derecho Privado romano y expone el sistema en forma clara y brillante; Paulo y Ulpiano, ambos, reconocidos profesores, expositores de todas las materias jurídicas, y, por último, Modestino, con parte de sus obras escritas en griego.

A estos cinco juristas se les atribuye autoridad completa, y su opinión podía ser invocada siempre ante los jueces. Es decir, la ley establecía respecto a los *Iura*, que eran obligatorios para el Juez.

En el segundo grupo de juristas, están representados los jurisconsultos antiguos, a cuyas obras se hubieran referido los juristas men-

cionados anteriormente; entre ellos podemos citar a Sabino, Juliano, Marcelo, etc.

El procedimiento que establece la Ley de Citas es el siguiente: cuando se los invoca y están todos de acuerdo con relación al tema, es obligatorio para los jueces; si no existe acuerdo, la sentencia debe inclinarse por la opinión de la mayoría; pero si dos están a favor y dos en contra, y el tercero en disidencia o se abstiene, prevalece la opinión del grupo en el que figura Papiniano; si éste no opina, el Juez queda en libertad para resolver como lo crea conveniente.

La sanción de esta Ley, constituye un síntoma evidente de la decadencia del Derecho, ya que la libertad de los jueces queda reducida, siendo ésta una tarea mecánica, ya que no puede detenerse a analizar el fundamento de las opiniones. Además, se cristaliza la jurisprudencia como fuente de Derecho.

Otro aspecto discutido, es que estas obras han sido copiadas con interpolaciones y falsificaciones. Además, se ha dicho, que crea un tribunal de muertos, un jurado de difuntos, ya que ninguno estaba vivo a esa fecha, y que reduce el papel del Juez a contar maquinalmente los votos.

La tarea de codificación

En cuanto a la compilación de leyes existen dos obras producto de la iniciativa privada. Son las compilaciones Gregoriana y la Hermogeniana y otra de carácter oficial, el Código Teodosiano.

A modo de aclaración, podemos decir que la palabra código (*codex*) designa, ya en el siglo II la nueva práctica de agrupar distintas páginas ensambladas, de tal modo que se llega a un libro. Se reemplaza, así, la forma anterior de los rollos y la de las tablas enceradas. Con el *codex*, se torna más fácil el manejo de la obra y su lectura.

La compilación Gregoriana

Es compuesta entre los años 295 y 296 d.C.; corresponde a un tal Gregorio, y contiene Constituciones Imperiales, dictadas entre los años 196 y 295 d.C. Cuenta con entre 14 y 16 libros divididos en títulos, donde aparecen las Constituciones Imperiales, en orden cronológico.

La compilación Hermogeniana

Corresponde a un desconocido Hermógenes, de fines del siglo III d.C. o comienzos del siglo IV. Constituye un apéndice de la obra Gregoriana, ya que contiene Constituciones promulgadas entre los años 291 y 314 d.C. Consta de un solo libro dividido en títulos.

Ambas compilaciones, muy medidas en cuanto al tiempo, hace pensar que sus autores tuvieron acceso a los archivos oficiales por ser funcionarios imperiales. No han llegado directamente a nosotros, sino que figuran citadas en obras posteriores.

El Código Teodosiano

A partir del siglo IV, Teodosio II ordena una compilación oficial de las constituciones imperiales, archivadas en palacios y senados; dicho código es promulgado en el año 438 d.C., por Valentiniano III en Occidente.

Teodosio II ordena suprimir de las Constituciones Imperiales, todo lo superfluo, corregir las incongruencias y añadir lo que sea necesario. Así, la comisión encargada de su redacción, recibe facultades para realizar las variantes o cambios en los textos legales, de tal modo que sirvan para ser aplicadas en su época.

Contiene 16 libros divididos en títulos, incluyendo Constituciones de Constantino y de Teodosio II. En los libros II, III, IV, V y VII,

figuran Constituciones relativas al Derecho Privado, en el resto de los libros, se hace referencia al Derecho Público, incluso, tres de ellos, al Derecho Fiscal.

Este código data de febrero del año 438 d.C. y es registrado en solemne sesión del Senado romano a fin de ese año; el Código Teodosiano es la única compilación oficial del Imperio Romano de Occidente y tiene allí mayor vida e influencia que en Oriente, donde es reemplazado por la compilación de Justiniano.

En Italia, compite con la compilación de Justiniano; en el resto de Occidente, constituye, hasta el siglo XI la única legislación romana conocida.

No se ha conservado ningún ejemplar del *Codex Theodosianus* en forme directa.

Las Leyes Romano – Bárbaras

Durante el Siglo V, ya varias tribus germánicas están habitando la parte occidental del imperio, del que se apoderaron. Estos pueblos, a su modo “romanizados” y reconociendo las virtudes jurídicas de las obras legislativas romanas, demostraron sumo interés en aplicarlas.

Es por ello que se las conoció, posteriormente, como **Leyes Romano-Bárbaras**, y podemos citar a:

Lex Romana Wisighotorum: en el año 506 d.C., Alarico II, Rey de los Visigodos, realiza una compilación que abarca tanto algunas *Iuras*, como también *Leges*.

Se la conoce como *Lex Romana Wisighotorum* o “Brevario de Alarico”; contiene un extracto de las compilaciones Gregoriana y Hermogeniana, y en mayor medida, partes del Código Teodosiano al que se agregaron Constituciones posteriores; pero también un resumen de la obra de las Institutas de Gayo, textos de las *Sententiae* (Sentencias) de Paulo y un fragmento de Papiniano.

Esta ley es muy importante para la historia jurídica occidental, ya que gracias a ella se puede conocer tanto las instituciones de la época Clásica como Posclásica.

Lex Romana Burgundiorum: es dada a comienzos del siglo VI, por Gundebargo, Rey de los Burgundios, que se habían establecido en la zona actual de Borgoña. Se aplicó a los romanos que habitaban el territorio.

Contiene constituciones de las compilaciones Gregoriana, y del Código Theodosiano, así como de sus Novelas. También fragmentos de las *Sententiae* de Paulo, de las Institutas de Gayo y ciertas leyes de costumbres de los burgundios.

El Edictum Theodorici, es dictado luego de la caída de Roma, hacia el año 500 d.C., por el Rey Theodorico. Éste se considera gobernador de Italia, diciendo actuar en nombre del Emperador de Oriente, y su Edicto, rige sobre toda la población existente en sus dominios.

Contiene 154 artículos, basados en general en las mismas fuentes que los otros ordenamientos romanos-barbaros.

La labor legislativa y compilatoria de Justiniano

Justiniano nace aproximadamente en el año 482 d.C. En abril del 527 d.C. es asociado al poder por su tío Justino, ejerciendo de hecho el gobierno hasta que en el año 528 d.C. muere Justino, asumiendo, entonces el trono, con el nombre de Justiniano; tenía 45 años.

Una vez en el trono, hace coronar emperatriz, a su mujer Teodora, que era comediente, hija de un director de espectáculos circenses. Para poder casarse, legítimamente, obtiene de Justino la derogación de las leyes que prohíben las nupcias entre personas de dignidad senatorial y las mujeres de teatro.

Teodora ejerce una enorme influencia sobre Justiniano, ayudando la sanción de leyes que favorecen a las mujeres, como el suprimir impedimentos para contraer matrimonio, y las que conceden privile-

gios con relación a los bienes dotales. Justiniano muere a los 84 años, habiendo ejercido el gobierno durante 38 años.

Al asumir, Justiniano se propuso la unidad territorial y religiosa del Imperio, reorganizar la administración y unificar el Derecho, pero solamente cumplió con esto último, por medio del “*Corpus Iuris Civilis*”.

El Corpus Iuris Civilis

El *Corpus* es la mayor obra, donde se realiza una completa compilación del Derecho Romano.

La compilación había sido iniciada por los anteriores emperadores, pero nunca culminada. La tarea de Justiniano fue facilitada por la labor de las principales Escuelas de Derecho de la época, la de Berito y la de Constantinopla, y por la gran colaboración recibida de un gran jurista, Triboniano.

Así es que bajo la dirección personal de Justiniano y el control de Triboniano, varias comisiones legislativas integradas principalmente por profesores de las escuelas de Berito y Constantinopla, se realiza una compilación general del *IUS* y de las *LEGES* en solo siete años (528 a 534), creando el monumento jurídico más grande de todos los tiempos, y, que, desde la edición realizada en Ginebra por Godofredo en el año 1583, es llamado ***CORPUS IURIS CIVILIS***.

- **Está integrado por cuatro partes:**
 - Una colección de 12 libros de Constituciones Imperiales, llamadas **Código**.
 - Una recopilación de cincuenta libros de las obras de la jurisprudencia clásica, llama **Digesto o Pandectas**.
 - Una exposición en cuatro libros de los principios generales de Derecho, llamada ***Institutas***.
 - Una compilación de las constituciones promulgadas por Justiniano después de la entrada en vigencia de su codificación, llamada **Novelas**.

Los Códigos de Justiniano

Justiniano designa una comisión de 10 jurisconsultos para que reúnan en un código todas las colecciones de *leges* realizadas anteriormente, Códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano y las Constituciones que le siguieron.

Autoriza a la comisión a tomar de las *Leges* lo que fuera útil, abreviarlas, suprimir lo que estuviera en desuso, alterar su texto en caso necesario, y ordenarlas cronológicamente por materia en una misma obra. Esta tarea se concreta en 14 meses, y en abril del 529 d.C. se promulga el primer Código de Justiniano llamado **Código Antiguo** (*Codex Vetus*). Este Código es modificado cuatro años después.

Una vez concluido el Digesto y las Institutas, Justiniano ordena modificar el *Codex Vetus*, ya que, desde la época de su sanción, Justiniano sigue publicando numerosas Constituciones que modifican y perfeccionan el Derecho. Por ello, en el año 534 d.C. crea una comisión para reelaborar el Código, añadiendo las nuevas Constituciones y poniéndolo más en armonía con el Digesto y las Institutas. Ese mismo año se termina la nueva edición del Código.

El nuevo Código incluye las Constituciones publicadas desde Adriano a Justiniano y está dividido en 12 libros.

El primer libro presenta disposiciones relativas a las fuentes del Derecho y sobre las relaciones entre la iglesia y el estado.

Los libros II a VIII tratan del Derecho Privado en general, especialmente de los derechos reales, las obligaciones, los contratos y el Derecho Sucesorio.

El libro IX trata del Derecho criminal.

Los libros X a XII se refieren al Derecho Administrativo y Financiero.

El Digesto

Es el conjunto de las opiniones de los jurisconsultos que habían gozado del *ius respondendi*, sistematizado y ordenado; está dividido por materias en siete partes, integradas por cincuenta libros.

Cada libro está subdividido en títulos con sus respectivas rúbricas, indicadoras de las materias que trata el título.

Parte primera: libros I a IV contienen las nociones generales del Derecho y lo relativo a jurisdicción e introducción a la instancia.

Parte segunda: libros V a XI (*pars de iudicis*) tratan de la doctrina general de las acciones, de las que tutelan la propiedad y los distintos derechos reales y de algunas acciones especiales, como la de la *Lex Aquilia*, la proveniente del estado de indivisión, etc.

Parte tercera: libros XII a XIX (*pars de rebus*) reproducen las disposiciones del Edicto referente a *de rebus creditis*, agregando las rúbricas sobre contratos; trata sobre las cosas prestadas, la condición de cosa hurtada y de la acción pignoratícia, directa o contraria, el peculio y la acción de lo que se hizo por mandato, el depósito, la acción de mandato, directa o contraria a de la acción de sociedad, de la contratación de la compra, de los pactos concertados entre el comprador y el vendedor y de las cosas que no pueden ser vendidas.

Parte cuarta: libros XX a XXVII (*umbilicus*) comprenden instituciones complementarias de los contratos, como el derecho hipotecario y los medios de prueba, abarcando además temas de Derecho de Familia, como el matrimonio, la dote, la filiación, la tutela.

Parte quinta: libros XXVIII a XXXVI (*de testamentis et codicillis*) versan sobre la herencia y los legados.

Parte sexta: libros XXXVII a XLIV se refieren a la *bonorum possessio* y a lo concerniente al derecho de propiedad y a la posesión en general.

Parte séptima: libros XLV a L, contienen normas sobre obligaciones verbales y los fiadores en las obligaciones, sobre delitos públicos y privados y las penas, así como acerca de las apelaciones en los juicios,

terminando con dos títulos que incluyen reglas interpretativas de la codificación.

Las Institutas

Es un tratado elemental de Derecho, especialmente redactado para los jóvenes estudiantes de las Escuelas de Derecho de la época.

Esta colección de *iura* y de *leges* es publicada en el año 533 y si bien se trata de una obra de enseñanza, es sancionada con fuerza legal ese mismo año.

Las *Institutas*, resumen la temática jurídica de las *pandectas* y el *Ius extraordinario* de los Emperadores, en cuatro libros:

- El libro primero; después de ocuparse del Derecho y su definición, trata de las personas.
- El segundo libro; se refiere a las cosas, su división, el método de adquirir la propiedad, los derechos reales sobre la cosa ajena y los testamentos.
- El libro tercero; contiene los principios que regulan la sucesión *ab intestato*, las obligaciones y los contratos.
- El cuarto libro; se ocupa de las acciones y de los juicios contra delitos públicos.

Las Novelas

Luego de sancionado el Código, el Digesto y las Institutas, Justiniano promulga nuevas Constituciones (*Novellae Constitutiones*), que pretende reunir en un Código definitivo, pero nunca fueron oficialmente reunidas, sí se publicaron colecciones de ellas en forma privada, las cuales fueron sancionadas para regular cuestiones secundarias, y en especial para el ordenamiento normativo de importantes insti-

tuciones de Derecho Privado, como el matrimonio y la sucesión *ab intestato*.

La primera colección de las novelas llamadas *Epitomi Juliani* fue realizada por Juliano, está escrita en latín y reúne 125 novelas.

La segunda está escrita en griego y contiene 168 novelas, algunas de las cuales fueron sancionadas por dos sucesores de Justiniano; Justino II y Tiberio II. El autor se desconoce y se denomina **Colección de Novelas Griegas**.

La tercera colección es la llamada *Corpus Authenticum* consta de 134 novelas, y su autor tampoco se conoce. Esta recopilación de las novelas adquiere mucha importancia en época de los glosadores, ya que la usaron para su labor.

Las Interpolaciones

La Comisión encargada de efectuar la compilación Justiniana, actúa con toda libertad para modificar los textos de los autores seleccionados, con el objeto de adaptarlos a la época. Con ese fin se cambian palabras, frases y se suprime lo que considera superfluo o caído en desuso. Estas correcciones introducidas por la comisión en las diversas partes del *Corpus* se denominan **Interpolaciones**.

Por ello, interpolar no significa solamente acrecentar, sino también sustituir y suprimir.

De esta manera, muchos pasajes del Código y el Digesto atribuidos a determinados juristas o Emperadores no reflejan lo que fue escrito originariamente.

Las interpolaciones son efectuadas por jurisconsultos especializados bajo la dirección de Triboniano; para los Glosadores, la obra encargada por Justiniano, no es una simple compilación sino una reunión sistemática adaptada a la vida jurídica de la época.

En el Renacimiento, surge una verdadera afición por las pesquisas históricas, empleándose diversos métodos para descubrir las inter-

polaciones, y en consecuencias darle al texto primitivo su auténtica pureza, pero es necesario no dejarse llevar por una exagerada preocupación de querer ver interpolaciones en cada texto.

Bonfante establece nueve criterios para verificar si un párrafo fue interpolado. Estos criterios son: el textual, el histórico, el lógico, el lógico jurídico, el legislativo, el filosófico, el sistemático y el exegético.

La Vida Ulterior del Derecho Romano

El Derecho Romano en Oriente y Occidente

Con relación a la suerte que corrió la compilación de Justiniano en la parte Oriental y Occidental, tenemos que, en la parte Oriental, el Imperio Romano, con el nombre de Imperio Bizantino, se mantiene durante la Edad Media hasta la toma de Constantinopla por los turcos el 30 de mayo de 1453, en manos del Jefe Otomano, Mohammed II. Durante este largo periodo de diez siglos, se conserva el orden político, con la característica de que los soberanos residen en Constantinopla (hoy Estambul). Al caer en manos de los turcos, el Derecho Romano, subsiste, pero, ahora, como Derecho de recepción, es decir tolerado por las potencias dominantes.

En Occidente, la situación es distinta, ya que la tentativa de Justiniano de reconquistar partes del Imperio Occidental, en poder de los Bárbaros fracasan; de modo que su compilación siempre tuvo el carácter de Derecho de recepción.

El Derecho Romano en Oriente

En la parte oriental, la compilación de Justiniano, a poco de haberse puesto en vigencia, resulta inadecuada por las necesidades del Imperio Oriental. La principal dificultad es el idioma, ya que se encuentra escrito en latín y las personas hablan en griego. Además, la organización bizantina tiene problemas muy diferentes a la antigua sociedad romana.

De ahí, que, muchas instituciones del *Corpus Iuris Civilis*, resultan inadecuadas, faltando regulaciones nuevas, surgiendo, ante ello, la necesidad que los juristas y legisladores solucionaran este problema de idioma y de la sociedad. También tiene el inconveniente de la extensión de la compilación, ya que abarca el Derecho Público y el Derecho Privado, lo que supera los 13.000 fragmentos, entre Código y Digesto, sin contar las Institutas y las Novelas.

Se hace necesario sintetizar la compilación, hacerla más ágil para el conocimiento del común de la gente; pero existe un problema, ya que Justiniano había prohibido con severas penas que se realizaran comentarios sobre el Código y el Digesto, pero en la práctica no se acatan, ya que se efectuaron comentarios del Corpus de Justiniano, que tomaron el nombre de **Paráfrasis**.

Se debe destacar que, en este proceso de reforma del Derecho Romano, tienen participación los principales centros de enseñanza del Derecho, como Alejandría, Antioquía, Cesárea, Constantinopla y Berito, los cuales, por su fama fueron llamados “madres del Derecho”, encontrando grandes maestros como Teófilo, Dorotheo, Isidoro, Anatolio, Talaleo, Cratino y Esteban.

En Oriente surgen dos obras fundamentales, que fueron **la Paráfrasis de Teófilo y las Basílicas**.

La Paráfrasis de Teófilo

Es una traducción al griego de las Institutas de Justiniano. Se trata de cuatro libros, donde el uno y dos, fueron efectuados por Teófilo, pero se cree que el tres y cuatro, los realizó Dorotheo.

Teófilo burla la prohibición de Justiniano, que solo permitía traducciones literales, pero Teófilo establece comentarios exegéticos (es un concepto que involucra una interpretación crítica y completa de un texto) y apostillas de carácter histórico, ya que apunta a una finalidad didáctica.

Ha sido realizado aún en vida de Justiniano, y al poco tiempo de la publicación de las Institutas. Teófilo era un profesor de Derecho de Constantinopla, cuya obra tiene un gran valor científico, y que importantes romanistas la consideran como el mejor comentarista de las Institutas.

Dicha obra ha llegado hasta nuestra época, a través de diversos manuscritos.

Las Basílicas

Es una compilación comenzada en el siglo IX por el Emperador Basilio I (el Macedonio) en el 876 d.C. y fue finalizada por su hijo León VI (el Filósofo) entre 886 y 911 d.C.

La labor desarrollada es, principalmente, para depurar las leyes antiguas, dándose el nombre de *Repurgatum Veterum Legum*, que los autores modernos han llamado Basílicas, en honor a Basilio.

Está totalmente redactada en griego, y se diferencia de las Paráfrasis, ya que es una síntesis de toda la obra de Justiniano, es decir, Institutas, Digesto, Código y Novelas. Está dispuesta en sesenta libros, divididos en títulos. Dada la extensión para la época, es reducida por nuevos Índices, llamada **la Synopsis Basillicorum**.

En el siglo X, por iniciativa de Constantino Porfirogeneto, las Basílicas son enriquecidas con amplios comentarios marginales, realizados por profesores de Derecho, que reciben el nombre de **Escolios**.

En el último siglo de existencia del Imperio de Oriente, en el año 1345, se realiza el trabajo privado de mayor envergadura del Derecho Romano Bizantino. Es efectuado por el Juez de Tesalónica, llamado **Constantino Hermenopulos**. Esta obra es llamada **Hexabiblos**. Está formada por seis libros, redactada sobre la base de la *Synopsis Basilicorum*. Termina siendo la forma definitiva donde perdura el Derecho Romano Oriental en la Europa Bizantina, hasta que fueron sometidos por los otomanos, viniendo el Corán a remplazar todo el monumento jurídico mencionado.

El Derecho Romano en Occidente

Posterior a la caída del Imperio de Occidente, en el 476 d.C., se van dando luchas intestinales y continuas guerras entre países vecinos. Se produce un estado de subversión en la vida de los pueblos, que lleva a un oscurecimiento del Derecho Romano y de su aplicación. Por tal motivo, no se encuentra antes del siglo XII, cuando aparece Irnerio, obras de importancia y significativas, como las encontradas en Oriente.

Las leyes romano bárbaras, aplicadas exclusivamente a los romanos en casi todos los casos; o, indistintamente, para los bárbaros y romanos (como el Edicto de Teodorico) determinan la historia del Derecho en Occidente en ésta época (entre los siglos V y XII) salvo algunas compilaciones particulares, como el Libro de Excepciones de Pedro.

Según Savigny, durante esta época oscura, la legislación romana es cultivada en los estrados tribunalicios y en la enseñanza del Derecho en las escuelas de la época. Además, se han encontrado importantes documentos que demuestran que la Iglesia Católica contribuyó al mantenimiento y difusión del Derecho Romano.

El Derecho Romano estaba oscurecido, pero, a fines del siglo XI comienza una importante reacción cultural, que tiene repercusión en el campo del Derecho; con el hallazgo de un manuscrito del Digesto, en el año 1137 por parte de los pisanos, en la ciudad de Amalfi. A partir de este hecho, es donde se comienza a renovar el estudio del Derecho Romano, al fundarse, en Bolonia, una escuela de jurisconsultos, en el siglo XII, que estaba a cargo de un profesor de letras, llamado Irnerio, quien encara el estudio de manera consiente y sistemática, de la compilación de Justiniano.

El florecimiento del Derecho Romano

El impacto de Bolonia es sumamente importante, por medio de Irnerio, que es un maestro de artes de Bolonia, quien hizo confeccionar, cotejando y corrigiendo, una *Lectio Vulgata* (texto usual), sobre el cual sus discípulos desarrollaron una labor de interpretación. Esto provoca que esta Escuela de Artes, donde la Jurisprudencia se estudiaba como un apéndice de los estudios gramaticales y de dialéctica, se convierta en la más prestigiosa Universidad, con estudiantes de todo occidente, llegando a contar, en su momento, con alrededor de diez mil alumnos.

Este auge del estudio, debe sumarse al florecimiento de Italia, que está necesitando un Derecho más general, que el consuetudinario y el canónico.

Los estudios de Bolonia, originan brotes en los centros de estudio de Valencia, Salamanca, Orleans, Paris, Toulouse; trascendiendo a los planos políticos y sociales, ya que, solamente había, hasta entonces, una clase intelectual que eran los clérigos, pero nace una clase laica, que forma una elite para el manejo de la cosa pública.

La labor de los Glosadores

La labor de Irnerio y sus discípulos, es de una total reverencia al texto. Había que explicarlo con toda objetividad, tratando de superar las contradicciones, aplicando un **método exegético**, que consiste en explicaciones, deducciones y sistematización, por medio de **glosas**, que son anotaciones marginales e interlineales.

Los Glosadores proceden a explicar, como lo hacen los gramáticos, una palabra o frase, o un pasaje del texto. También hacen desarrollos del contenido (*Summa – Supremacia*) colocados en la cabeza de un libro o título. Son reglas generales, llamadas *Brocarda*, las cuales son colocadas de forma armónica entre sí; también encontramos las *Distinciones*, que son explicaciones de los conceptos generales de Derecho, mediante definiciones sutiles de sus distintas categorías; los llamados *Apparatus*, que son glosas enlazadas de manera que forman un comentario continuo de todo un título o parte de los textos; y los *Casus*, que son breves exposiciones de los puntos tratados en los párrafos o fragmentos.

Entre los principales discípulos de Irnerio, encontramos a Bulgaro, Martino Gosia, Jacobo de Porta Ravenata y Hugo de Alberico, que son conocidos como “los cuatro Doctores”.

La Escuela va formando un disperso y complejo bagaje de glosas de difícil acceso intelectual. Por ello, a mediados del Siglo XIII, un Profesor de Bolonia, Acursio, realiza una compilación de las Glosas, componiendo un comentario total del Digesto, que es llamada la **Glosa Magna de Acursio**, teniendo una autoridad indiscutida en la práctica jurídica hasta el siglo XIV.

El objetivo de los Glosadores es la aplicación del método exegético sobre el *Corpus Iuris*, sin buscar hacer realidad la idea de un Derecho Romano vigente, aplicado a las realidades concretas de la práctica jurídica.

Pero, igualmente, la Glosa Magna, tuvo una gran importancia, ya que llega a sustituir el texto de la ley, de ahí el adagio “lo que la glosa no reconoce, el Juez no lo admite”.

Los Comentaristas o Pos Glosadores

Surgen en el Siglo XIV. Aplican el **método escolástico, (método inductivo – deductivo o aristotélico)** adoptando una actitud ante el Derecho Romano, no solo receptiva, sino que crean Derecho. Adaptan y transforman el *Corpus Iuris* a las necesidades de la época, y, además por su finalidad práctica traspasan el campo romano y aplican su método, a los derechos y costumbres que son realidad en todo Occidente.

Con los Comentaristas se pasa de la reverencia y autodisciplina de los glosadores a una no menos científica, pero astuta manipulación, en la búsqueda de todo aquel material que pueda servir para la creación de sistemas normativos adecuados a las necesidades de la época.

Son, en mayor grado que los glosadores, los fundadores de la Ciencia Jurídica Europea, creando un Derecho de juristas, para diferenciarlo del Derecho Autoritario que proviene de la autoridad legislativa (Rey, Príncipe, Parlamento).

Su principal figura es **Bartolo de Saxoferrato**, y su discípulo **Baldo de Ubaldis**. También encontramos a **Bartolomé de Saliceto**, a **Rafael Pulgioso**, **Juan de Imola**, **Pablo de Castro** y **Alejandro Tartagno**.

En ciudades de Italia, la opinión de Bartolo tenía autoridad de ley, difundiéndose el aforismo “Nadie es jurista, si no es Bartolista”.

El Derecho Romano después del siglo XV

Introducción del Derecho Romano en Alemania

Hasta el Siglo XIII, el Derecho germánico es no escrito, fuertemente fraccionado territorialmente, pero, de a poco, esta comunidad asimila el Derecho Romano, motivado por el intercambio cultural y la transformación social y económica.

También ocurre, que los jóvenes alemanes concurren a estudiar a Bolonia, donde se forman por medio del *Corpus Iuris Civilis*. Es así, que, cuando vuelven a su país, comienzan a enseñar en las Universidades, ocupan cargos públicos importantes, aplicando en sus decisiones, los principios del Derecho Romano.

Esto sucede, hasta que el Emperador Maximiliano, en el año 1495, crea el **Alto Tribunal Cameral del Imperio**, con 16 integrantes, de los cuales, ocho juzgadores debían ser de la nobleza y los otros ocho, debían ser instruidos y formados en el Derecho, es decir juristas.

Este Tribunal tiene por función imponer sus procedimientos y el Derecho, a los inferiores, creándose una jurisprudencia; con la aplicación de la formación metodológica aprendida en la Universidad de Bolonia.

El Tribunal Cameral funcionó hasta la invasión Napoleónica en 1806; recién en el año 1896 Alemania dicta su Código Civil, donde recepciona todo el Derecho Romano.

En la segunda mitad del Siglo XV aparece una corriente espiritual denominada Renacimiento, que hizo despertar el entusiasmo por el estudio de la antigüedad griega y romana. Es una transición de la Edad Media a la Edad Moderna, naciendo dos escuelas jurídicas la Humanista y la del Derecho Natural.

La Escuela Humanista

Plantea un reclamo a la libertad mental del hombre y la racionalidad de la vida. Esta escuela, para descubrir a los clásicos, considera necesario, liberar a las fuentes de las interpolaciones, errores y falsificaciones que habían incurrido los antiguos copistas. Es una reacción contra el método escolástico, adquiriendo mayor importancia la doctrina, retornando a las puras fuentes romanas, sin tomar en cuenta la aplicación práctica del Derecho Romano.

Esta escuela del Humanismo Jurídico, nacida en Italia, tiene como precursores a los filósofos italianos Lorenzo Valla (1400-57), Angelo Poliziano (1454/94), el alemán Ulrico Zasio, el francés Guillaume Budee, pero el centro de estos estudios se traslada a Francia, cuando Andrés Alciato (1492/1535) continúa la obra desde la Universidad de Bourges, fundando la Cátedra de Derecho Civil, donde surgen muchos discípulos, siendo los más destacados dos juristas franceses Jacques Cujas o Cujacio y Hugo Donelo.

Investigan el Derecho desde una visión histórica, interpretándolo con un sentido actual y vivo, efectuando, principalmente, un análisis para ver si los textos son originales.

La Escuela de Derecho Natural

Nace por la necesidad de la formación de un Derecho de carácter internacional, en los distintos pueblos occidentales, que han recibido el Derecho Romano. Es una reacción contra el método humanista, basado en un criterio histórico.

Los sostenedores del Derecho Natural, asumen una actitud crítica al *Corpus*, considerando que este Derecho es un ordenamiento jurídico exclusivo de una nación y no una legislación apta para aplicar a todos los países. Por ello desecharon toda investigación histórica y crítica de sus fuentes, reconociendo solo aquellas instituciones y

preceptos idóneos para regular las relaciones de los individuos en cualquier sociedad organizada, tomando, sí en cuenta, las normas del Derecho de Gentes romano y sus principios universales.

El precursor de esta escuela es **Juan Oldendorp** (1480-1567), que fue un estadista alemán, pero quien fija las bases de la escuela es **Hugo Van Groot o Grocio** (1583-1645), quien alcanza una gran fama por sus obras, principalmente la *Introducción a la Ciencia del Derecho* holandés.

El Derecho Romano en Argentina

En el ingreso del Derecho Romano en la Argentina pueden destacarse cuatro periodos bien definidos.

El primero va desde la mitad del Siglo XVI, hasta la fundación de la Universidad de Córdoba en el año 1614; el segundo se extiende el nacimiento de esta Universidad, hasta la creación en ella, de la Cátedra de Institutas en el año 1791. El tercero, desde la creación de esta cátedra hasta el año 1834, donde Vélez Sarsfield realiza trabajos sobre concordancias del Derecho Romano y el Derecho Patrio. El cuarto ciclo transcurre desde 1834 hasta la sanción del Código Civil en el año 1869.

Resalta Agustín Díaz Bialek en su libro “La recepción del Derecho Romano en la Argentina”, que su introducción fue por el Derecho Hispano, y también se debe destacar una serie de hechos importantes que pasaremos a citar.

En el año 1614 se produce la fundación de la Universidad de Córdoba, donde el Derecho Romano está implícito en la legislación Castellana, de Indias y Canónica.

En el año 1791, se crea en Córdoba la Cátedra Instituta de Justiniانو, y donde Romano se estudia junto con el Derecho Castellano.

En el año 1821 se funda la Universidad de Buenos Aires, en Derecho Civil las *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*

de José María Álvarez, son concordadas por Vélez Sarsfield con su apéndice “Derecho Romano y Derecho Patrio.

En el año 1861, se crea la Cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires a cargo de Vicente Fidel López, el cual fue sucedido por importantes catedráticos romanistas.

En el año 1869 es aprobado el Código Civil Argentino, que fuera elaborado por Vélez Sarsfield; de sus 4051 artículos, encontramos que 2099 se tomaron del Corpus Iuris Civilis, de ellos 799 de forma directa y 1300 indirectamente en sus notas. Para su confección, Vélez tomó partes del Código Civil Francés, del Esboco de Freitas, del Proyecto de Código Civil Chileno y del Código de Luisiana que fue inspirado en el Código de Napoleón.

En el año 1897 se funda la Universidad Nacional de La Plata.

En el año 1906 se crea la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata y la Cátedra Historia del Derecho Romano, siendo su primer titular Salvador de la Colina. En el año 1921 se denomina la cátedra Evolución de las Instituciones Jurídicas en Roma, y en el año 1953, pasa a llamarse Derecho Romano, siempre manteniéndose en el primer año de la carrera de abogacía.

El Derecho Romano en la Codificación Civil Argentina

La Influencia del Derecho Romano en el Código Civil de la República Argentina

El Código Civil de la República Argentina es el cuerpo legal que, hasta el 2015, reunió las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en la Argentina. Fue redactado por Dalmasio Vélez Sársfield, como culminación de una serie de intentos de codificación civil que tuvieron lugar en el país. Fue aprobado por el Congreso de la Nación a libro cerrado, es decir, sin modificaciones, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley n° 340, promulgada el 29 de septiembre del mismo

año, entrando en vigencia el 1 de enero de 1871. Con numerosas modificaciones desde ese entonces, constituyó la base del Derecho Civil argentino hasta el 1 de agosto de 2015, cuando entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código de Vélez Sarsfield refleja la influencia del Derecho continental y de los principios liberales del siglo XVII, siendo sus principales fuentes el Código Civil de Chile, Código Civil de Francia y sus comentaristas, la legislación colonial española que aún estaba vigente en la Argentina, el Derecho Romano (en especial a través de la obra de Savigny), el Derecho Canónico, el Esboço de un Código Civil para Brasil de Teixeira de Freitas y diversos códigos que habían sido promulgados por influencia del movimiento codificador de la época.

La aprobación del Código Civil argentino era necesaria por motivos jurídicos y políticos. Con ella se dotaría de unidad y coherencia a la legislación civil, ausente hasta ese entonces por la dispersa legislación vigente en el territorio argentino. Dichas unidad y coherencia, traerían consigo dos beneficios jurídicos muy importantes: facilitaría el conocimiento del Derecho por parte de los habitantes, y la aplicación por parte de los jueces. Asimismo, afianzaría la independencia política del país, a través de la independencia legislativa, y la unidad nacional, por la supremacía del código sobre la legislación provincial.

A pesar de la estabilidad que el Código Civil le proporcionó al ordenamiento jurídico argentino, no estuvo exento a lo largo de la historia, de diversas modificaciones, que resultaron necesarias para regular adecuadamente una sociedad que presentó grandes cambios a nivel social, político y económico.

La reforma más importante que sufre el Código fue producto de la Ley n. ° 17711, del 22 de abril de 1968. Si bien esta ley reforma aproximadamente un 5 % del articulado, se destaca por el cambio de orientación que experimentaron algunas de las instituciones reguladas. Además, existieron una serie de proyectos de reforma que no fueron llevados a la práctica. Estos proyectos no sólo proponían la reforma de las instituciones y un cambio de método, sino que uno propuso también su unificación con el Código de Comercio, a imitación del italiano y otros cuerpos legales similares.

El Sujeto del Derecho

Conceptos generales

La ciencia moderna llama sujetos de derecho a todos aquellos seres a quienes el ordenamiento jurídico considera como posibles titulares de derechos y obligaciones.

La condición de los seres a quienes el ordenamiento jurídico considera sujeto de derecho, se llama capacidad jurídica o de Derecho.

Esta terminología utilizada, no es romana, ni tampoco lo es la designación de los seres capaces de Derecho con el nombre de personas, este significado de persona es desconocido para la jurisprudencia clásica, ya que la palabra persona, como equivalente de hombre, no existe en el Derecho Romano. Se utilizaron en cambio, otros vocablos que aluden a la idea del sujeto de derecho, pero no son precisos para indicar con claridad el concepto jurídico en cuestión. Los principales términos que encontramos son: *caput* y *capax*. El término *capax* expresa la singular aptitud de un individuo para estar en ciertas relaciones que puedan derivar en un beneficio o sanción. El término *caput* no significa capacidad, sino cabeza, individuo humano. Persona tenía un significado normal que era “hombre”, sin alusión alguna a la capacidad.

Se designa, en sentido técnico jurídico, con la palabra persona, al hombre capaz de derecho (teniendo la capacidad plena el libre, ciudadano romano y *sui iuris*), y a las organizaciones humanas (complejos personales o patrimoniales) a los que la ley le otorga capacidad jurídica.

Hay en efecto, dos clases de personas: las físicas (son los hombres) entes corporales, visibles y tangibles; y las personas jurídicas o entes sociales e incorporales (asociaciones y fundaciones.)

En los primeros tiempos, la cualidad de hombre no basta por sí sola para otorgar la capacidad, sujeto de derecho únicamente es el *Paterfamilias* (libre, ciudadano y no-sometido a una autoridad familiar).

Con el transcurso del tiempo, permanece firme la idea de vincular la capacidad al hombre libre; no ocurre lo mismo con el *status* familiar y la ciudadanía, pues quienes no son *sui iuris* o ciudadanos, pueden adquirir ciertos derechos.

La teoría de las personas físicas o naturales, implica el examen del *status* personal (*personarum*) es decir de la condición en que se encuentra una persona respecto de una situación (*status*).

Persona física. Existencia del hombre

Nacimiento y muerte señalan el comienzo y el fin de las personas físicas. En orden al nacimiento, está condicionado por tres requisitos esenciales:

Que el parto se haya producido y que la criatura se encuentre totalmente separada del claustro materno, es decir, que el nacido tenga independencia física y biológica con respecto a su madre. Si así no ocurre, se considera que es parte del cuerpo de la mujer y no es un ser humano, no teniendo por ello ningún derecho, aunque los romanos protegieron al aún no nacido, posibilitando que adquiriera derechos con la condición de que nazca con vida, y nombrándole un curador si no tenía *pater*, además de aplazar la sentencia a muer-

te de la madre, hasta que el hijo naciera, considerando, por una ficción, que era una persona.

Nacimiento con vida: en cuanto a la prueba de la vida entendían los Proculyanos que era menester la emisión de sonidos, mientras los Sabinianos consideraban que bastaba cualquier signo o manifestación. Justiniano acepta la tesis sabiniana.

La tercera condición es la forma externa del recién nacido. No se reconoce como persona o sujetos de derecho, a los seres deformes; estando los *paters* facultados para arrojarlos desde la roca Tarpeya, a semejanza de las costumbres de los griegos.

El parto debe ser perfecto, esto significa, tras una gestación que haya durado al menos, 6 meses, cumplidos 180 días; quien naciera antes de este tiempo no es sujeto de derecho. En el Derecho Romano falta una teoría general, acerca de los requisitos del nacimiento.

Nacido un hombre, en las condiciones establecidas de acuerdo a las leyes romanas, no se le confiere la capacidad jurídica, contrariamente a la legislación moderna, donde persona - sujeto capaz - es el hombre, por el solo hecho del nacimiento; en cambio en Roma se le exigía además al nacido que sea libre y, en un principio, ciudadano.

Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La capacidad de obrar, es la idoneidad para realizar actos con efectos jurídicos. Los actos pueden ser lícitos – negocios jurídicos-, o ilícitos – transgresión jurídica- distinguiéndose en capacidad negocial y delictual.

La capacidad de obrar no siempre coincide con la capacidad jurídica. Así por ejemplo el *infans* (menor de 7 años) puede tener un patrimonio, si es *sui iuris*, pero no puede, por sí solo, adquirir derechos y contraer obligaciones. Necesita la asistencia de una autoridad protectora (tutor) que supla su falta de discernimiento.

Por otra parte, pueden tener capacidad de obrar quienes carezcan de capacidad jurídica; tal ocurre con el esclavo, a quien se le reconoce la posibilidad de realizar negocios jurídicos, si bien los efectos de los mismos, se producen con relación al *dominus*.

Status Libertatis

En la ley romana, los hombres se dividen en libres y esclavos. Los libres, a su vez, pueden ser ingenuos, si siempre fueron libres, o libertos, si alguna vez fueron esclavos y ya no lo son.

Esclavo es aquel al que la norma positiva (no la naturaleza) priva de la libertad. Su destino, por imperio legal, no es otro que el de servir al hombre libre, y tal destino define su estado personal.

La esclavitud, en los primeros tiempos de Roma, tiene un carácter distinto, y su importancia es escasa. Esto es así, ya que la familia plebeya se basta a sí misma en el cultivo del fundo, hay una estrecha comunidad de vida y vicisitudes, todos participan por igual, tanto libres como no libres.

Al comienzo de la República, (s.V a.C.), este tipo de comunidad cede paso a las grandes explotaciones agrícolas, y el esclavo pasa a ser un mero instrumento de trabajo, al caer el viejo sentido, simple y rudo de la casa romana, el esclavo entra en la categoría de *res* = cosa.

La esclavitud, en el periodo de la República y comienzos del Imperio, tiene gran auge con la afluencia de numerosos prisioneros; las compras de esclavos por parte de los comerciantes romanos que frecuentan los mercados de Grecia y Asia menor. El lujo desmedido de las clases pudientes que sustituye el trabajo libre por el trabajo servil, favorecen la extensión de la esclavitud.

En tiempos de fines de la República, se produce una corriente humanitaria para mejorar la situación de los esclavos y favorecer la declaración de libertad, penetrando con firmeza esta corriente con la

religión cristiana -ya llegado el imperio- donde se les reconoce a los esclavos, el derecho a la vida, a la integridad personal y moral.

La situación del esclavo puede resumirse:

a.- El esclavo carece de capacidad jurídica, ya sea personal o patrimonial, no es sujeto de derecho, sino cosa, es un simple objeto.

b.- El esclavo tiene capacidad de obrar, esto es, capacidad negocial y capacidad penal (no tiene capacidad procesal). Puede realizar negocios jurídicos, si bien todo lo que adquiere pasa al patrimonio del dueño. Por los delitos privados se hace civilmente responsable el *dominus*, pero se puede éste liberar de la condena pecuniaria, entregando el esclavo en *noxam*, a la persona perjudicada.

c.- El esclavo goza de personalidad natural, es decir puede constituir relaciones familiares, de naturaleza y fines semejantes a las de los hombres libres, la unión entre esclavos, llamado *contubernium*, no difiere del matrimonio entre libres por ser de carácter estable y normalmente monogámico.

d.- Los esclavos pueden tener un peculio, esto es una pequeña cantidad de bienes o dinero que el *dominus* le confiere en disfrute y administración, pero queda siempre la posesión y propiedad vinculadas al *dominus*.

e.- En el orden religioso tiene personalidad que se manifiesta en el culto público y familiar.

Causas de la esclavitud

Las causas que motivan la esclavitud son:

a.- Nacimiento: nace esclavo el hijo de madre esclava, aunque sea concebido por un hombre libre. En las primeras épocas, para determinar la condición del nacido se atiende a la que tuviera la madre en el parto, pero, en el Derecho Clásico se reconoce la libertad del hijo, si la madre ha sido libre en algún instante de la concepción.

b.- Cautividad por guerra: se hacen esclavos los extranjeros apresados por los romanos, así también los ciudadanos romanos apresados por el enemigo.

Los esclavos extranjeros, pasan a ser propiedad del Estado, que los destina a servicios público, los vende a particulares o los cede a los soldados.

El cautivo romano, en poder de pueblos extranjeros, no es, desde el punto de vista de la ley romana un esclavo, si bien se los llama con tal nombre y tiene una situación semejante, no sufre una pérdida total de sus derechos:

Extingue la cautividad, la relación jurídica de hecho, es decir el matrimonio y la posesión.

Las demás relaciones, patria potestad, tutela, propiedad, derechos y obligaciones patrimoniales, etc. se mantienen en suspenso.

Si el cautivo retorna a Roma o a una ciudad aliada de Roma, readquiere la libertad y se reintegra con todos sus derechos, por virtud del *Ius Postliminium*, (este es un derecho, por el cual se lo considera como si nunca hubiera sido esclavo; pero existen dos situaciones que no pueden recuperarse, por ser de hecho y no de derecho, y son, el matrimonio y la posesión.

También crearon otra ficción, con la *Lex Cornelia* que considera al ciudadano romano, que muere en cautiverio, como fallecido en el momento en que es tomado prisionero, y, por ende, no había llegado a perder su capacidad jurídica.

c.- Condena penal: caen en esclavitud, los condenados a ciertas penas graves, existiendo dentro de las disposiciones de la ley, las siguientes causales:

- No pagar los impuestos.
- Desertar del ejército.
- No pagar a los acreedores.
- El hombre libre y mayor de 21 años, que se hace vender como esclavo para dividir el precio con el fingido vendedor.

Extinción de la esclavitud

Se extingue la esclavitud, por acto voluntario del dueño, *manumissio*, o por decisión de la ley.

Manumisión, significa salida de la *manus*, es decir de la potestad del *dominus*, siendo un acto de disposición, por el cual, el esclavo se hace libre y ciudadano, no siendo un simple abandono o renuncia a la propiedad del esclavo.

Es necesaria la declaración de voluntad del *dominus*, y el esclavo se convierte en *civis*, miembro de la comunidad ciudadana.

Modos de manumisión

Solemnes: Que hacen que el liberto pase a integrar la categoría de **liberto ciudadano romano**. Son las siguientes:

Vindicta (varita): proceso fingido, con la presencia del *dominus*, el esclavo y un tercero (ciudadano romano) ante el Magistrado, donde, el *dominus* tocando con la varita la cabeza del esclavo y pronunciando palabras solemnes, afirma que es hombre libre.

Censu: Inscripción en el censo como ciudadano libre con el consentimiento del *dominus*.

Testamento: hecho en un testamento directa o indirectamente, puede ser condicionante.

No solemnes: que son obra del pretor y no formales, como la declaración de libertad hecha por el amo ante amigos, o sentarlo a la mesa, o por epístola; que hacen que el liberto al principio, esté en una condición inestable, ya que el amo puede arrepentirse, y revocar la libertad; pero, en época de Augusto, se dicta la ley Iunia Norbana, que la hace irrevocable, y el liberto pasa a la categoría de **latino iuniani**.

Sin acto de manumisión

Por concesión del Estado, en tiempos de la República, por tener conductas beneméritas, como por ejemplo descubriendo conspiraciones o denunciando delitos.

Restricciones a la libertad de manumisión

En la época de Augusto, en búsqueda de protección de la romanidad, se decide, con la *Lex Fufia Caninia*, en el año 1 d.C., y la *Lex Aelia Sentia*, en el año 4 d.C., poner límites a la capacidad de manumitir esclavos. La primera, impuso límites a las manumisiones testamentarias: el que tenga hasta dos esclavos, puede liberar a ambos; el que posea de dos a diez, solo la mitad; quien tenga de diez a treinta, un tercio; de treinta a cien, un cuarto; y de cien a quinientos, un quinto; pero sin exceder el número máximo de cien esclavos. La segunda ley, establece la edad mínima para manumitir, en 20 años, y para ser manumitido, en 30. Crea también, la categoría de libertos dedicticios, para aquellos esclavos manumitidos, que, durante su esclavitud hubieran tenido muy mala conducta. Estos libertos dedicticios, no pueden acercarse a más de cien millas de Roma, pues, de lo contrario, caen de nuevo en esclavitud.

Los libertos y el patronato

El esclavo, manumitido o liberado, se llama liberto, en contraposición al ingenuo, que es el que nació libre, y lo sigue siendo.

El liberto adquiere los tres estados, pero no logra, ni en lo público ni en lo privado, equipararse plenamente al ingenuo, ya que se le prohíbe, el acceso a determinados cargos, en el sacerdocio, en el Senado romano y se le disminuye la eficacia del voto.

El liberto queda en una relación de dependencia con relación al patrono, que es su antiguo amo. Debe respetar a éste, siendo la gratitud un deber, ya que si produce ofensa al patrono, se le concede a este la *Revocatio in Servitatem*.

Así, también debe prestarle determinados servicios, que pueden llegar a reclamarse judicialmente.

El patrono y sus descendientes pueden llegar a tener un derecho de sucesión legítima. El derecho de patronato se transmite a los descendientes del patrono, pero no alcanza a los hijos del liberto, ya que se los considera, ingenuos. Patrono y liberto tienen la recíproca obligación de prestarse alimentos en caso de necesidad. Justiniano otorga validez a la declaración del manumitiente renunciando a este derecho. También, mediante decreto del Príncipe y consentimiento del patrono, se adquiere la condición de ingenuo.

***Status Civitatis* (situación de ciudadanía)**

Además de la libertad, la ciudadanía es, en Roma, condición para ser sujeto de Derecho pleno. El Estado, en los pueblos clásicos se identifica con la ciudad y con su comarca.

En las primeras épocas, la supremacía de Roma en Italia, se lleva a cabo mediante alianzas y anexiones, pero éstas dejan a los habitantes, en la condición de extranjeros. En la República, los habitantes de la ciudad son ciudadanos de pleno derecho y también los habitantes de las 31 tribus rústicas y 4 tribus urbanas, que se extienden por toda la Italia peninsular. Fuera de ese territorio, no hay más que territorio peregrino, producto de las conquistas, que convierten al territorio en *ager romanus* (región Romana) pero los habitantes siguen siendo no ciudadanos (peregrinos), hasta que en el siglo III d.C. la ciudadanía alcanza a todos los habitantes libres del Imperio.

La ciudadanía es un estado que interesa por igual al *ius publicum* (derecho público) y al *ius privatum* (derecho privado), ya que sólo el

ciudadano puede participar en las relaciones que nacen de uno y otro derecho.

La ciudadanía plena, es la que faculta, para participar en toda suerte de derechos, públicos y privados.

En el orden político implica los siguientes atributos:

a. *Ius suffragii* - derecho a voto en las asambleas.

b. *Ius honorum* - derecho a acceso a cargos en la magistratura.

En el orden privado otorga:

Ius commercium, es el derecho a adquirir y transmitir la propiedad, ser sujeto activo y pasivo en las relaciones contractuales.

Ius conubium, el derecho de contraer justas nupcias, constituir una familia.

Testamenti factio, es la capacidad en orden a la sucesión hereditaria.

Ius actionis, es el derecho de actuar en juicios.

La situación contrapuesta al ciudadano *-civis-* es la del extranjero – *peregrinus-* que es el hombre libre, que vive dentro del mundo romano, sin ser ciudadano ni latino (*latinus*).

Los demás, son los que viven fuera del Estado y del Imperio, estos son en realidad los calificados como extranjeros o bárbaros.

Dentro de los Peregrinos podemos encontrar a:

Los peregrinos *civitatis*

Son los habitantes de una comunidad, que, luego de la conquista, de la sumisión o de la anexión, Roma respeta su existencia. Son recibidos como federados, o tenidos como formalmente libres, conservan sus leyes y su organización política.

Los peregrinos *dediticium*

Son los que pertenecen al Estado, engrosan la clase de los verdaderos súbditos provinciales y están sujetos a la autoridad de los magistrados romanos; estos son los que se rinden a Roma sin condiciones (*deditio*- significa rendición sin condición), son privados de sus estatutos.

Los peregrinos *dediticium* no constituyen una categoría jurídica definida. Les está prohibido vivir en Roma y en un radio de 100 millas alrededor de Roma, si son encontrados en esas zonas, es causa de esclavitud.

Estos peregrinos carecen de los derechos civiles, sólo los poseen, si se los concedieran por favor especial; las relaciones se rigen por el Derecho de Gentes y el derecho propio de la provincia que habitan.

Los latinos

Entre los ciudadanos y los peregrinos hay una situación intermedia, que son los latinos (*latini*). A éstos, se les concede el ejercicio de algunas prerrogativas del derecho de ciudadanía, y pueden adquirir este derecho con mayor facilidad que los peregrinos.

Se distinguen tres clases:

Latinos *veteres*

Son los descendientes de los habitantes del Lacio, que no pasaron, al ser fundada Roma, a formar parte de ésta, gozan del *ius commercium* y el *conubium*. Por la *lex Iulia* se le otorgó a todos ellos la ciudadanía.

Latinos *coloniarii*

Son los habitantes de colonias fundadas por los romanos en los territorios que conquistan. Gozan del *ius commercium* pero no del *ius conubium*; éste se le podía conferir por favor especial.

Pueden ejercer derechos de orden político en sus respectivas ciudades, pero no en Roma; para adquirir la ciudadanía tienen menos facilidades que los *veteres*. Esto podía ocurrir sólo si habían desempeñado alguna magistratura en su ciudad.

Latinos *junianos*

Son los libertos de hecho, que no han obtenido su libertad de derecho, por no haber empleado las fórmulas solemnes requeridas, o que carecían de amo civilmente propietario. Es un tipo de ciudadanía limitada y fue regulada por la *Lex Iunia/Norbana* del año 19 d.C.

Tienen el *ius commercium* con los romanos, pero no pueden testar, ni ser tutores testamentarios. A su muerte, los bienes pasan al antiguo dueño.

Adquisición de la ciudadanía

Además de los modos a los que ya nos hemos referido, la ciudadanía se adquiere por nacimiento, disposición de la ley o por concesión del Poder Público.

Nace ciudadano, el procreado por un ciudadano romano en justas nupcias, esto es, en matrimonio con aquella mujer que tiene el *conubium*.

Se atiende a la condición del padre al momento de la concepción.

Por **disposición de la Ley**: cuando el amo manumite al esclavo mediante las solemnidades prescriptas por la ley, éste pasa a ser, liberto ciudadano Romano.

Por **el Poder Público**, es por el pueblo o sus delegados, durante la República y por los emperadores, en el Imperio.

En el 212 d.C., la Constitución Antoniniana, de Caracalla, declaró ciudadanos a todos los habitantes del orbe romano, salvo los peregrinos *dediticium*. Éstos fueron declarados ciudadanos por Justiniano.

Status Familiae: Situación dentro de la familiae

Es la situación en la que se encuentra un hombre libre y ciudadano, participante de la civitas, con relación a una determinada familia. La distinta situación en la familia puede influir sobre la capacidad jurídica, en el sentido de aumentarle o disminuirla.

La plena capacidad se dá en el hombre *sui iuris*, es decir, en el individuo que carece de ascendientes legítimos varones, o bien en el que ha salido de la potestad bajo cuya dependencia se encontraba.

El hombre *sui iuris*, es llamado *paterfamilia*, sin que tal denominación haga referencia al hecho de que tenga o no hijos. La condición de éste se refiere al varón no sujeto al poder familiar romano (la manus o potestas), de ésta posibilidad está excluida la mujer, aunque sea *sui iuris*.

Capitis deminutio

La *capitis deminutio* es un cambio de *status* de un individuo; así Justiniano dice: “La disminución de cabeza es el cambio del anterior estado...” (Inst. L, I, T, 16, pr.).

La *capitis deminutio* es de tres clases: máxima, media y mínima.

Máxima: ésta consiste en la pérdida del status libertatis; en otras palabras, se produce cuando el hombre libre se transforma en esclavo y por consiguiente se extingue su capacidad jurídica, perdiendo sus derechos públicos y privados.

Media: es la privación de la ciudadanía romana; no obstante, quien la sufre conserva su calidad de hombre libre. Este hecho sucede como consecuencia de ciertas condenas, especialmente cuando han sido motivadas por delitos públicos, que implican, el destierro del culpable.

Mínima: Ocurre cuando el individuo modifica su ubicación dentro de la familia; conserva su libertad y sus derechos públicos, es decir, que continúa siendo libre y ciudadano. En el Derecho Romano existen varias causales, tales como la emancipación del *alieni iuris*, la adopción, la adrogación, el matrimonio *cum manu* de las mujeres, etcétera. Produce la pérdida del vínculo de agnación, con las consecuencias correspondientes en materia sucesoria.

Causas que disminuyen la capacidad

Hemos dicho, que, tanto la capacidad de derecho como la de hecho, pueden verse limitadas o modificadas por diversas circunstancias, estas son:

A) La infamia

La estima pública del ciudadano se denomina *existimatio*, que constituye el timbre de honor y orgullo del ciudadano en su trayectoria vital. La *existimatio* puede restringirse o rebajarse por ciertas actividades que son consideradas deshonrosas por los romanos. La degradación del honor civil se denomina infamia o también ignominia, y consiste en la pérdida de la reputación social del individuo. En un principio sólo se traduce en una condena de la sociedad, pero, más tarde, ocasiona graves consecuencias jurídicas.

B) El sexo

El sexo, que como veremos posteriormente, influye también en la capacidad de obrar, determina algunas limitaciones en cuanto a la titularidad de ciertos derechos. En efecto, la mujer está excluida del desempeño de las funciones públicas; solamente es admitida en las relacionadas al culto, como vestal. En el ámbito del Derecho Privado, no puede ejercer la patria potestad salvo algunas excepciones establecidas por Justiniano. Tampoco puede intervenir como testigo en los testamentos, representar a otros en juicio, o formular acusaciones públicas. Además de esas limitaciones, la mujer, salvo excepciones, se encuentra sometida a la potestad del *pater* si es soltera, a la *manus* si ha contraído matrimonio *cum manu* y a tutela perpetua si es *sui iuris*, al menos, hasta el Imperio.

C) La edad

La edad, es uno de los factores más importantes en cuanto a la modificación de la capacidad de obrar. Los romanos distinguieron dos grandes grupos teniendo en cuenta la edad; los impúberes y los púberes.

Son impúberes, los varones y mujeres que no tienen aún aptitud biológica para procrear. La determinación legal de la pubertad, en los primeros tiempos, depende del desarrollo físico de cada individuo en particular; los **sabinianos** son partidarios de la "*inspectio corporis o habitu corpori*" es decir, que es necesario una constatación del desarrollo físico mediante un examen biológico. Esta teoría es resistida, por considerarla atentatoria contra el pudor, especialmente de las jóvenes; en cambio los **proculeyanos** sostienen que debe fijarse en la edad de 14 años para los varones y de 12 años para las mujeres. Justiniano, consagra la solución de estos últimos.

Dentro de los impúberes encontramos a los *infans*, que son aquellos que tienen hasta 7 años de edad, debiendo entenderse como los incapaces de razonar o de tener conciencia de sus actos.

El *infans* es un incapaz de hecho absoluto, puesto que no puede realizar por sí ningún negocio jurídico; sus declaraciones carecen de validez y no es responsable por los delitos que pueda cometer.

También tenemos a la *infantia maior*, que abarca desde los 7 hasta los 12 años en la mujer, y hasta 14 años en el varón. El individuo se encuentra igualmente bajo tutela, pero el tutor actúa por medio de la *auctoritas*, es decir, completa la capacidad del menor, siempre que con ello obtenga un beneficio, como ser apoderarse de una cosa sin dueño. El que ha cumplido los 10 años, o sea, dentro de la etapa de la *pubertatis proximi*, es responsable por los hechos ilícitos que cometa y debe cumplir con las obligaciones que se derivan de ellos.

Son púberes, como ya se ha dicho, los varones que han cumplido 14 años y las mujeres que tienen 12 años. A partir de esa edad, los varones gozan de plena capacidad jurídica, con ciertos beneficios, hasta los 25 años, para protegerlos de engaños de terceros, como la *in integrum restitutio* o la curatela de los menores de 25 años, que veremos luego.

Persona jurídica

La persona jurídica, es un ente ideal, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Estos entes se llaman también personas ficticias, civiles, morales o colectivas, siendo muchas las críticas que se han hecho a las expresiones usadas para designar a estos grupos, que tienen un status jurídico; también son grandes las discrepancias doctrinales en cuanto a su naturaleza.

La doctrina general sobre las personas jurídicas no es de origen romano. La idea de persona jurídica se hace más nítida durante el Imperio, cuando surge la necesidad de asociaciones organizadas por varios individuos para cumplir ciertos fines que, en forma individual, resultarían impracticables. Este fenómeno se da en esa época por-

que la familia primitiva, con su constitución de grupo político, social, gentilicio y agnaticio, va desapareciendo.

Las personas jurídicas constituyen una entidad intermedia entre el individuo y el Estado, creándose para ayudar al hombre y a los poderes públicos a cumplir sus fines y a solventar sus necesidades.

Los vocablos que se usan en el Derecho Romano para aludir a los sujetos de derecho que no son personas físicas, resultan insuficientes para abarcar los distintos tipos que existieron. Así, se utiliza la palabra *societas* para las asociaciones que – salvo las sociedades de recaudadores de impuestos y los encargados de los servicios públicos – no son personas jurídicas. Lo mismo acontece con los términos *ordo*, *collegia* y *corpora* que, aunque son usados por los clásicos, no comprenden todos los entes ideales que existieron. Las fuentes justinianas, para calificar las personas jurídicas, hablan de *universitatis* y posteriormente los comentaristas crean la distinción entre *universitatis personarum* (integradas por personas) y *universitatis rerum* (patrimonios afectados a un fin).

De lo expresado resulta que, en el Derecho Romano, sólo aparecen las personas ideales, en embrión, y, por ello, es sumamente difícil, clasificarlas en forma metódica. Savigny considera que hay algunas, que son necesarias, como el Estado, y otras contingentes, como las asociaciones. El mismo autor divide estas últimas en corporaciones y fundaciones, y considera, al Fisco, en forma independiente.

El concepto de personas ideales o jurídicas comienza a desarrollarse en la Edad Media y a través de un lento proceso que culmina en el siglo XIX. Surge como una resultante de los adelantos técnicos, los cambios económicos y sociales, la aparición del capitalismo y otros fenómenos históricos, todo lo cual motiva la injerencia y contralor del Estado sobre ellas; por eso las legislaciones modernas las sistematizan.

En el Código Civil de Vélez, encontramos que se remite al Derecho Justiniano, cuando expresa “Si un testador instituye a Jesucristo por heredero, se entiende que es a la Iglesia del lugar que el testador vivía”.

Vélez toma la doctrina del Derecho Romano, sobre si una Persona Jurídica puede o no cometer delitos y sufrir penas. Con relación al dolo, expresa Vélez, que muchas leyes de los romanos confirman plenamente la posición que éste adopta.

Un ejemplo es el que se expresa en el Dig. L.15 que dice “la acción de dolo no puede intervenir contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de cometer dolo, pero, que, si se ha enriquecido por el poder de un administrador, debe restituir la suma que se hubiera aprovechado”.

La Familia Romana

Agnación (*agnatio*)

La familia, en el Derecho Romano, tiene sentido y alcance distinto al de la familia moderna; las últimas concepciones de Justiniano se van asemejando a nuestro Derecho, especialmente en lo referido a la tutela y la curatela.

En la familia romana, sus miembros están sometidos a la autoridad doméstica del “*pater familiae*” por vínculos de naturaleza jurídica más que de parentesco, pues el *pater* tiene el poder de mando sobre ella, o sea que *pater* y *filius*, no tienen el sentido de padre e hijo, sino el de autoridad.

Familia, también es sinónimo de patrimonio o herencia y así, la *actio familiae erciscundae* es la acción para pedir la partición de la herencia, y la *familiae rústica* se refiere a los esclavos que también son parte del patrimonio (*dominica potestas*).

La autoridad paterna es conocida con el nombre de *manus* o *potestas* y es *sui iuris* porque no depende de la autoridad de nadie. Los *filius familiae* son *alieni iuris* porque están bajo la autoridad del *pater*.

Este grupo familiar se llama familia *agnatitia*, y el lazo familiar se llama *agnatio*, pero la incapacidad jurídica del *alieni iuris*, no le im-

pide ser titular del *ius sufragii* y el *ius honorum*, dentro del Derecho Público, o sea, votar en los comicios y ser elegido magistrado y en el Derecho Privado, puede contraer *iustae nuptiae* o matrimonio legítimo y desempeñar la tutela.

Según Cicerón, el *pater*, es, además, el sacerdote del grupo familiar y celebra la *sacra privata*; todos los descendientes legítimos por vía masculina forman parte de la familia, y el extraño incorporado por adopción, o los sometidos a la *potestas* paterna por haber sido vendidos o cedidos por otro *pater*, también pertenecen a la familia *agnatitia*.

La mujer al casarse *cum manu*, con el *pater* o con algún *filius*, queda sometida a su poder doméstico.

Cognación (*cognatio*)

Así se llama al nexo biológico, constitutivo del parentesco de sangre. Aquellos cuyo parentesco proviene del sexo femenino, no son agnados, sino parientes de Derecho Natural (cognados). Por ejemplo, entre el tío materno y el hijo de la hermana no hay agnación, sino cognación. Justiniano dice que la vinculación con el *pater* es cognaticia, y, simultáneamente es agnaticia por estar sus descendientes sometidos a la potestad de aquel. En cambio, por vía materna, el parentesco siempre se rige por lazos naturales.

A medida que el Derecho de Familia evoluciona hacia la familia natural, la cognación adquiere preeminencia sobre el vínculo civil o agnación; la *manus* y las facultades del *pater* van disminuyendo, la capacidad patrimonial del *alieni iuris* va creciendo, y los emancipados dejan de ser ajenos a la familia de la que salieron.

El parentesco consanguíneo en el Derecho Romano se computa en líneas y grados, a los efectos de sus consecuencias jurídicas, la que puede ser recta, ascendente, descendente o colateral.

Forman la línea recta, los individuos engendrados unos por otros: abuelo, padre, nieto, bisnieto constituyen la línea descendente y, pa-

dre, abuelo, bisabuelo, la ascendente; la colateral es la de los parientes que no descienden unos de otros pero que están vinculados entre sí por un antepasado común (hermanos, tíos, sobrinos).

El grado, es el vínculo entre dos personas; es la unidad de medida del parentesco; en línea recta, cada generación constituye un grado, y el parentesco se expresa por el número de generaciones (entre padres e hijos, una; o sea son parientes de primer grado; entre abuelo y nieto hay dos generaciones; o sea de segundo grado).

En línea colateral, se cuenta el parentesco, sumando el número de grados desde la persona cuyo parentesco quiere comprobarse hasta el tronco común y desde este hasta el otro pariente. Los hermanos, son parientes en segundo grado; tío y sobrino de tercer grado; primos hermanos de cuarto grado.

Afinidad, es el vínculo que une al cónyuge, con los parientes del otro cónyuge. Se mide de la misma forma que el parentesco consanguíneo y el matrimonio se considera como una unidad.

Los grados de parentesco en el Derecho Romano son iguales al Derecho Argentino. Los arts. 346 y sgtes. del Código Civil de Vélez, ilustran la influencia del Derecho Romano y la nota del art. 352 alude a las Institutas. El actual Código Civil y Comercial, contempla el parentesco y sus grados, en los artículos 529 y siguientes.

Gentilidad. La clientela

Antiguamente, no se constituía, como en los Estados modernos, una autoridad única para establecer el orden y la defensa de las personas, sino varios organismos que se subordinaban unos a otros. No se tenía como límite la libertad individual, sino la autoridad de los jefes de cada grupo que en Roma se denominaban *gens*.

Algunos consideran a la *gens*, como un órgano artificial creado por Rómulo, primer rey romano, que distribuyó la población en tres tribus étnicas: los latinos, los sabinos y los etruscos.

Otros, como Ihering, sostienen que la *gens*, es un organismo natural cuyos miembros descienden de un antepasado común o de las mismas creencias religiosas (Fustel de Coulanges). También están, los que consideran que la *gens* es un organismo mixto, en parte natural y en parte artificial (Bonfante, De Ruggiero).

En su aspecto social, comprende individuos que se agregan por convenios (*applicatio*) con el jefe: son los clientes. El jefe les da protección jurídica, otras veces económica, y el cliente le otorga al patrón contribuciones en especie: trabajo personal, colabora en el pago de multas y en rescate si cae prisionero; estas obligaciones recíprocas son consideradas sagradas.

El nombre gentilicio, la religión y la sepultura común son elementos que distinguen a los integrantes de una misma *gens*.

La *gens* es la forma primigenia de la organización política romana y con el tiempo se convierte en una Institución de Derecho Privado, dejando rastros en el Derecho hereditario.

Poderes del *paterfamilias*

El *pater* tiene la *potestas*, que es el poder unitario y comprende diversos poderes:

- Sobre la mujer, la *manus maritalis*.
- Sobre los hijos, y nietos, la *patria potestas*.
- Sobre los esclavos, la *dominica potesta*.
- Sobre los hijos de otros entregados en venta o por abandono noxal, el *mancipium*.

El poder del *paterfamilias* sobre las personas a él sometidas, es originariamente absoluto, frente a los individuos libres y no libres de la casa. Tiene el derecho de vida y muerte, así también el *ius expo-*

nendi y el ius vendendi, esto es, el derecho de exponer y vender a los individuos de la familia.

La vida de la familia es regulada por el *pater* de modo soberano, semejante al poder de los magistrados sobre los *civis*.

Las sucesivas intervenciones del Estado, y las nuevas concepciones sociales, acaban destruyendo el viejo concepto de la familia. Como ejemplo, en el Siglo I d.C. se obliga a emancipar al hijo maltratado por el *pater*; y Justiniano solo permite la venta del hijo por extrema necesidad.

Modos de entrar en la familia

Los modos de entrar a la familia son por nacimiento y por acto jurídico, en las formas de la adopción y de la *conventio in manum*.

A.- Por nacimiento

Es el modo normal de entrar en la familia, haciéndose miembro familiar el procreado en justas nupcias.

Se dice que es *iustus*, aquel nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución. Es posible que el marido reconozca como hijo al nacido antes de los 180 días.

Los clásicos llaman *filius naturales* a los *iusti*, distinguiéndolos de los *adoptivos*; los hijos *non iusti*, son los nacidos fuera del matrimonio y reciben la denominación de *spuri*.

En la época de Justiniano, se llama *legitimi* a los *iusti, naturales* a los nacidos del concubinato y *spuri* a los nacidos de uniones no estables.

B.- Por acto jurídico

Adopción

Es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Según que el adoptado sea un *alieni iuris* o un *sui iuris* se distingue la adopción en dos formas: *adoptio* y *adrogatio*.

Adoptio: Es un acto jurídico creado por vía de interpretación, apoyado en un texto de la Ley de las XII Tablas. Tiene lugar cuando ingresa a la familia del adoptante un *alieni iuris*, es decir un hijo o hija de familia ajena, siendo un acto legítimo y solemne, por el cual una persona entra en calidad de hijo o descendiente de ulterior grado.

En el viejo Derecho Romano, para hacer la adopción propiamente dicha se requieren dos actos: por el primero hay que romper la patria potestad, y, por el segundo hay que constituir la patria potestad sobre el adoptado a favor del padre adoptivo.

En el primer acto, para romper la patria potestad se necesita, si es hijo varón, tres mancipaciones consecutivas (forma de adquirir la potestad, tomando la posesión en presencia de cinco testigos), luego se pasa al segundo acto, concurriendo ante el magistrado donde se efectuaba la *in iure cessio* (cesión ante el magistrado), donde el hijo es reivindicado por quien va a ser el padre adoptivo, y sus padres guardan silencio.

Con Justiniano se suprimen estas formalidades y comparecen ante el Magistrado, el adoptante, el padre del que va a ser adoptado y el adoptado, procediéndose a la adopción, la cual podía ser plena o menos plena.

Es plena, cuando se otorga al padre adoptivo la patria potestad sobre la persona que ingresa en su familia.

La menos plena, es aquella en que el hijo adoptivo no ingresa en la familia del padre adoptivo, permanece bajo la patria potestad de su padre natural. Los únicos derechos que le confieren al hijo adoptivo son derechos sucesorios, en la sucesión ab intestato del padre adoptivo.

La adopción romana imita a la naturaleza y se crea como consuelo de las personas que no pueden procrear o engendrar hijos.

La mujer no podía adoptar; recién se efectúan algunas autorizaciones en época del Imperio, por ejemplo, aquella madre que necesita consuelo por la pérdida de su hijo.

Para adoptar se exige:

El adoptante no debe tener una enfermedad grave.

El que adopta debe tener una edad por la que no pueda tener hijos por vía de la procreación.

Se requiere además que entre el adoptado y el adoptante exista una diferencia de edad de 18 años a favor del adoptante.

Adrogación

Es el ingreso de un *sui iuris* o *pater* en una familia ajena, desapareciendo la familia del adrogado. Se da, en los primeros tiempos de Roma y en la época clásica, con el objetivo de perpetuar las familias y mantener su culto privado. Los efectos son los siguientes:

El adrogado ingresa, él, que pierde la condición de *sui iuris*, con toda su familia transmitiendo al adrogante su patrimonio. Es un caso de sucesión universal inter vivos, sin la transmisión de las deudas. La adrogación se hace en los comicios por curia, previa información sumaria, que la necesidad de la misma, realizada por los pontífices. El adrogante debe tener, al menos 60 años, no tener hijos varones, y tener mejor fortuna y posición social que el adrogado. Los comicios curiados, son reemplazados, en la época clásica, por treinta lictores, que, simbólicamente, representan al pueblo. Las mujeres no pueden adrogar ni ser adrogadas, y solo se hace en la ciudad de Roma. Los menores, recién pudieron ser adrogados, cuando lo autorizó el emperador Antonino Pío. Como los menores no pueden participar en los comicios curiados, se hace por rescripto imperial. Esta es la forma que se adopta en el Bajo Imperio, donde también se acepta que puedan ser adrogadas las mujeres y hacerse fuera de Roma.

Conventio in manum

Es el acto por el cual ingresa la mujer a la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria; la entrada en la nueva familia puede situarla en distinta posición familiar, según que el nuevo *paterfamilias* sea respectivamente el marido de ella, o el *pater* del propio marido.

La *conventio* puede tener lugar de tres modos:

La ***confarreatio***: es de carácter religioso. Es una ceremonia celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter o el Pontífice Máximo, donde se pronuncian palabras solemnes, substanciándose el rito, de aquí viene el nombre del acto, en la ofrenda de un pan de trigo, *el panis farreus*.

La ***coemptio***: es de carácter civil, consiste en una compra fingida de la mujer, en la forma de la *mancipatio*, por una moneda simbólica.

El ***usus***: a falta de alguno de estos dos actos, puede adquirirse la *manus* sobre la mujer mediante el *usus*, que es la adquisición por la posesión, debiendo ejercer de hecho esta potestad a lo largo de un año.

La mujer puede escapar de tal consecuencia si permanece alejada de la casa del marido durante tres noches consecutivas, habitando en la casa de sus padres, con ánimo de interrumpir el *usus*; al regreso a la casa del marido comenzaba nuevamente a computarse los plazos.

La *conventio in manum*, desaparece totalmente en el siglo III d.C, donde comienza a afirmarse la condición de esposa, señalándose a su favor, el derecho de sucesión y de alimentos.

Extinción de la patria potestad y de la *manus*

El vínculo familiar se rompe por la adopción y la *conventio in manum*. A continuación, nos referimos a aquellos casos en que tal ruptura no significa el ingreso a una nueva familia, sino la constitución en

una nueva cabeza independiente, existiendo varias situaciones que podemos citar:

- Muerte del que ejerce la Patria Potestad.
- Entrada al sacerdocio.
- Nombramiento de Cónsul o Pretor.
- Emancipación.

Ésta última es la que reviste singular importancia. Vemos que, en la época antigua y clásica, **la emancipación** es un acto de liberación de la patria potestad, por propia voluntad del *pater* y de conformidad con el procedimiento creado por la jurisprudencia, convirtiéndose el hijo en *sui Iuris*.

Si un *pater* quiere liberar al *filius* de su potestad, lo emancipa por tres veces a una persona de su confianza, con el encargo de manumitirlo; la tercera manumisión lleva consigo la adquisición de la libertad, pero el manumisor adquiere el derecho de patronato sobre el *filius*, así como la tutela si era impúber, esto produce los beneficios de derechos hereditarios, de aquí que el *pater* o ascendiente del emancipado por la manumisión se reservara el pacto de fiducia, recibéndolo en *causa mancipi*.

Si es hija o descendiente ulterior al grado de hija, basta una sola *mancipatio* para extinguir la patria potestad.

En la época del Emperador Anastasio se autorizó la manumisión del hijo o descendiente por medio de rescripto imperial (edicto o respuesta imperial). Tiene la particularidad que no hace perder la agnación al hijo o descendiente emancipado.

Justiniano finalmente dispuso que la emancipación se haga por acta judicial, en la jurisdicción del domicilio del *paterfamilias*.

El *pater* no puede ser obligado a emancipar a sus hijos salvo por crueldad hacia ellos, pero fuera de estos casos la patria potestad no se termina porque el hijo llegue a la pubertad, ni por el matrimonio del hijo; a diferencia de nuestro Derecho en que la patria potestad

(actualmente reemplazada la institución por la de responsabilidad parental) se termina con la mayoría de edad y con el matrimonio de los hijos.

La Patria Potestad y las relaciones patrimoniales

El *pater* tiene facultades sobre las personas sometidas a su potestad y sobre los bienes. Con relación a estos últimos, la patria potestad le da, al *pater*, la adquisición de todo lo que el hijo de familia adquiere, por lo que éste, en un principio, es un instrumento de adquisición del *paterfamilias*.

El hijo de familia, es, en realidad una propiedad del *pater*, quien puede hasta recuperar los hijos que están en poder de terceros, ejercitando la acción reivindicatoria o un interdicto.

Con relación a los bienes, tenemos **los peculios**:

Estos son un pequeño patrimonio que se separa del familiar, para ser administrado por un *alieni iuris*. El primer peculio que aparece es el **peculio profecticio**, llamado así porque deriva del *pater*, y tiene lugar cuando éste concede y otorga a un hijo de familia un capital, autorizando a la administración, por contabilidad separada del patrimonio del *pater*.

Si el hijo de familia comete un delito privado, el *pater* tiene, frente al tercero que defender al hijo y en caso de resultar culpable es condenado el *pater* o podía realizar abandono noxal del hijo.

En los actos lícitos realizados por el hijo, el *pater* no queda obligado, salvo en los casos donde ha existido un consentimiento del *pater*. Como ejemplo tenemos: la *Actio Quod iussu*, que tiene lugar cuando el *pater* ordena al hijo contraer una deuda con un tercero. La *actio de peculio*, acción que va contra el *pater*, no por el todo, sino en la medida del peculio. La *actio exarcitoria* tiene lugar cuando el *paterfamilias*, colocaba al hijo como armador de un buque y el *pater* se obligaba

frente a terceros, por los actos concernientes a la administración y explotación del buque.

En la época de Julio Cesar, aparece un nuevo peculio llamado **castrense**, que es un conjunto de bienes cuya propiedad y administración pertenecen al hijo de familia, adquirido en ocasión de la profesión de soldado o de la carrera militar. Con estos bienes, el hijo se considera como si fuera *sui iuris*, ya que, puede, administrarlos, enajenarlos y hasta testar. Si muere sin testar, este peculio pasa al *pater*, no por derecho sucesorio sino por derecho de peculio. Esto, en el Código Teodosiano cambia, y pasa a sus descendientes o sus hermanos, teniendo el *pater* el derecho de usufructo.

Con Constantino aparece el **peculio cuasi castrense**, constituido por los bienes que adquiere el hijo en virtud de una profesión civil, como el ejercicio de una función pública, la abogacía, el sacerdocio.

También surgen los llamados **peculios adventicium** o llamados *Bonadventitia* o *Bona Materna*, que son los bienes que recibe el hijo por la vía materna o de terceros, por donaciones, legados, herencia, y donde se dispone que los bienes sean adquiridos por el hijo y no por el *paterfamilias*.

El hijo tiene la propiedad de hecho, el *pater* tiene formalmente la propiedad, pero se le prohíbe la libre disposición; esto cambia con Justiniano donde triunfa la idea que la propiedad corresponde al hijo, teniendo el *pater* una simple administración y usufructo de los mismos.

El matrimonio romano

Las nupcias o matrimonio, consiste en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible.

La concepción romana del matrimonio es muy distinta de la que existe hoy en los pueblos de cultura occidental, debido a la gran influencia del Derecho Canónico, es decir, el cristianismo.

El matrimonio, es una institución social con efectos jurídicos que consiste en una permanente situación, en un *status*, en una convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer (*affectio maritalis*), y constituyente de una sociedad doméstica.

Los elementos esenciales del matrimonio son:

- Aquellos que contribuyen a la existencia del matrimonio, es decir los que posibilitan su iniciación, y producen los efectos jurídicos del mismo. Estos elementos son el *connubium* y el consentimiento.

- Aquellos que tienden al mantenimiento o conservación del matrimonio, son los que hacen a la factibilidad y que el matrimonio siga produciendo los efectos derivados de su subsistencia. Estos son la cohabitación y la *affectio maritalis*.

A. El *ius connubium*

Ulpiano dice que es la facultad de tomar esposa de acuerdo a derecho. Esto explica que para ser ejercido este derecho, debe existir una capacidad matrimonial recíproca en el hombre y la mujer; para que haya justas nupcias, se requiere la pubertad, el consentimiento y el *connubium*.

El *connubium* es la capacidad legal de las partes para que el matrimonio pueda producir efectos jurídicos.

En el antiguo Derecho Romano solo tienen esta capacidad, los ciudadanos romanos ingenuos.

Para Bonfante, los impedimentos del matrimonio pueden ser absolutos o relativos, según provengan de una prohibición general de contraer nupcias o de una prohibición particular (no pueden contraer nupcias con determinadas personas).

Dentro de los impedimentos absolutos, se pueden mencionar:

La capacidad natural: aquí están comprendidos los impúberes. Como hemos mencionado, la pubertad se estableció a los 14 años para los varones y 12 años para las mujeres.

La capacidad civil: está referida fundamentalmente a la libertad y a la ciudadanía. Gayo sostiene que el matrimonio entre ciudadanos romanos y latinos o extranjeros, para ser válidos tienen que tener,

como basamento, una constitución imperial, siempre por vía del privilegio, nunca como disposición o norma general. Hasta Justiniano no es lícito el matrimonio entre ciudadanos romanos con esclavas, pero dicho emperador lo autoriza, con la condición de manumitir a la esclava.

Ausencia de matrimonio precedente: la subsistencia de un matrimonio precedente se asimila al delito de adulterio. Esto trae aparejada la tacha de infamia.

Año de luto: se aplica la tacha de infamia, a la viuda que vuelve a unirse antes de los diez meses de luto o al año según los emperadores. El significado en la primera época es por motivos religiosos, pero en épocas de Justiniano por la turbación sanguínea (confusión por paternidad). Esta circunstancia no se aplica al hombre.

Dentro de los impedimentos relativos, podemos mencionar:

Por razón del parentesco consanguíneo, adoptivo o de afinidad: con relación al parentesco, las nupcias se encuentran prohibidas por motivos religiosos, pero ante el debilitamiento de la religión cede la autorización hasta los colaterales en 3º grado. Entre ascendientes y descendientes las nupcias están prohibidas sin límite de grado, aún subsiste en el caso que el parentesco se haya originado por adopción y cesara el vínculo. Con respecto a la afinidad, en los primeros tiempos existe la prohibición absoluta entre suegro y nuera, cuñados, madrastra e hijastro. Durante la República, éstos son lícitos, pero se condenan como un grave atentado a la moral. En el Derecho Clásico, estas nupcias vuelven al plano de la prohibición. Justiniano, prohíbe el matrimonio entre padrino y ahijada por considerarlo un parentesco espiritual.

Por motivos sociales: hasta la *lex Canuleia*, existió la prohibición de casarse entre patricios y plebeyos. Aunque todos los ciudadanos romanos podían contraer matrimonio con libertas, existía expresa prohibición para que lo hagan los senadores y sus descendientes. Esto mismo ocurre con adúlteras, prostitutas o mujeres de teatro.

Por motivos prácticos y políticos: comprenden a los matrimonios contraídos entre tutor y pupila, salvo que la pupila fuere mayor de 25 años y sus padres así lo dispongan por testamento, o el caso del gobernador de provincia que no puede casarse con mujeres de su jurisdicción mientras dura su mandato.

B. El consentimiento

En el Derecho Clásico, este elemento aparece en el Digesto:

“No puede haber matrimonio, sino media el consentimiento de todos, es decir de los contrayentes y de aquellas personas bajo cuya potestad estén”.

Por tal motivo, el *furiosi* no puede contraer matrimonio, por no poder otorgar válidamente su consentimiento.

El *paterfamilias* debe prestar consentimiento para aquellos que estén bajo su potestad. Si se niega injustificadamente a otorgarlo, el consentimiento se puede obtener mediante los cónsules o el gobernador de acuerdo a lo establecido por la *lex Iulia*.

En caso del varón, el consentimiento debe ser expresado por el *pater* y todos los ascendientes del contrayente, esto se explica porque el padre puede ser un día *pater*, y, entonces, no puede admitir sin su consentimiento nuevos miembros en su familia.

Elementos del matrimonio

A continuación, veremos aquellos elementos que hacen el mantenimiento o conservación del matrimonio: **la cohabitación** y la ***affectio maritalis***.

La cohabitación: es convivir bajo el mismo techo, compartir la misma casa. El matrimonio romano es una unión de hecho a la que el ordenamiento jurídico le otorga determinados efectos.

Modestino dice que la convivencia con mujer libre no debe presumirse concubinato, sino matrimonio, a no ser que la mujer se hubiera prostituido.

El Derecho Romano no establece formas jurídicas para la celebración del matrimonio y existe indiferencia a las formas y solemnidades jurídicas.

Otro argumento que conforma el carácter no formal de la institución, es el hecho que la iniciación del matrimonio puede acontecer aun entre ausentes, siempre que el ausente sea el hombre y no la mujer, pues el matrimonio comienza cuando la mujer es introducida en la casa del marido, debiendo seguir la convivencia entre los esposos, para que subsista el matrimonio.

La idea de consumación del matrimonio pertenece al Derecho Canónico y no al Derecho Romano.

La *affectio maritalis*: Bonfante la define “como la intención de establecer una sociedad íntima, una relación perpetua para transmitir el marido a la esposa su propio grado y la propia dignidad social, procrear, criar y educar los hijos”.

La *affectio maritalis*, es el consentimiento inicial que perdura a través del tiempo, al cesar el mismo, se extingue el matrimonio, siendo causal de divorcio.

El divorcio

Es un modo de disolución del vínculo conyugal. Comienza a practicarse en Roma en el año 204 a.C., cuando Espurio Ruda repudia a su mujer por esterilidad. Desde entonces, y, sobre todo, a fines de la República y durante el Imperio, se difunde la práctica del divorcio, teniendo los emperadores la necesidad de ponerle límites. Las limitaciones se establecen por la influencia del cristianismo. Así, Constantino, fija las causas del divorcio, siendo tres para los hombres y tres para las mujeres. Para las mujeres, el adulterio, el envenenamiento y

la tercería (facilitar la prostitución de otras mujeres). Para el hombre: el homicidio, el envenenamiento y la violación de sepulcros.

Si el marido incurre en estas conductas, pierde en favor de la mujer, la dote y las donaciones nupciales; si es la mujer, pierde la dote en favor del marido.

Justiniano establece varias clases de divorcio, estos son:

Con justa causa: siendo las causales; el adulterio de la mujer, mala vida del marido a la mujer, tentativa contra la vida del cónyuge, promover la prostitución de su esposa, y si el hombre tiene, permanentemente, en el hogar o fuera del mismo, otra mujer

Sin causa: por decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges.

En estos dos casos, la sanción que se aplica al cónyuge culpable, es la pérdida de la dote y de las donaciones nupciales.

Mutuo acuerdo: Ambos cónyuges de común acuerdo resuelven separarse. En este caso se castiga a los dos esposos con la pérdida de la dote y las donaciones nupciales en favor de sus hijos. Si no tienen hijos a favor, de la Iglesia.

Bonagratia: Son aquellos casos donde el esposo no es culpable, como por ejemplo encontramos los supuestos de impotencia, entrar a la vida monástica. En este caso no existe pena.

Ausencia

La ausencia de cualquiera de los cónyuges con incertidumbre del paradero no autoriza al otro a contraer matrimonio, sino al cabo del periodo de 5 años.

La dote

La dote pertenece al régimen económico del matrimonio y está organizada, en el Derecho Romano, según estos criterios:

En primer lugar, si la mujer ingresa a la familia del marido y es *sui iuris*, todo su patrimonio se transmite o se incorpora a la familia del marido, confundándose con el patrimonio del *paterfamiliae*.

Si la mujer no ingresa a la familia del marido y se mantiene dentro de su familia, en este caso, sus bienes propios reciben el nombre de bienes parafernales, que continúan siendo de su propiedad sometidos a la administración y goce del marido.

La dote es el conjunto de bienes que la mujer aporta al matrimonio para contribuir a sufragar las cargas del mismo.

La dote surge, en el ámbito del matrimonio, acompañado por la *manus*, y tiene el objeto de compensar la pérdida de los derechos hereditarios que sufre la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna, después pasa a tener el carácter de aporte destinado a sufragar los gastos del hogar.

Los bienes dotales, se consideran propiedad del marido, pero la adquisición definitiva por parte de éste no pareció siempre justificada y mucho menos cuando el divorcio se puso al orden del día. Por ello, entra en práctica la costumbre de que el marido promete al constituyente de la dote, mediante la convención *estipulatoria* - llamada la *actio ex stipulatu* - la restitución de la dote para el caso de disolverse el matrimonio.

A fines de la República, por obra de la interpretación jurisprudencial, se introdujo la *actio rei uxoriae*, donde la mujer al producirse el divorcio, puede exigir, judicialmente, la restitución, cimentándose el régimen clásico de la dote, concebida como un aporte al sostenimiento del peso económico del matrimonio, teniendo el marido el usufructo de los bienes dotales.

En los primeros tiempos y hasta la época clásica, la constitución de la dote es un deber social, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. Recién en la época de Justiniano, la dote adquiere la calidad de deber jurídico, siendo la obligación del padre y en caso excepcional de la madre.

Se constituye, la dote, por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran o por la obligación contraída mediante negocio jurídico de integrarlos.

La constitución real se llama **dotis datio**, y se cumple a través de los oportunos y acostumbrados modos de transmisión (*mancipatio*, *iu iure cessio*, *traditio*, cesión de créditos) es decir por cualquier acto que implique un traspaso efectivo y no una promesa de dar. Puede ser constituyente cualquier persona.

La constitución personal, tiene lugar de dos formas: **dictio dotis** y **promissio dotis**.

La *dictio dotis* es la típica y se sustancia en una declaración solemne del constituyente. Es un contrato verbal regido por el derecho civil, mediante el cual el *paterfamilias* de la mujer o esta, si es *sui iuris*, constituye la dote. La *promissio dotis*, es una promesa de dote constituida por la *stipulatio*. La dote jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido o al que ejerce sobre él, si es *filius*, la patria potestad. La dote como capital, debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyo los frutos.

La *Lex Iulia*, año 18 a.C., prohíbe al marido enajenar un fundo itálico dado en dote, sin el consentimiento de la mujer o gravarlo con prenda.

Justiniano prohíbe la enajenación de los bienes dotales, incluso si media autorización de la mujer.

Las cosas entregadas en dote son objeto de valorización en el momento de constituirse la misma. Con esto se busca fijar de antemano la responsabilidad del marido, quien va a responder con el equivalente en dinero si no puede restituir los objetos.

Al disolverse el matrimonio la suerte de la dote varía: Si la disolución es por muerte del marido, los bienes vuelven a la mujer. Si la disolución es por muerte de la mujer, si la constituyó el pater de la mujer, la conserva el marido si hay hijos, si no los hay se los debe restituir al Pater o herederos de la mujer. Si se produce la disolución por

divorcio: si es por causal del marido los bienes los pierde a favor de la mujer, y si la culpable es la mujer, pierde los bienes a favor del marido.

Los bienes parafernales

Los bienes parafernales son aquellos bienes propios de la mujer, no constituidos en dote, es decir los bienes privativos de ella. Su existencia se debe a que las mujeres *sui iuris*, casadas en matrimonio *sine manu*, conservan la propiedad de sus bienes, al igual que las mujeres *alieni iuris* conservan el peculio. De modo que surgen, al margen de la dote, un conjunto de bienes propios de la mujer. Es posible que esos bienes fueran entregados al marido para su administración usándolos como ella quisiese y aplicándolos a las necesidades familiares, con obligación de restituirlos una vez disuelto el vínculo.

En el Derecho Romano post-clásico los emperadores afianzan el principio de que el marido no debe interferir en la administración de estos bienes, salvo que contase con una autorización expresa de la mujer a tal efecto. Luego, Justiniano dispuso que la administración de los bienes parafernales corresponda al marido pero como representante de la mujer y no en calidad de marido. A su vez, según la concepción de este emperador, los bienes aquí tratados debían contribuir al sostenimiento económico de la familia, modificando la concepción de las relaciones económicas conyugales, poniendo en pie de igualdad a ambas partes, en lo que se refiere al mantenimiento de la sociedad doméstica, sobre todo en el caso en que los bienes del marido no sean suficientes para mantener las cargas familiares. Dispuso en la Novela 97, capítulo 5 que la mujer es propietaria de los bienes y el marido debe destinar las rentas de ellos al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero debe utilizar los capitales para lo que la mujer desee, estimándose constituida una hipoteca general sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de estos.

Las donaciones nupciales

Durante la época clásica las donaciones nupciales no son de gran significación, pues son simplemente donaciones de poca importancia y valor económico, que el futuro esposo le hace a su prometida; sencillamente, muestras de afecto. Ya en los siglos III y IV estas donaciones son de gran valor, y normalmente la mujer las constituye como dote de modo tal de asegurarse la restitución de la misma donación junto con la dote. Ahora bien, en la época post-clásica cambia el panorama, Teodosio II considera éstas donaciones destinadas a los hijos, al disponer que si muerto el marido la mujer contrae nuevas nupcias, ella queda como usufructuaria del o los bienes objeto de la donación, siendo propietarios de ellos los hijos habidos del primer matrimonio. En caso de que la mujer premuriese al marido, la donación nupcial vuelve a manos del marido. Así las donaciones *propter nuptias* terminan, al igual que la dote, destinándose al sostenimiento de las cargas matrimoniales, y en última instancia a los hijos.

De este modo la *donatio propter nuptias* acaba por constituir paralelamente a la dote una especie de patrimonio reservado para las necesidades de la familia, garantizando ambas, la prosperidad económica de la misma.

Concepto. Evolución

El ordenamiento jurídico romano limita la capacidad de obrar a todos aquellos ciudadanos *sui iuris* que se encuentran, entre otras, en las condiciones siguientes:

- a) **Impúberes**, es decir, aquellos que no han alcanzado la edad en que se es capaz de engendrar (pubertad);
- b) **Las mujeres**
- c) aquellos que, **afectados de enfermedades mentales y retrasos cognitivos**, no pueden entender o razonar (*furiosi y mentecapti*);
- d) **los pródigos**, es decir, los que despilfarran el patrimonio familiar;
- e) en la última época se añaden también a **aquellos que no han alcanzado los veinticinco años de edad**.

Tales personas, en cuanto *sui iuris*, tienen la capacidad jurídica y, por tanto, la titularidad de relaciones jurídicas; pero no tienen la capacidad de obrar, es decir, la facultad de realizar actos voluntarios a los que el ordenamiento jurídico reconozca el poder constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

En el Derecho Romano antiguo, hay dos instituciones que cumplen tal función, la **Tutela** y la **Curatela**, institutos originariamente distintos entre sí, pero que tienden, en la última época, a fundirse.

La tutela, que se ejerce sólo sobre los impúberes y las mujeres, es denominada con términos usados para designar el poder del *paterfamilias* (*potestas, manus, ius*); bajo algunos aspectos, se presenta todavía en el Derecho Clásico más bien como un poder y un derecho, pertenecientes al tutor sobre las personas de los pupilos (es decir los sometidos a la tutela), que como una función de protección de las mujeres y de los impúberes. Esto ha permitido a Bonfante proponer la hipótesis, expuesta también por otros, de que el instituto estaba íntimamente ligado con la herencia.

Más tarde, cuando a la muerte del *paterfamilias*, el grupo se deshacía y cada uno de los filiifamilias pasaba a ser *sui iuris*, las mujeres y los impúberes se habrían encontrado en una situación particular, en cuanto que, aun siendo *sui iuris* no les era reconocida la capacidad de obrar. El *heres*, es decir, el sucesor del *paterfamilias* difunto, habría tenido desde el principio la función protectora de las mujeres y de los impúberes (quizás sometidos aún de forma limitada a su *potestas*) y el control de su patrimonio.

La Ley de las XII Tablas concede, por primera vez, al *paterfamilias* la facultad de designar en el testamento una persona distinta del heredero como tutor, y, consiguientemente el deber de la tutela asume una función diferente, no estando ya absorbido en la hereditas.

La curatela, creada, según parece, en la época de la Ley de las XII Tablas para los dementes y los pródigos, comprende varios institutos, incluyendo la protección de las cosas, como en la herencia yacente, y tiene el fin eminentemente patrimonial de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto jurídico, al cual le ha sido quitada o limitada la capacidad de obrar, a diferencia de la tutela que se ejerce sobre personas que no han tenido esa capacidad.

Tutela de los impúberes

Todo impúber, de uno u otro sexo, que tenga la calidad de *sui iuris*, por haber nacido fuera de matrimonio o por haber salido de la potestad paterna o debido a cualquiera de las causas reconocidas por la ley, debe estar sometido a tutela.

La tutela testamentaria

Es la ordenada en el testamento por el *paterfamilias* respecto de los hijos que están bajo su patria potestad, que se convierten, luego de su muerte en *sui iuris*.

La tutela legítima

Es la deferida, a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el llamamiento que rige en materia de sucesión *ab intestato*.

La Ley de las XII Tablas confiere la tutela al más próximo pariente en línea masculina, y, en su defecto, a los gentiles - es decir los pertenecientes a la misma gens del difundo-. En la época clásica, desaparecen los gentiles quedando solamente los agnados próximos, Justiniano encomienda la tutela a los cognados, de conformidad al orden sucesorio de las Novelas 117 y 118.

La tutela dativa

Es introducida por la *Lex Atilia*, en el 180 a.C., que luego se extiende a las provincias por las leyes *Iulia*, para atender los casos en que le faltase, al impúber, el tutor testamentario y el legítimo. En ese caso,

la designación es efectuada por el Pretor Urbano con la asistencia del Tribuno de la Plebe o el Gobernador de Provincia.

Con Justiniano son competentes para designar tutor el Pretor, en la Capital, y en la provincia, los magistrados locales y también los Obispos, si no eran muchos los bienes del pupilo.

Incapacidad para ser tutor

En sus comienzos son incapaces para ejercer la tutela los *filiusfamilia* y las mujeres. Luego se admite que sea ejercida por los *filiusfamilias*.

En el Derecho Posclásico se acepta a la madre y la abuela como tutores de un descendiente, siempre que se asuma el compromiso de no contraer nuevas nupcias.

Excusas

Al tutor testamentario, se le permite librarse definitivamente de la tutela, mediante declaración solemne, pronunciada ante testigos, llamado *abdicatio tutelae*.

El tutor legítimo podía transferir a un extraño la tutela, en la forma de la *in iure cesio*, pero, en principio, es una carga legal por ser pariente.

El tutor dativo solo se puede eximir aduciendo razones graves que le impidan ejercer el cargo - *excusatio* - o indicando a otra persona más idónea.

Entre las numerosas excusaciones que encontramos figura el ejercicio de cargos públicos, razones personales como ser mayor de 70 años, pobreza extrema o ignorancia.

Funciones y facultades del tutor

Estas se resumen en las llamadas *auctoritas interpositio*, que es el acto por el cual el tutor completa la persona del pupilo aprobando expresamente aquello que hace el impúber, que cuente con más de 7 años, ya que, hasta esa edad, donde es un *infanti minor*, obra el tutor, a través de la *negotiorum gestio*, sin consultar al menor, por su propia cuenta, debiéndole rendir cuentas al final de la tutela.

Los actos realizados por el pupilo *infanti maior* sin la asistencia del tutor, son válidos en la parte que le importan ganancias y nulos en los desfavorables; a partir de Antonio Pío el pupilo que actuaba sin las *auctoritas* se hace responsable en los límites del enriquecimiento.

El tutor tiene la obligación de proveer los recursos para educación, instrucción y manutención del pupilo, lo que generalmente se ocupaban otros familiares. El tutor es considerado como *dominus* del patrimonio pupilar, y puede realizar toda suerte de negocios de disposición, enajenar y pignorar los bienes, manejar el capital y recibir pagos. Sin embargo, tiene varias restricciones: no puede hacer donaciones con los bienes de su pupilo, salvo que se trate de regalos de costumbre, proporcionales al patrimonio del menor, no puede constituir dote, ni siquiera a favor de su hermana; ni vender predios rústicos del pupilo, extendiéndose, a prohibición, con Constantino, a los fundos urbanos.

Debe realizar, previamente, un inventario del patrimonio pupilar, sino incurrirá en dolo y es responsable del daño eventual, pues en base a ese inventario, debe hacer a rendición de cuentas, una vez finalizada la tutela.

Responsabilidad del tutor

Esta fue variando según la época. Encontramos que en la Ley de las XII Tablas, confiere dos remedios, ante los abusos del tutor:

I.-**La *accusatio suspecti tutoris***: cualquier persona (incluidos los parientes del pupilo, o el mismo pupilo, si llegara a tener capacidad de obrar) puede ejercitar esta acción, de naturaleza pública y de carácter infamante. Se dirige contra el tutor testamentario que obra dolosamente, y lleva la nota de infamia. En la época Imperial se llega a la remoción del cargo y el nombramiento de un nuevo tutor por el magistrado.

II.- **La *actio rationibus distrahendis*** es una acción de carácter penal y tiende a proteger al pupilo, que la ejerce, por sí mismo, cuando finaliza la tutela, contra la sustracción dolosa realizada por el tutor legítimo. La pena es el pago del doble del valor de la cosa sustraída. En la época de Justiniano se puede dirigir contra cualquier tipo de tutor.

En la época de la República surge la ***actio tutelae***, que le permite al pupilo pedir la rendición de cuentas al tutor al finalizar la tutela, acción general de carácter infamante, que es ejercida por el pupilo al finalizar la tutela, alcanzando no solo a los actos dolosos, sino también, a los culposos. También se le otorga al tutor la ***actio tutelae contraria***, contra el pupilo, si se le deben gastos por su gestión.

Tutela de las mujeres

En la época clásica las mujeres *sui iuris* están sometidas a la común tutela impúber o a la especial **tutela *mulierum***, si han alcanzado la pubertad. Se encuentran exceptuadas las *vestales* por encontrarse consagradas a los Dioses, y las ingenuas y libertas que tenían tres o más hijos, las primeras, y al menos cuatro las segundas, gozando del *ius liberorum*, conferido por la *lex iulia*, de la época del emperador Augusto; las mujeres sometidas a esta tutela tienen cierta libertad y pueden cumplir los negocios por sí misma.

Al principio la tutela podía ser testamentaria o legítima, la primera, conferida por quien ejerce la patria potestad o la manus, a través de un testamento. La tutela legítima tiene lugar a la falta de testamen-

to y compete a los agnados y gentiles. La tutela dativa se introduce más tarde, y solo es conferida por el magistrado a instancia de la mujer y bajo la exigencia que el tutor propuesto se halle presente.

La función del tutor es dar la *auctoritas* para ciertos actos celebrados por la mujer (enajenación *res Mancipi*, *in iure cessio*, testamento), la administración es realizada por la mujer, no tiene el tutor la obligación de dar cuenta de sus actos.

Se necesita la *auctoritas* para enajenar la *res Mancipi*, aceptar herencia, contraer una obligación.

Para el Derecho Romano la mujer púber y *sui iuris* tiene una incapacidad relativa de obrar, es decir que podía realizar aquellos actos que no le acarrearán una disminución de su patrimonio.

La *tutela mulierum* fue perdiendo vigencia, al perder importancia la agnación como vínculo civil y la *manus* como potestad absoluta del marido, y tener vigencia el parentesco natural (cognación) en materia de sucesión y tutela.

En la época de Augusto, con la *Lex Iulia y Popia Poppea* se le exime de la tutela a la mujer que gozará del *Ius Liberatorum*, por tener la ingenua tres hijos, o la liberta cuatro.

En la época de Justiniano ya no se hace mención alguna a la tutela de las mujeres.

La curatela

Las formas más antiguas son la **curatela del furioso** y la **curatela del pródigo**. La Ley de las XII Tablas encomienda la curatela del *furiosus*, que es el que tiene arrebatos de locura, no pudiendo dominar sus emociones, siempre que carezca de pater o tutor, a los agnados y a los gentiles.

A falta de curador legal, en la época clásica, éste es designado por el magistrado. No existe el curador testamentario, pero el pater puede designarlo por testamento y debe ser aceptado por el pretor.

El curador cuida de la persona del *furiosi* y administra su patrimonio, salvo en los intervalos lúcidos donde recupera su capacidad. La función del curador es la de gestor y no la de *auctoritas*, como en la tutela de mujeres o de infantes mayores.

Régimen semejante a éste, es el del *cura prodigi*, que recae sobre los pródigos, a quienes se declaran incapacitados, a través de una interdicción, para disponer libremente de su patrimonio, porque son aquellos que dilapidan sus bienes. Esta curatela es encomendada a los agnados y gentiles, o a persona designada por el magistrado.

La lista de casos contemplados dentro de la curatela, no es taxativa, ya que comprende cualquier situación, donde el que ha alcanzado la pubertad, no puede, por alguna razón de hecho, administrar y disponer de su patrimonio, como el caso de los débiles mentales, o de los que padezcan una enfermedad muy grave e incurable. Incluso, se les nombra un curador, a las personas por nacer, llamado curador *ventris nomine*, que no tenga *pater*, para administrar sus bienes, cesando cuando nace, donde le es nombrado un tutor.

La *cura minorum*, surge en el Siglo II a.C. aproximadamente, por la inexperiencia de los jóvenes que alcanzan la plena capacidad a la pubertad, pero por su inmadurez son fácilmente engañables. La primera protección la establece la *Lex Plaetoria*, para protegerlos de los engaños en los negocios, tachando de infame al adulto que se aprovechó del menor de 25 años, pero sin anular el acto. A esta protección se le suma la del Derecho Honorario, donde el Pretor concede la *Exceptio Legis Plaetoria*, para el caso que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio. Luego se les concede la *in integrum restitutio*, para que el menor pueda pedir la revocación del acto, pero esto le genera la imposibilidad de que quisieran contratar con ellos, dada la poca seguridad de la validez del negocio en el tiempo.

Por este motivo, se permite que los menores, entre 14 y 25 años, soliciten un curador de modo voluntario para un negocio particular, a efectos de que, con su asistencia, el acto sea plenamente válido. A

partir de Marco Aurelio, se instaura la figura del curador estable, que sustituye el designado para cada negocio.

En la época posclásica se tiende a la valoración de la función del curador y se le da carácter de permanencia. Con Justiniano se transforma en un administrador estable, con función semejante a la *auctoritas* dada por el tutor.

El Derecho Sucesorio: Su Primera Regulación

La Sucesión

Concepto: Sucesión universal *mortis causa*. La herencia, origen, interés social y particular.

Suceder significa ocupar el lugar que anteriormente tenía una persona. Estuvo siempre ligada, en Roma, a la familia.

Muerto el *pater*, la familia se desintegra en tantas unidades familiares como herederos *sui iuris* o agnados haya en el momento de su muerte. La costumbre primitiva era que los bienes se mantuvieran en forma indivisa, formando una comunidad; uno de los herederos administraba el patrimonio, manteniéndose la religión familiar de la *sacra privata*.

Esta comunidad hereditaria arrastraba problemas muy particulares. Así, con el crecimiento de la familia, el patrimonio común se va tornando insatisfecho, para atender las necesidades de todos sus miembros.

Ya en la época de los XII tablas se permite a cada uno de los herederos, la posibilidad de ejercer la acción de partición de la herencia; de tal modo que queda dividida en tantas partes como herederos. Se

hace la división de los bienes entre todos los herederos, cuando éstos son más o menos numerosos, fraccionado el patrimonio, se hace difícil que la pequeña economía agrícola pudiera realizar sus finalidades propias, ya que la división de los bienes (piensen en un campito familiar) tornaba la explotación insuficiente para una familia.

Se sigue, entonces, en la práctica, el camino de hacer prevalecer a uno de los hijos que queda como único heredero. La solución podía consistir en excluir al resto de los hijos e hijas; ya sea, emancipándolos, o dándolos en adopción a otra familia, y si fueran hijas, dando éstas en matrimonio *cum manu* y dotándolas. Sin embargo, la ley de las XII Tablas, establece, legalmente, cómo debe procederse al reparto de los bienes, una vez muerto el *pater*, lo que origina la sucesión *mortis causa*.

La sucesión *mortis causa*, determina el destino de los bienes a la muerte del *pater*, lo que es muy importante, tanto a nivel familiar como social. A nivel familiar, importa la continuidad del culto familiar, y la formación de familias *propio iuris*, encabezadas por los descendientes varones, que pasan a ser *sui iuris* a la muerte del *pater*, que, si deja deudas, evita la tacha de infamia, al dejar a sus herederos como nuevos obligados. A nivel social, la existencia de herederos, permite, a los acreedores, tener mayor seguridad para el cobro de sus créditos, que ahora deben ser pagados por los herederos.

La sucesión, puede ser testamentaria, si el *pater*, voluntariamente, expresa lo que desea para luego de su muerte, en un testamento válido, lo que permite que pueda haber herederos universales, y legatarios de bienes específicos; o, a falta de testamento o si éste es nulo, se abre la sucesión legal o *ab intestato*, donde es la ley, la que determina quién es el heredero (en este caso no hay legatarios).

Sucesión testamentaria. La libertad de testar y la forma en el antiguo Derecho. La capacidad para testar y para ser instituido heredero

El testamento es un negocio jurídico solemne y de última voluntad, por el cual se instituyen uno o varios herederos.

Ulpiano dice: “El testamento es la justa declaración de nuestra intención, hecha de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte”.

Podemos decir que los caracteres del testamento son:

a) Un **negocio *mortis causa***, es decir, de última voluntad para que valga después de nuestra muerte;

b) Es **solemne**.

c) Es **revocable**, ya que el testador puede variar su contenido hasta el último momento de su vida. La regla es, que un testamento válido posterior, revoca a otro anterior.

Libertad de testar

Según las viejas reglas del *Ius Civile*, el testador tiene la más amplia libertad en la confección de su testamento. Puede instituir heredero a quien quiera.

Esta libertad tan amplia comienza a ser limitada, precisamente en orden de proteger a los hijos del causante.

Formas de testar en el antiguo Derecho

Testamentum in calatis comitiis: Consiste en la posibilidad que tiene un ciudadano romano de hacer testamento ante los comicios curia-

dos presididos por un *pontifex*. Éstos se reunían el 24 de marzo y el 24 de mayo de cada año.

Testamentum in procinctu: Se hace ante el *populus* armado para ir al combate; tiene el mismo valor que el *calatis comitiis*, puesto que el ejército, compuesto por los ciudadanos romanos, da valor jurídico a lo declarado por el testador.

Testamentum per aes et libram: En la época antigua surge la necesidad de poder hacer testamento fuera de los días señalados o cuando se iba a la guerra. Según nos dice Gayo, aquel que no ha hecho testamento en los comicios calados ni ante el *populus* armado para ir al combate y se halla amenazado de muerte súbita, celebra una *mancipatio* de todo su patrimonio con una persona de su confianza (*familiae emptor*), encomendándole, que luego de su muerte, siguiendo las instrucciones que le imparte, proceda al reparto de los bienes. Es llamado así porque se utiliza una *mancipatio*, es decir, un acto donde intervienen el cobre y la balanza.

Testamento Pretoriano

El testamento *per aes et libram* fue la forma normal de testar conforme al *ius civile* durante todo el periodo clásico, de tal modo que las formas de la *mancipatio* se tornaban obligatorias.

En su edicto, el Pretor, ofrece la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien aparezca como heredero en un testamento cuyas tablas tengan los sellos de siete testigos, y que sean abiertas ante él. Con ello, hace una simplificación de las formas del testamento civil, ya que ese número de siete resulta de los necesarios al acto de la *mancipatio* (Los cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*, ahora reducido al nivel, figurado, de testigo).

El testamento en la época posclásica

Theodosio II y Valentiniano III, establecen, en esta época, como debe hacerse un testamento. El testador debe presentar las tablas del testamento (abiertas, haciendo conocer su contenido, o cerradas con un hilo o una cinta, diciendo que allí consta su testamento). Se hace ante siete testigos romanos púberes, éstos debían sellar las tablas, y, además, firmarlas.

El testador debe firmar en todas las tablas. Todo ello debe suceder en un mismo y único acto.

Este testamento sería reconocido por Justiniano como testamento *tripertitum*, ya que debía reunir tres requisitos:

- a) **Del *Ius Civile*** “La unidad del acto” en el cual el testador presenta el testamento a los testigos.
- b) **Del *Ius Pretoriano***: “El número de los siete testigos y sus sellos”
- c) **Del *Ius Imperial***: “La nueva costumbre de la firma de los testigos y del propio testador”.

Capacidad para testar y para ser instituido heredero en un testamento

La expresión *testamenti factio* sirve para designar, la capacidad para otorgar testamento, la de ser instituido heredero, legatario, tutor, a través del testamento, y la de poder actuar como testigo, en el otorgamiento de un testamento.

Los autores posclásicos hablan de *testamenti factio activa* cuando se refieren a la capacidad del testador, y de *testamenti factio passiva* respecto a la capacidad para recibir por testamento.

Como principio general, para poder hacer testamento se requiere ser libre, ciudadano romano y *sui iuris*.

En cuanto a las mujeres ingenuas, que tuvieran 12 años podían testar. Como lo indica Gayo, las mujeres están en mejor situación que el varón menor de 14 años.

La *testamenti factio passiva* es la idoneidad para ser beneficiario del testamento, es decir para ser heredero, legatario o tutor en un testamento. No la tienen:

- a) Los extranjeros.
- b) Las mujeres, a las cuales, por la Ley Voconia, se les prohíbe ser instituidas herederas por quienes figuran en el censo, con más de 100.000 ases de fortuna.
- c) Los hijos de los traidores, y, luego, en la época cristiana los apóstatas, los herejes y los judíos.

Legados y fideicomisos. Concepto. Clases

El legado es una disposición de última voluntad que el testador realiza, respecto a cosas determinadas, en favor de un tercero, que se denomina legatario.

En todo legado, intervienen tres personas:

- a) El causante que lo ha ordenado en un testamento.
- b) El heredero, que debe respetarlos.
- c) El legatario, que es el beneficiario del legado.

El legatario no está en la situación de heredero, por ello no es un adquirente *per universitatem*, sino solo a título particular. De ahí que su validez depende de la existencia de un heredero testamentario. Si no hay testamento, no puede haber legados: Si el testamento es inválido, los legados también lo son, y si el heredero no acepta la herencia, los legados contenidos en el testamento, caen.

Clases de Legados

Originariamente existen dos formas de legados:

a) **El legado *per vindicationem***: es llamado así, porque se trata de la transmisión *mortis causa* de la propiedad quiritaria de una cosa al legatario. Así: “Doy y lego a Ticio, mi esclavo Sticho”. El legatario adquiere directamente la cosa legada, sin intervención del heredero, pudiendo en caso de no serle entregada, reclamarla como suya, por la *Reivindicatio*, ya sea del heredero o de cualquier tercero que la posea.

b) **El legado *per damnationem***: tiene eficacia obligacional, imponiendo al heredero una deuda en favor del legatario. La fórmula empleada es: “Que mi heredero sea constreñido a dar (a Ticio) mi esclavo Sticho”. De este modo se crea una obligación para el heredero, consistente en realizar una determinada prestación en favor del legatario. A diferencia del anterior, el legatario no es directamente titular de la cosa legada, al contrario, la tiene que reclamar al heredero, contando para ello con la *actio ex testamento*.

Fideicomiso

Es un negocio que nace, basado solamente en la confianza depositada en una de las partes.

Si una persona quiere dejar algo a otro, por ejemplo, a un amigo extranjero, que no tiene la *testamenti factio passiva*, recurre a este procedimiento: encomienda a alguien, que obra como heredero fiduciario, para que luego de su muerte le de la herencia, o una parte de ella, a dicho extranjero, que es el beneficiario o fideicomisario.

Sucesión *ab intestato* según la Ley de las XII Tablas

La Ley de las XII tablas establece: “Si se muere intestado no conociéndose heredero suyo (*suus heres*), que el agnado próximo tenga la familia (la familia está usada en el sentido de patrimonio). Si no se conoce agnado, que la familia la tengan los gentiles. El orden es el siguiente:

Todos los descendientes que están *in potestate* del *pater* en el momento de su deceso, sin distinguir entre varones y mujeres, ni entre naturales y adoptados, o lo hubieran estado, de haber vivido el *pater* (hijos póstumos).

De no haber *sui heredes*, la herencia va al agnado o agnados que se hallan en grado más próximo. Los agnados son aquellos unidos por un parentesco legal, es decir, el vínculo legítimo, por vía masculina, en el siguiente orden: los hermanos o hermanas del *de cuius*, el tío paterno, el sobrino o sobrina, no casada *cum manu*, y, luego los primos.

A falta de *sui heredes* y de agnados, la herencia va a los gentiles.

Siendo la *gens* una unión agnaticia de familias, parece incongruente la expresión “si no se conociera agnados”, puesto que existente la *gens* debía haber agnados. La agnación es considerada *in finitum*. La regla tiene sentido, cuando el agnado próximo rechaza la herencia. Dado este caso, le corresponde la herencia a la *gens*, siendo administrada por uno de sus integrantes.

Este llamamiento a la *gens* desaparece, junto con la vigencia de la *gens*, a fines de la República.

La Sucesión en el Derecho Pretoriano y Justiniano

Las distintas clases de herederos

Para considerar la aceptación o el repudio de la herencia, Gayo distingue entre los herederos “necesarios” y los “extraños”. Esta diferenciación se basa en que, los primeros, adquieren la herencia en forma automática cuando fallece el *de cuius*. En cambio, los segundos, los extraños, también llamados voluntarios, son libres de aceptar o no la herencia. Para aceptarla, deben expresar su voluntad de ser herederos.

A su vez, los herederos necesarios pueden ser: necesarios o suyos y necesarios.

Heredero necesario: el testador, cuando tenía dudas acerca de la solvencia de su patrimonio, solía instituir heredero a su esclavo propio, al cual le otorga, al mismo tiempo, la libertad en el testamento.

Si luego de su muerte, no se podía pagar las deudas y los acreedores iniciaban su cobro por la *bonorum venditio*, la nota de infamia que acompañaba este procedimiento, no recaería sobre su memoria, sino sobre el esclavo manumitido.

Es llamado “heredero necesario”, porque, inmediatamente después de la muerte del testador, aun contra su propia voluntad, es libre y heredero.

Herederos suyos y necesarios: son los hijos e hijas (sanguíneos o adoptivos), lo mismo que la *uxor in manu*, que se ubica a los efectos sucesorios, en lugar de hija (*loco filiae*) si es la esposa del *pater*, o de nieta, si es su nuera. Los nietos son herederos suyos y necesarios si los hijos del *pater* han muerto. Estos herederos son los que están sometidos, a la *potestas* directa del *pater* en el momento de su muerte, o sea, se convierten, tras su deceso, en *sui iuris*. También comprende a los que estarían en *patria potestas*, de haber vivido el *pater* al momento de nacer (hijos póstumos). Son herederos, lo quieran o no.

Herederos extraños: Estos no están sometidos a la potestad directa del causante. También se los llama voluntarios, porque no adquieren la herencia automáticamente (*ipso iure*), sino que, de algún modo, tienen que expresar su voluntad, de aceptar ser herederos. Pueden ser parientes, como en el caso de los hermanos, o no.

La aceptación de la herencia es denominada “Adición de la herencia”.

Herencia yacente

Puede mediar un plazo, entre la delación de la herencia y su aceptación. Tratándose de un *suus heres* si ha sido instituido bajo condición, hasta que ésta se cumpliera; o, tratándose de un heredero póstumo, hasta que se produzca su nacimiento, también transcurre cierto tiempo, donde los bienes hereditarios carecen de dueño. En los herederos extraños, se les da un plazo para deliberar, si van a aceptar o no la herencia, pues ellos tienen esa facultad. Al principio, el plazo duraba toda la vida del heredero, pero el pretor, a pedido de parte interesada, lo fija en cien días. Justiniano lo establece en nueve meses, si la solicitud se hace ante magistrado, y en un año si se lo pide al Emperador.

Si vence el plazo sin pronunciarse, se considera que la herencia se ha rechazado.

Durante estos lapsos, la herencia no tiene dueño. Según nos dice Gayo, desde los primeros tiempos se consideró que las herencias mismas podían ser usucapidas mediante la posesión de los bienes hereditarios que no tienen dueño.

De este modo, si alguien, aun de mala fe, posee los bienes hereditarios durante el plazo de un año, adquiere la herencia. Lo fundaron en dos motivos: primero, para que fuese continuado el culto doméstico, y, segundo, para que los acreedores tengan a alguien a quien dirigirse para recobrar sus créditos.

El plazo de la *usucapio pro herede* es de un año, observando lo que decía la ley de las XII Tablas, que imponía dos años para los inmuebles y de un año “para las otras cosas”. Dado que las *hereditas* no es un inmueble (a pesar de que dentro de ellas pueda haber fundos), se interpretó que entraba entre las otras cosas.

Para evitar que el heredero, en el tiempo en que está deliberando, o se está cumpliendo la condición, se vea privado de sus bienes, se crea la institución de la herencia yacente, para que estos bienes, estén bajo la custodia de un curador, pues son considerados una persona jurídica.

La *bonorum possessio*. Concepto. Clases y efectos

La *hereditas* es una institución del *Ius Civile*. El pretor no puede hacer a nadie heredero; pero lo que hace es conceder a determinadas personas la “posesión de la herencia”, ante injusticias que pudiera provocar la aplicación estricta de las normas del Derecho Civil.

Casos de *bonorum possessio*

El Pretor puede otorgar la *bonorum possessio* a un *heres* que necesite entrar en la posesión de la herencia. Con ello confirma al *Ius Civile*, “ayudando” a la persona señalada por el Derecho Civil, quien aparte de las acciones y defensas del *Ius Civile* contará con los medios pretorianos.

Puede conceder la *Bonorum Possessio* a alguien que no es heredero civil. Así, si no existe ningún heredero civil, está supliendo una laguna del *ius civile*. De hecho, esta situación será en este caso, definitiva, para el *bonorum possesor*, siempre que no aparezca un heredero del Derecho Civil.

Si para solucionar una situación que le parece inequitativa concede la *bonorum possessio* a alguien que no es heredero civil, entonces el pretor actúa corrigiendo al *Ius Civile*.

Clases de *bonorum possessio*

Edictalis: Esta ocurre cuando el Pretor contempla, directamente, en su edicto, los casos en que la concederá.

Decretalis: Cuando, sin estar considerada en el edicto, el Pretor la concede a quien la pida, luego de haber examinado su petición por medio de un *decretum*.

A su vez, por las causas de atribución a los peticionantes, se habla de:

Bonorum possessio secundum tabulas, es decir, la que se concede al heredero instituido en las tablas de un testamento, que no sea válido según las normas del *ius civile*, pero sí para el Derecho Pretoriano.

Bonorum possessio contra tabulas, es decir en contra de lo que dicen las tablas del testamento. Así, por ejemplo, para el caso de una *filia*, preterida, por el *pater* en el testamento.

Bonorum possessio ab intestato, (sine tabulas), El pretor otorga, en el edicto, la *bonorum possessio* en la herencia intestada, a veces confirmando lo que dice el Ius Civile, y, en otras, produciendo correcciones, como cuando le da la herencia a un cognado.

En todos los casos, la concesión de la *bonorum possessio* no es automática, sino que hay que peticionarla al magistrado.

Órdenes de *bonorum possessores*

Hay cuatro órdenes de *bonorum possessores*, que llegan a constituir un nuevo sistema sucesorio, excluyendo los mencionados en primer término, a los subsiguientes, y son:

1. ***Bonorum possessio unde liberi***: los primeros llamados a tomar posesión son los hijos, sin exclusión de los emancipados y sus descendientes.

2. ***Bonorum possessio unde legitimi***: Aquí se incluyen a los agnados, confirmando al Derecho Civil.

3. ***Bonorum possessio unde cognati***: Si faltan los descendientes directos (*sui heredes*) o sea los que pasan a ser “*sui iuris*” con la muerte del causante y tampoco hay otros agnados, no se llama a los gentiles (resto de agnados de grado distante) como dispone la ley de las XII Tablas, sino que se les abre la posibilidad a los cognados, excluyendo, como sucede en todos los casos, el más próximo al más remoto. Si hay más de uno del mismo grado, se reparten los bienes en proporciones igualitarias.

4. ***Bonorum possessio unde vir et uxor***: En este caso, y a falta de los órdenes anteriores, la posesión de la herencia le es concedida a la esposa casada “*sine manu*”, que según el Derecho Civil no hereda.

Quienes obtienen la “*bonorum possessio*”, sin ser herederos de Derecho Civil, gozan de las siguientes protecciones:

Se les otorga el interdicto “*quorum bonorum*” que los pone en posesión de los bienes de la herencia y actúa contra quienes poseen o detentaban hasta entonces, dichos bienes. Si ellos no obedecen, pueden intentar, por el procedimiento formulario, demostrar un mejor derecho, que, si prospera, prevalece sobre el “*bonorum possessor*”.

Por una ficción, son considerados herederos civiles si deben usar la “*reivindicatio*”, en caso de perder la propiedad de los bienes, o para actuar contra los deudores del causante, y también debían responder frente a sus acreedores.

Limitaciones al derecho de testar. De la libertad de testar al sistema de la Legítima.

Según las viejas reglas del *Ius Civile*, el testador tiene la más amplia libertad en la confección de su testamento.

Cuando el *pater* hace su testamento, dentro de la libertad que goza, puede instituir herederos a sus *sui heredes* o desheredarlos. De lo que debe cuidarse, desde el Derecho Pretoriano, es de no silenciarlos. Si ocurre esto último, se dice que los ha “preterido”, lo que se considera contrario al deber paternal o, tal vez, un olvido involuntario.

Si se trata de un hijo *in potestate*, debe ser instituido heredero o desheredarlo “nominativamente”, o sea, que hay que designarlo con su propio nombre. En cambio, si se silencia, el testamento es nulo, debiéndose abrir la herencia “ab Intestato”. Si se trata de los demás *sui heredes* (hijas, nietos, nietas o la *uxor in manu*), pueden ser desheredados mediante una cláusula general colectiva: “Que todos los otros sean desheredados”. Si en lugar de desheredarlos se los calla, el testamento es válido y las personas preteridas concurren con los herederos instituidos del siguiente modo: Si el testador tiene dos hijos A y B instituidos herederos, y una hija C que pretirió, ésta recibe 1/3 de la herencia, al igual que cada uno de los hermanos; o sea, si concurre con los hermanos, recibe su parte, como si el causante la hubiese

nombrado heredera. Pero, si el heredero designado en el testamento, es un extraño, la hija recibe la mitad de la herencia. El testamento no se anula en este caso, como sí sucede, si se trata de un hijo varón.

Por extensión de lo dispuesto por la Ley Falcidia, del año 40 antes de Cristo, para los legados, por obra de la jurisprudencia, comienzan a restringirse las facultades del testador, quien debe dejar una cuarta parte de su patrimonio a sus herederos “*ab intestato*” considerados forzosos. De acuerdo a este criterio, puede iniciarse una acción real, que caduca a los cinco años: la **Querrela de testamento Inoficioso**, si el testador no ha asegurado al heredero que sea ascendiente, descendiente o hermano, la cuarta parte de los bienes. Esta acción tiene el objetivo de anular el testamento y abrir la sucesión *ab intestato*. En el Bajo Imperio, surge la **Legítima**, que asegura esa cuarta parte a los herederos antes mencionados, que, van a poder pedirla, mediante una acción personal, y perpetua, transmisible a los herederos, la **Acción de complemento de la Legítima**, sin que caiga el testamento.

El Derecho hereditario basado en el vínculo de sangre. Las novelas 118 y 127. El beneficio de inventario. La Colación

Por diversas disposiciones de Justiniano, se va logrando un sistema más equitativo que el vigente en el *Ius Civile*, que arranca en la Ley de las XII tablas y se ve morigerado por el Pretor.

Dicta dos novelas: la 118 (Año 544), completada y corregida por la 127 (año 548).

En lo fundamental, se abandona totalmente el vínculo agnaticio, por el vínculo cognaticio, y se establece el siguiente orden sucesorio *ab intestato*:

Primer orden: muerto alguien intestado, lo suceden sus descendientes sin distinción de sexo, la división se hace *per cápita*. Si uno de

los hijos ha premuerto y ha dejado nietos o nietas, éstos, por el principio de representación, ocupan el lugar de su padre y se reparten *per cápita* la porción que le hubiere correspondido a su padre premuerto. Si no hay hijos, la herencia va a los nietos.

Segundo orden: ascendientes y hermanos bilaterales: si no existen descendientes, la herencia va a los ascendientes, pero, con la particularidad, de que podrán concurrir con ellos, los hermanos y hermanas bilaterales, y sus hijos, por derecho de representación, si correspondiere.

Primera hipótesis: Solo hay ascendientes; en este caso los de 1º grado (padres) desplazan a los de segundo grado (abuelos).

Segunda hipótesis: Si no están los padres, la herencia va a los abuelos. Pero la herencia se reparte por estirpes: así la línea paterna y la línea materna, en partes iguales.

Tercera hipótesis: Si hay ascendientes y también hermanos, todos ellos concurren a la herencia que se dividirá *per cápita*. Ejemplo: existe el abuelo paterno, ambos abuelos maternos y tres hermanos: se divide *per cápita* en seis partes iguales.

Cuarta hipótesis: Si no existen ascendientes ni descendientes, los hermanos heredan directamente *per cápita*.

Tercer orden: Pasa lo mismo con los medios hermanos, que heredan en el orden siguiente. Luego, heredan el resto de los cognados colaterales, sin derecho de representación excluyendo el de grado más remoto. Las Novelas no indican si es hasta el sexto o séptimo grado.

Técnicamente acá concluye el orden sucesorio establecido por las novelas 118 y 127; pero es necesario agregar ciertos casos especiales:

Cónyuge supérstite: Aunque no está mencionado en las novelas, deja subsistente el llamamiento para que el cónyuge supérstite, no divorciado, pueda pedir la *bonorum possessio*.

Fisco, Iglesia y Curia: El Fisco, reivindica la herencia vacante, si no hay sucesores *ab intestato*. Si se trata de eclesiásticos, sus bienes van a la Iglesia, y la Curia, adquiere la herencia de los decuriones que no tengan herederos.

El beneficio de inventario

La aceptación de una herencia se hace mediante beneficio de inventario, cuando el heredero limita su responsabilidad por las cargas de la herencia a los bienes de la propia herencia, separándose el patrimonio del heredero del acervo sucesorio, para no responder con sus propios bienes. La separación patrimonial, subsiste, hasta la extinción de las deudas y cargas hereditarias.

En el Derecho Romano, el heredero continúa al causante en todos sus derechos, salvo los personalísimos (como el rol de marido, o los cargos públicos). El sucesor ocupa el lugar del *pater* como jefe de la familia y se hace dueño de todo el patrimonio, tanto de sus créditos y bienes, como de sus deudas, lo que garantiza plenamente a sus acreedores la cobranza de sus créditos, y, al causante, que no se lo declare infame por no cumplir sus obligaciones, ya que de ser insolvente se realiza un procedimiento llamado *bonorum venditio*, que culmina con la venta de todos sus bienes en pública subasta y la tacha de infamia.

El emperador Gordiano en el siglo III de la era cristiana, les concede a los militares, un privilegio, que consiste en que respondan solo con los bienes del causante, cuando hayan aceptado una herencia por ignorancia.

El emperador Justiniano, en el año 531 dicta una Constitución, donde les concede a todos los herederos, la posibilidad de aceptar la herencia con beneficio de inventario, resguardando su propio patrimonio, pero cumpliendo ciertos requisitos. Dentro de los treinta días del llamamiento a la herencia o apertura de la sucesión, el heredero debe realizar un inventario, en un plazo de sesenta días. Vende el activo sucesorio, descuenta los gastos conservatorios que hubiere efectuado, paga las deudas y legados, y se queda con el resto si lo hubiera. Si el saldo es deudor, queda impago, sin comprometer sus propios bienes. En nuestro Derecho, la aceptación de la herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario, sin ser necesario peticionarlo.

La colación

La colación de la herencia, tiende a mantener en pie de igualdad a todos los herederos forzosos.

Consiste en que el heredero, que haya aceptado la herencia, debe reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto, a título gratuito, los cuales deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión.

Concepto. Clasificación

Los jurisconsultos romanos no elaboraron una teoría del negocio jurídico; solo resolvieron situaciones particulares, dando soluciones a los casos concretos que la vida cotidiana le presentaba.

El concepto de negocio jurídico ha sido formulado por la doctrina moderna, pues los jurisconsultos romanos no eran aficionados a elaborar teorías de las instituciones que las necesidades de la vida cotidiana les obligaban crear.

Arangio Ruiz define al negocio jurídico como “la manifestación individual de voluntad, o la resultante de varias manifestaciones individuales, dirigidas hacia la obtención de fines prácticos y provista de efectos, lo más conforme posible con aquellos fines, mediante la creación de nuevas relaciones jurídicas o la modificación o extinción de relaciones jurídicas existentes”.

La esencia del negocio jurídico reside en que contiene una regulación de la propia conducta y de los intereses propios, o sea, es un precepto de autonomía de la voluntad.

Los negocios jurídicos pueden clasificarse en diversos tipos. Según los criterios que se adopten, estos pueden ser:

Por el objeto:

a.- Negocios relativos al Derecho familiar, como el matrimonio, el divorcio, la emancipación o la adopción.

b.- Negocios relativos al Derecho patrimonial. Éstos generalmente pretenden modificar la distribución de bienes existentes, o asegurar formas de cooperación.

Podemos distinguir negocios de disposición (transmitir la propiedad, constituir servidumbre); negocios obligacionales, destinados a crear o extinguir derechos personales (compraventa); negocios mixtos, integrado por un acuerdo contractual y la entrega de la cosa (*mancipatio*).

c.- Negocios relativos al Derecho sucesorio, como el testamento.

Según el número de declaraciones de voluntades que intervienen en el negocio jurídico:

a.- Negocios unilaterales o simples, donde existe una sola declaración de voluntad (testamento).

b.- Negocios bilaterales o complejos, donde intervienen dos partes, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad (contratos).

Según la causa del negocio jurídico:

a.- Negocios causales, son aquellos en los que la finalidad práctica del negocio forma parte integrante del mismo y tiene tal relevancia, que, si no existiera o fuera ilícita, no se darían los efectos queridos por el agente, como la compraventa en la que la causa está en el cambio de dominio sobre la cosa, por un precio.

b.- Negocios abstractos, son aquellos en los cuales el Derecho objetivo permite que las partes no mencionen la causa, construyéndose el negocio sobre determinados requisitos formales. Ejemplo: la mancipación en su última época fue un negocio de esta categoría.

Según la causa del enriquecimiento:

a.- Negocios onerosos o conmutativos, dentro de los cuales, podemos distinguir dos tipos:

1) Aquellos que obedecen a una causa *credendi*, en los que el enriquecimiento de una parte se justifica por una contraprestación, a la que ella misma se obliga en beneficio de la otra.

2) Aquellos que obedecen a una causa *solvendi*, que implica el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad (pago).

b.- Negocios gratuitos o lucrativos: son aquellos realizados con el deseo que la otra parte se beneficie con el enriquecimiento que se le proporciona (donación).

Según si los efectos se producen en vida de las partes o luego del fallecimiento de una de ellas:

a.- Negocios *inter-vivos*: son aquellos cuyos efectos se producen normalmente en vida de ambas partes, por ejemplo, un contrato.

b.- Negocios *mortis causa*: que son aquellos cuyos efectos se producen después de la muerte del disponente. En esta clase de negocios, la muerte es un elemento “característico de la misma causa del negocio”. Funciona como una *condicio iuris*, así, mientras no sobreviene, no se produce ninguno de los efectos jurídicos que la ley atribuya a su tipo. Ejemplo: el testamento.

Según la forma:

a.- Negocios formales o solemnes: son aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico exige que la voluntad de las partes sea expresada en una forma o modo, rígidamente determinado, de manera que si las formalidades prescriptas no se cumplen, el negocio no existe. En principio, los negocios formales suelen ser negocios abstractos.

b.- Negocios no formales: son aquellos en los cuales las partes pueden expresar su voluntad en cualquier forma, de modo que la misma quede manifestada, inequívocamente.

Presupuestos necesarios del negocio jurídico

El Derecho objetivo exige ciertos presupuestos sin los cuales el negocio jurídico no existe; es decir, a los cuales el orden jurídico subordina su reconocimiento.

Los presupuestos de validez del negocio jurídico pueden referirse:

Al sujeto del negocio.

Al objeto del negocio.

A la situación del sujeto respecto al objeto.

El primero se denomina capacidad de las partes; el segundo, idoneidad del objeto; y el tercero, legitimación para el negocio.

La capacidad para obrar de las partes, es la aptitud genérica de las mismas para realizar el tipo de negocio jurídico que pretenden; así, para realizar un negocio jurídico de disposición, es necesario poseer la capacidad de disponer. La capacidad de obrar supone la existencia de la persona y la capacidad de derecho o capacidad jurídica.

La idoneidad del objeto del negocio, significa que los bienes que son materia del negocio, puedan ser regulados jurídicamente por el

respectivo negocio. De modo que, si se trata de negocios patrimoniales, los bienes deben hallarse en el comercio (*res in commercium*).

La legitimación de las partes, significa, tener una específica competencia para realizar el negocio concreto de que se trata. Es decir, la legitimación, a diferencia de la capacidad, depende de una particular relación del sujeto con el objeto del negocio, y puede definirse como su competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, por ejemplo, para vender una cosa, se debe ser su dueño, o ser mandatario de él.

Estructura del negocio jurídico. Elementos esenciales, naturales y accidentales.

En la estructura del negocio jurídico se distinguen:

Elementos esenciales o requisitos.

Elementos naturales.

Elementos accidentales.

Los **elementos esenciales** son aquellos sin los cuales ningún negocio jurídico puede existir.

Los **elementos naturales** son aquellos que integran el contenido normal de un negocio jurídico determinado y típico, de tal modo que aún cuando las partes no los hayan previsto, están sobreentendidos por el Derecho objetivo.

Los **elementos accidentales**, son aquellos introducidos por las partes para modificar el contenido o los efectos del negocio jurídico concreto que van a celebrar.

Los requisitos o elementos esenciales del negocio jurídico

Los requisitos son:

- La declaración de voluntad de las partes.
- El objeto.
- La causa.

La declaración de voluntad

Se caracteriza por trascender el pensamiento de su propio autor, objetivándose la expresión, con lo cual se vuelve perceptible y apreciable en el mundo social. Es decir, la declaración está destinada necesariamente a otros hombres, para que éstos conozcan su contenido, no es admisible una declaración sin destinatario.

La declaración o manifestación de la voluntad puede ser:

- **Expresa o tácita:** la expresa es aquella manifestación que se realiza por medios que por su naturaleza o por acuerdo de las partes, están destinados a exteriorizar la voluntad. Ejemplo: la palabra, escritura, signo de la cabeza, etcétera. La declaración tácita es aquella que se realiza por un comportamiento del que se puede deducir una determinada voluntad negocial, Ejemplo: la remisión al deudor del título de la deuda por parte del acreedor; de tal comportamiento se puede deducir, o una remisión de deuda, o una presunción de pago (mientras no se pruebe otra cosa).
- **Real o presunta:** la declaración real es aquella que exterioriza la voluntad directa de una persona. La declaración presunta es aquella que el Derecho objetivo atribuye a una persona que ha tenido un determinado comportamiento.
- **Directa o indirecta:** la manifestación directa es aquella que expresa directamente la voluntad negocial; que puede ser, a

su vez, por medio de palabras como en la *stipulatio*, por medio de una conducta positiva, como levantar la mano en una subasta, o una conducta negativa, como guardar silencio en la *in iure cessio*. La manifestación indirecta de voluntad (con respecto a un negocio principal) surge cuando una persona observa determinado comportamiento o expresa determinada declaración respecto a algo que se considera accesorio del negocio principal. Ejemplo: la reclamación verbal de un crédito que forme parte de una herencia, exterioriza la voluntad indirecta, de aceptar la herencia.

El objeto o contenido del negocio jurídico

Son los intereses que el orden jurídico autoriza a que sean regulados directamente por los propios interesados. Así, en un contrato, el objeto del negocio es la prestación que las partes se comprometen a ejecutar. El contenido debe ser lícito y posible.

La causa del negocio

Es la función económico-social típica del negocio respectivo, la cual es tenida en cuenta casi siempre por quien lo realiza, y considerada por el ordenamiento jurídico para darle su aprobación y determinar los efectos. Es decir, que en general, el contenido del negocio tiene sus limitaciones fijadas por la ley. Desde el punto subjetivo, la causa es el fin práctico perseguido por el sujeto.

Elementos naturales del negocio jurídico

Son aquellos que están en la naturaleza del mismo. Aunque no se los mencione integran el negocio jurídico; están implícitos en el mismo, pero las partes podrán determinar expresamente su exclusión.

Los elementos naturales son los vicios redhibitorios o fallas materiales, no perceptibles a simple vista, o sea, ocultos; y la garantía de evicción, que son los defectos jurídicos de la cosa, objeto de la prestación, como vender algo que está hipotecado.

Elementos accidentales del Negocio Jurídico

Son aquellos que el ordenamiento jurídico admite que las partes introduzcan en el negocio para modificar las modalidades de su contenido, el momento en que se inicien los efectos o subordinar la eficacia del negocio a que acontezcan o no determinados hechos.

Los elementos accidentales destacables son tres: la condición, el término o plazo, y el modo o cargo.

La condición

La condición se define diciendo que es un acontecimiento futuro e incierto, del que las partes hacen depender la entrada en vigor (condición suspensiva), o el cese (condición resolutoria) de los efectos propios de un negocio jurídico.

La condición, pues presenta tres caracteres:

- Es un acontecimiento futuro, ya que, un hecho pasado o presente, aun cuando sea ignorado por las partes, no puede constituir el objeto de una condición.
- Es un hecho incierto; es decir; se ignora si ha de acaecer o no.

- A ese hecho queda subordinado el nacimiento o extinción de los efectos del negocio respectivo.

La condición se diferencia del plazo o término, en que éste se refleja, siempre, en un acontecimiento futuro que fatalmente debe producirse, aunque se ignore cuando se producirá con exactitud.

La condición puede ser suspensiva o resolutoria. **La condición suspensiva** es aquella por la cual se hace depender la entrada en vigor de los efectos propios del negocio jurídico, de la producción de un acontecimiento futuro e incierto. Ejemplo: “Te daré 100 ases si llega una nave de Asia”.

La condición resolutoria, es aquella por la cual se hace depender la extinción de los efectos propios del negocio jurídico, de la producción del acontecimiento futuro e incierto. Es decir, el negocio jurídico produce normalmente sus efectos desde que se concierta, como si fuese puro; pero si se realiza la condición, el negocio se resuelve, y cesan los efectos referidos; Ejemplo: “Te vendo esta casa, pero si regreso de la guerra, se deshará esta venta”.

Esta distinción es moderna, los romanos no conocieron la condición resolutoria, y para obtener resultados similares debieron recurrir a transformar la condición resolutoria en la suspensión opuesta o en admitir que al negocio jurídico principal – entendido como puro – se agregase un pacto dirigido a su resolución, sujeto éste a condición suspensiva.

El término o plazo

Consiste en un acontecimiento futuro y cierto del cual depende que un derecho se haga exigible (*dies a que*) o deje de serlo (*dies ad quem*).

Existe otra acepción de la palabra término, y consiste en la cláusula que las partes pueden incluir en un negocio jurídico, en virtud de la cual los efectos del mismo comenzarán a producirse, o cesarán,

cuando se verifique un acontecimiento objetivamente cierto y futuro, generalmente cuando llegue un día determinado o determinable.

Los caracteres del plazo son:

a) El acontecimiento debe ser cierto, es decir, fatalmente debe suceder. Puede consistir en una fecha fija (Ejemplo: las calendas de marzo, el primero de enero, etc.) o en una fecha ignorada, pero determinable (Ejemplo: la muerte del obligado.)

b) El contenido debe ser futuro.

c) El hecho debe ser posible y lícito.

d) Puede ser expreso o tácito. El tácito es el que, sin haber sido convenido por las partes en forma expresa, resultara de la convención. Ejemplo: la estipulación de dar, en Cartago, hallándose las partes en Roma, implica el plazo del viaje a Cartago.

Al igual que la condición, el plazo puede ser suspensivo o resolutorio. **Plazo suspensivo**, es aquel que deja en suspenso la exigibilidad de los efectos del negocio hasta que el acontecimiento cierto se produzca. Los romanos hablaban de negocio *ex die* y los romanistas designan a esta clase de plazo como *dies a quo* (plazo a partir del cual) Ejemplo: te daré 100 para cuando cumplas 30 años. **Plazo resolutorio o extintivo**: es aquel por el cual los efectos del negocio, o su exigibilidad, cesan o se resuelvan al cumplirse el acontecimiento cierto que se previó. Ejemplo: te daré 100 hasta el día que cumplas 30 años.

Modo o cargo

El modo es la cláusula de un negocio jurídico a título gratuito, por la cual se impone, al destinatario de la liberalidad, la obligación de observar determinado comportamiento, con respecto a todo o parte del activo patrimonial que se recibe.

Ejemplo: “Lego a Ticio 500 ases, con cargo de levantar un monumento a la memoria de mi padre”.

El modo es una carga que se impone a quien recibe algo. Como principio general, se puede afirmar que el negocio jurídico con cargo, produce todos sus efectos desde el momento de su conclusión. La persona en cuyo beneficio se establecieron los cargos puede exigir coercitivamente el cumplimiento de dicho cargo por parte del adquirente. En los actos de liberalidad, el otorgante puede dejar sin efecto el negocio, como consecuencia del incumplimiento de los cargos.

Si el cargo persigue un fin imposible, el Derecho Clásico lo estimó como no puesto, mientras que el Derecho Justiniano distinguió el *modus simplax*, que al tener un simple valor moral, se lo considera como no puesto, al ser imposible, y el *modus cualificatus*, que, al demostrarse que sin él, el donante no habría realizado el acto de liberalidad, dicho acto a título gratuito, caduca.

Ineficiencia de los negocios jurídicos. Concepto. Clases. Causa

Los presupuestos necesarios y los elementos esenciales de los negocios jurídicos son dados por cada ordenamiento jurídico en particular. Esos ordenamientos jurídicos establecen, también, las sanciones aplicables a aquellos negocios que no han sido creados de acuerdo a sus normas. Es decir, cada Derecho objetivo, establece los requisitos para la validez del negocio y la extensión de su eficacia. El Derecho Romano no es un ordenamiento jurídico perfecto en esta materia.

Clases de ineficacia

Las clases de ineficacia en el Derecho Romano, especialmente en la época clásica, dependen, según se las estudie en el Derecho Civil o en el Derecho Pretoriano. Esa diferencia se funda en que el Derecho Pretoriano admite numerosos negocios jurídicos que no lo son para

el Derecho Civil, y éste reconoce como perfectos, a otros, que no lo son, para el Derecho Pretorio.

En el Derecho Civil clásico, la ausencia de alguno de los presupuestos necesarios o elementos esenciales del negocio, da lugar a su nulidad. Esa nulidad se opera *ipso-iure*, por obra del propio Derecho objetivo: El negocio nulo no produce ningún efecto.

La existencia de vicios, que afecten a los elementos esenciales, da lugar, en el Derecho moderno, a la anulabilidad del negocio, es decir, que mientras que la persona que tenga derecho a impugnarlo, no lo haga, el negocio produce efectos; pero, si lo impugna, el negocio es declarado nulo, caducando sus efectos. El antiguo *Ius Civile*, no ofrecía medios para invalidar los efectos de un negocio jurídico existente, ya que eran, predominantemente formales. Para este Derecho, o el negocio es válido o es nulo. No conocían la anulabilidad.

El Derecho Pretorio u Honorario, estableció, por su parte, nuevos medios para producir la ineficacia del negocio jurídico, aun cuando éste fuese válido, de acuerdo al Derecho Civil. El Pretor, si bien no puede declararlos inexistentes, si son formalmente perfectos, puede impedir que tengan efectos, si considera que se encuentran viciados en su declaración de voluntad.

Esos medios son:

No conceder la acción al negocio defectuoso, con lo cual se priva al mismo de la protección procesal.

Conceder una excepción al demandado.

Anular los efectos ya producidos del negocio viciado, mediante un acto de imperio.

En el Derecho posclásico, se unifica el criterio, admitiéndose la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos, sea para el Derecho Civil u Honorario, al superarse las diferencias entre ambos Derechos.

Causas de ineficacia para el Derecho Civil

Las principales causas de ineficacia de los negocios jurídicos en el Derecho Romano, son:

1.- Que el objeto sea imposible de hecho o de Derecho, Ejemplo: compraventa de una cosa inexistente o fuera del comercio. Esta imposibilidad produce la nulidad, según el Derecho Civil.

2.- Que el negocio sea contra la ley o en fraude de la ley. La determinación de cuando un negocio jurídico es contra ley, queda supeditada a la interpretación judicial.

3.- Los negocios inmorales (*turpes*) o contra las buenas costumbres (contra *bonam mores*) eran nulos.

4.- La ausencia de alguno de los presupuestos necesarios del negocio produce la nulidad del negocio de acuerdo al Derecho Civil. Ejemplo: cuando el pupilo dispone, sin las *auctoritas tutoris* (falta de capacidad de obrar).

5.- La ausencia de alguno de los elementos esenciales del negocio. Así, con respecto al acto, la inobservancia de la forma prescrita en los negocios formales o la falta de voluntad por mediar violencia física.

Vicios de la voluntad. Error, dolo y violencia.

La actividad jurisdiccional del Pretor, impidió los efectos jurídicos de los negocios viciados. Se entiende por vicios de la voluntad, aquellas anomalías que afectan a la causa del negocio en su aspecto subjetivo, es decir, determinadas situaciones que influyen en la formación de la voluntad negocial y que de no haber existido, la voluntad, no se hubiera formado.

Esas circunstancias son: el error, el dolo y la violencia, física o moral. Se trata de ver si el negocio, hecho mediando dichos vicios, puede ser privado de efectos por el Pretor, lo que hoy llamaríamos,

ser declarados anulables. No existe, en el Derecho Romano, una teoría sobre estos vicios, sino que el pensamiento de los juristas de esa época, se extrae de las decisiones que se toman en casos concretos.

I.- Error

El error es un falso conocimiento de la situación de hecho o de Derecho en que se funda el negocio. Se distingue de la ignorancia, donde no hay conocimiento alguno. En ambos casos, los efectos son los mismos. Para que el negocio, pueda ser anulable, el error debe ser esencial.

Clases de errores y efectos de los mismos

El error puede ser **error de Derecho** o **error de hecho**. El error de Derecho consiste en la ignorancia o en el falso conocimiento o la equívoca interpretación u opinión acerca de la esfera de aplicación de una norma jurídica.

El efecto de este error de Derecho no perjudica al negocio jurídico cuando el hombre medio incurra en él, pues las normas, para seguridad jurídica, deben considerarse conocidas. Si bien esa es la regla, se admiten excepciones a favor de los menores de 25 años, las mujeres, los soldados y los rústicos, quienes pueden invocar la ignorancia, o el error de Derecho, para evitar un daño, pero no para obtener una ventaja.

El error de hecho, consiste en la ignorancia o falso conocimiento de un hecho concreto, y pueden darse los siguientes casos:

Error en la persona: En este caso, el error de hecho, recae, en la persona (error in personam) de la otra parte del negocio, o destinatario o beneficiario de la declaración. Este error produce la anulabilidad del negocio, cuando la identidad, aptitud o cualidades de la persona con quienes se ha celebrado el negocio, o a quien está destinada la de-

claración, es decisiva de la voluntad negocial, y sin la existencia real de aquéllas, no se hubiese celebrado el negocio, o sea, ha sido determinante de la voluntad negocial. Ejemplo: si se contrata la construcción de un palacio con quien uno cree que es un famoso arquitecto, y luego resulta ser un constructor común; en este caso, la habilidad y conocimientos técnicos de una de las partes es un elemento esencial de la prestación, sin la cual, no se hubiese celebrado el negocio.

Error *in corpore*: es aquel que recae sobre la identidad de la cosa que constituye el objeto del negocio. Este error determina que se declare la nulidad del negocio. Por ejemplo, si se manifiesta la voluntad de vender la finca semproniana y el comprador cree que adquiere la corneliana.

Error *in materia o in sustancia*: es aquel que recae sobre las cualidades esenciales de la cosa, que hacen que la misma pertenezca a una categoría en vez de a otra. Por ejemplo, se compra una joya, creyendo que es de oro, y es de bronce, o si se compra vinagre en lugar de vino. Para el jurista Marcelo, la venta es válida. Ulpiano, en el caso del vino, hace la siguiente distinción: Si originariamente ha sido vino, y luego se convierte en vinagre, el negocio es válido; pero no lo es, si siempre ha sido vinagre. En el caso de la joya, Ulpiano considera válida la transacción, si es de otro material. Otros casos planteados en las fuentes, es la nulidad de la compra de un esclavo, que se concreta, si se cree que es hombre y en realidad es mujer, pero no afecta la validez, si la esclava no es virgen, como se pensaba.

Error *in qualitate*: es el que recae sobre alguna cualidad o característica de la cosa que no haga a la sustancia de la misma, por ejemplo, si se compra algo de menor calidad que la que se pretende adquirir. Este error es irrelevante.

Error *in quantitate*: es el que recae sobre la cantidad de la cosa debida. Es irrelevante en los negocios unilaterales, siendo reducido el objeto a la cantidad real; en los bilaterales, se considera válido, si hay acuerdo sobre una parte del negocio. Con respecto a los contratos formales, existe discrepancia entre los jurisconsultos: Gayo y

Justiniano sostiene que es nula la estipulación cuando el estipulante ha querido hacerse prometer diez, mientras que el promitente sólo ha consentido en obligarse por cinco. Por su parte, Paulo y Ulpiano, sostienen que hay obligación por la suma menor, porque lo menos está contenido en lo más. En los contratos no formales (venta, locación, etcétera) el negocio es válido mientras no se cause perjuicio al acreedor, y por la cantidad menor. En el D.19.2.52, se da el siguiente ejemplo: Si alguien da en locación, una finca por 5 años y el locatario cree que es por 10, no hay negocio, pero si el locador lo da por 5 años, y el inquilino, cree que es por 10, hay acuerdo por 5 años.

II.- Dolo

Se puede expresar, como noción aproximada y general, que el dolo consiste en una conducta o comportamiento malicioso y fraudulento, dirigido a hacer incurrir a otra persona, en un engaño.

Se puede distinguir, en el dolo, un elemento objetivo que consiste en la conducta o comportamiento; y otro subjetivo, que es la intención de engañar.

El elemento objetivo puede comprender actividades positivas, maquinaciones, mendacidad, etc., como también la ocultación; y, en la mendacidad se requiere determinadas circunstancias, como el deber de comunicar y decir la verdad.

El elemento subjetivo consiste en la voluntad de engañar a otro, y surge de los artificios y engaños utilizados.

Clases de dolo: Se suele distinguir el dolo bueno y el dolo malo.

El **dolo bueno** (*dolo bonus*) consiste en el comportamiento lícito realizado con astucia, halago, jactancias, etc., que se consideran permitidos en la vida de los negocios, o, en general, en las relaciones sociales y jurídicas; para el cual, cualquier sujeto está preparado y habituado. Este dolo bueno no afecta al negocio jurídico.

El **dolo malo** (*dolos malus*) según Servio, es toda la maquinación empleada para engañar a una persona, cuando se simula una cosa y se hace otra.

Es decir, por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito dirigido a engañar a otro sujeto, determinándolo a realizar una declaración o manifestación de voluntad que sin el dolo no se habría realizado.

El dolo malo puede provenir de una de las partes o de un tercero. Cuando procede de un tercero, el negocio es válido, pero el perjudicado puede ejercer la acción de dolo, contra el tercero, mediante la cual se persigue una indemnización de los daños e intereses. Cuando el dolo procede de una de las partes, o ésta es cómplice del autor del dolo, el negocio se anula.

Los efectos del dolo variaron según las épocas: En el Derecho primitivo, el dolo procedente de una de las partes no determina la nulidad del negocio, salvo que las partes incluyan la cláusula *doli*; mediante la cual, una de las partes se hacía prometer por la otra que no cometería dolo.

El Derecho Pretoriano concede diversos remedios procesales.

Esos remedios procesales son:

La ***actio doli***, por medio de la cual la víctima del dolo puede dirigirse contra el autor del dolo, para obtener una reparación pecuniaria del daño sufrido.

La ***exceptio doli*** mediante la cual, la víctima del dolo puede oponerse a la demanda de cumplimiento del negocio que le es entablada por el autor del dolo.

En el Derecho Justiniano, el dolo produce la nulidad de los contratos de buena fe y la anulabilidad de los de Derecho estricto.

III.-Violencia material o moral

La violencia física o material, ejercida sobre el cuerpo del sujeto para que exprese en determinado sentido, por ejemplo, si se le toma la mano, para obligarlo a escribir o firmar, excluye absolutamente la voluntad y torna el negocio nulo, *ipso iure*.

La violencia moral consiste en la amenaza de un mal grave, inminente e ilegítimo efectuada para determinar a una persona a la realización de un determinado negocio jurídico.

Los efectos de la violencia moral respecto a la validez del negocio jurídico variaron según el momento histórico en que se lo estudie.

En el Derecho Civil de la época clásica, el negocio jurídico es válido, ya se trate de negocios formales o no formales. Se considera que existe la voluntad, que, aunque coaccionada, es voluntad.

En el Derecho Pretorio se mantiene el mismo criterio de validez, que en el supuesto de dolo, dándosele, a la víctima, diversos medios procesales de defensa, como la *actio quond metus causa; la exceptio quond metus causa*, y la *in integrum restitutio*.

Estos medios se conceden, cuando la violencia moral, reúna los siguientes requisitos:

- Que sea real. Es decir, que el mal con que se amenaza sea inminente y cierto.
- Que sea grave, es decir que pudiese producir temor a un hombre medio.
- Que el mal sea ilegítimo, es decir que la víctima no esté obligada legalmente a soportarlo.
- Que el mal sea mayor que el daño que pueda producirse al realizar el negocio.
- Que la celebración del negocio sea, una consecuencia directa de la intimidación.

Si la intimidación reúne las condiciones expuestas en el párrafo anterior, la víctima puede solicitar del Pretor, la concesión de alguno de aquellos remedios procesales, según la finalidad perseguida.

La *actio quond metus casua* se concede, cuando la prestación, objeto del negocio, se ha cumplido; y persigue la reparación económica. Durante el Derecho Clásico, la acción debe ejecutarse contra el autor de la intimidación, pues es una acción de carácter penal. La reparación económica que se obtiene mediante su ejercicio, es del cuádruplo del valor del objeto entregado, siempre que se ejerza dentro del año en que se ha recibido la amenaza; si se la ejerce con posterioridad, sólo se obtiene el valor exacto de la cosa.

El Derecho Pretoriano, le permite, al autor de la coacción, eximirse de pena, restituyendo lo recibido. Además, se permite perseguir a los herederos del autor hasta el monto del enriquecimiento, mediante una *actio in factum*.

Durante el Derecho Justiniano, la *actio metus* puede ejercerse contra terceros en cuyo poder esté la cosa que se entregara por intimidación.

La forma en los negocios jurídicos

En el Derecho Romano se puede distinguir

- Negocios jurídicos formales
- Negocios jurídicos no formales

Los **negocios jurídicos formales** son aquellos a los cuales el Derecho objetivo impone que la voluntad de las partes se manifieste a través de una forma determinada, cumpliendo requisitos determinados para que sean válidos.

Los **negocios jurídicos no formales** son aquellos en los cuales la voluntad de las partes puede manifestarse en la forma que aquéllas elijan.

El Derecho Romano evoluciona del negocio jurídico formal a la prevalencia de lo no formal.

Los negocios formales son: la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *stipulatio*, el testamento y el *nexum*.

Los negocios no formales son, entre otros: el depósito, el comodato, el mandato, la locación.

La interpretación del negocio jurídico. La causa curiana

La causa curiana, es un caso concreto que se presenta en la Antigua Roma republicana (año 93 a. C) ante el Tribunal de los Centunviros, que es el que se dedica a decidir cuestiones sobre herencias, como la que aquí se plantea. En efecto, las partes en litigio son: un tal Curio, beneficiario de una herencia testamentaria, de un tal Coponio, que no es su pariente; y, por el otro lado, los parientes agnados del difunto, que aducen la nulidad de la disposición testamentaria por no reunir las condiciones de procedencia, que en el testamento figuran.

Los hechos son los siguientes: Marco Coponio, previó su muerte, y, creyendo que su mujer estaba embarazada dispuso que su sucesor sería su hijo póstumo, pero añadió una sustitución pupilar, estableciendo que, si su hijo no llegaba a cumplir los 14 años, fecha en que legalmente podía testar, su sucesor sería Manlio Curio. Muerto Coponio, resulta que su esposa no cursaba embarazo alguno, y de allí la discusión: Curio sostiene que la verdadera intención del causante era hacerlo a él heredero en segundo lugar, después de su supuesto hijo, en cualquier circunstancia; y el pariente agnado, hermano del difunto, aferrado a una interpretación literal, le niega ese derecho, pues lo reconoce como sucesor, solo en el caso de que el hijo hubiese muerto, antes de ser púber. Por lo tanto, nulo el testamento, porque el hijo nunca existió, se debe abrir, para el pariente agnado, la sucesión legal o ab intestato y sería él, el legítimo heredero.

Hasta entonces, el Tribunal había dictado siempre sus sentencias haciendo interpretaciones literales, pero, en este caso, se aparta de esos precedentes, y, favoreciendo a Curio, realiza una interpretación subjetiva, muy novedosa para la época, sentando las bases de una

nueva forma de interpretación judicial basada en la real intención,
con sentido de equidad y no en lo plasmado en forma literal.

CAPÍTULO XIV

El Patrimonio

Etimológicamente, la palabra patrimonio, deriva del latín *patrimonium*, cuyo significado es “los bienes que el hijo hereda de su padre o abuelo”.

Desde un sentido estricto y propio, patrimonio, equivale a los bienes de familia recibidos por herencia. En una acepción más amplia y jurídica, significa el conjunto de derechos y cargas que tiene una persona.

Para los autores modernos, el patrimonio es una unidad abstracta y universal de derechos, que está integrado por la totalidad de los bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, y de las cargas que lo gravan.

Esta teoría sostiene que, en el patrimonio, debe distinguirse un activo, conjunto de derechos y bienes; y un pasivo, conjunto de cargas, deudas y obligaciones. Entendido de esta forma, derivan importantes consecuencias, como que no se puede concebir una persona sin patrimonio, pues es un atributo de la personalidad, el cual generalmente tiene un valor positivo, pero también puede ser negativo, en el caso que las deudas superen a los bienes.

Del estudio de las fuentes romanas, podemos expresar, tomando a Paulo y Ulpiano, que, el patrimonio, constituye un ente o uni-

versalidad jurídica, tutelado por la ley, formado por todos los bienes, créditos, derechos y acciones del que sea titular un sujeto, con la deducción de las deudas y derechos de terceros. Quien tiene un patrimonio negativo o no tenga bienes, no tiene patrimonio, para el Derecho Romano.

Tomando este concepto, para los romanos, quedan fuera del patrimonio, los derechos extra patrimoniales, como el derecho a la existencia, al honor, los derechos políticos y aquellos que otorgan una potestad sobre una persona, como los derivados del matrimonio.

El patrimonio se encuentra integrado por los derechos personales o crediticios, y por los derechos reales.

Los **derechos personales, de crédito u obligaciones**, son aquellos que tiene una persona contra otra y que la autoriza a exigirle el cumplimiento de un hecho o una abstención; en cambio, los **derechos reales**, son aquellos que se ejercitan directamente sobre la cosa, creando una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de la misma; frente a ello, no existe una persona obligada, sino que solo existe un deber jurídico generalizado y que todos deben observar.

Las fuentes romanas no brindan una definición de estos derechos; tampoco efectúan una distinción científica entre ambos; lo que hicieron, es darles distintas clases de acciones. Así, para los derechos reales, las acciones *in rem* que se otorgan contra todos (*adversus omnes*), cuyo tipo es la *vindicatio*, y a los derechos personales las acciones *in personam*, como las *condictiones*, donde el demandado debe ser siempre el deudor, es decir la persona obligada, de forma contractual o extra contractual.

Finalmente, resta establecer las diferentes especies de **derechos reales**, que pueden ser clasificados en dos grandes categorías: los derechos reales sobre cosa propia (*iura in re*), integrada por el derecho de propiedad o dominio, y los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), donde encontramos los del Derecho Civil, como

las servidumbres, y los del Derecho Pretoriano, como la enfiteusis, la superficie y la hipoteca.

Las cosas. Su clasificación

Cosa (*res*), en un sentido propio, es todo objeto del mundo exterior sobre el que pueden recaer derechos. Según Ortolan, el nombre de cosas se aplica a todos los objetos corpóreos, tanto animados como inanimados, sometidos para satisfacción de las necesidades del hombre y todos los derechos que la ley les da sobre ellos.

Dentro del concepto general romano, las cosas son todos los objetos corporales e incorpóreos (aunque no reconocieron propiedad sobre inmaterialidades) sometidos al poder del hombre y que son susceptibles de apreciación pecuniaria, habiendo excluido otros valores fuera de los económicos, como los de orden espiritual o moral.

Las Institutas de Justiniano efectúan la clásica división en *res intra patrimonium* (cosas dentro del patrimonio) y *res extra patrimonium* (cosas fuera del patrimonio), es decir que las cosas, estén o no dentro del patrimonio de una persona, pero distintos autores romanistas, consideran que no constituye una verdadera división, porque carece de alcance jurídico. Ante ello, han optado por la división clásica en ***res extra commercium* y *res intra commercium***, es decir, la posibilidad o imposibilidad legal de que la cosa, sea objeto de un negocio jurídico patrimonial, por hallarse, fuera o dentro del comercio.

Las *res extra commercium*: Son las cosas, que, por su naturaleza o afectación, están fuera de los actos de la vida jurídica. Las fuentes romanas nos muestran que están sustraídas del comercio por causas divinas (***res divini iuris***) o por causas humanas (***res humani iuris***).

Las *res divini iuris*, son las cosas consagradas a los dioses y sometidas a la autoridad de los pontífices, y se clasifican en:

a. **Res sacrae:** son los templos y los objetos destinados al culto de los dioses superiores, por ejemplo, los terrenos, los edificios y los objetos destinados a su adoración. Para darles este carácter, se debe efectuar una ceremonia, llamada *consagratio*, con la participación del Magistrado y el Pontífice. En caso de ser necesaria su desafectación, se realiza otra ceremonia, contraria, denominada *profanatio*, que una vez realizada quita, definitivamente, el objeto de su destino de servir al culto.

b. **Res religiosae:** el suelo que recoge los restos mortales de una persona, adquiere el carácter de cosa religiosa, pues los muertos son los dioses inferiores de cada familia (dioses *manes*). Solo está fuera del comercio la sepultura, no así todo el terreno que rodea a la misma. Existen distintas acciones para la protección de las tumbas. En las primeras épocas, se aplican severas multas a quienes dañen las mismas. En la época de la República, el Pretor crea la *actio sepulcri violati* para defender las cosas religiosas, y, durante el Imperio los emperadores sancionan con penas corporales, a quienes cometen actos de profanación.

c. **Res sanctae:** Las cosas santas, son aquellas cosas que se encuentran protegidas por una sanción penal (*sanctio*). Encontramos, en las fuentes, que se incluyen, los muros y las puertas de las ciudades.

Las res humani iuris: son las cosas fuera del comercio por causa de un interés general no religioso. Dentro de las mismas, el Derecho Romano incluye:

a. **Res communes:** son las cosas, que, por su naturaleza, están sometidas al libre uso del ser humano. Entre ellas, tenemos el aire, el agua corriente, el mar y la costa del mar. A la orilla del mar, se le aplica un régimen especial, ya que en ella se permite pescar, poner redes, también hacer construcciones, pero previo permiso de la autoridad.

b. **Res publicae:** son las cosas que pertenecen al pueblo romano (*populus*) como ente jurídico, y llegan a tal categoría, por medio de una ceremonia especial llamada *publicatio*. La legislación incluye las vías pretorianas y consulares, los puertos y los ríos. Se crean distintos

medios de protección, entre ellos, la *actio iniuriarum*, y el Derecho Pretoriano otorga interdictos, para asegurar el derecho a circular por caminos públicos.

c. *Res universitates*: son las cosas que integran el patrimonio de una corporación y que están afectadas al uso de sus miembros, como los teatros, los estadios y los baños públicos de las ciudades.

Las *res intra commercium*: son aquellas cosas que están dentro del comercio, es decir, que tienen la posibilidad legal de ser objeto de un negocio jurídico patrimonial. Dentro de ellas, encontramos:

a. *Res Mancipi y nec Mancipi*: esta clasificación, se aplica a las cosas de propiedad privada, según, deban o no, ser adquiridas por la *mancipatio*. Es una clasificación de origen antiguo, de la época de la Ley de las XII Tablas. Con el tiempo va perdiendo vigencia, y, con Justiniano es suprimida. Ulpiano coloca dentro de las *res Mancipi* a: los fundos y las construcciones sobre ellos, situadas en Italia o que gocen del *ius italicum*; las servidumbres rurales, los esclavos, y los animales de carga y de tiro (los que se doman por el cuello y por el lomo). Todas las demás cosas, son *nec Mancipi*, cualquiera sea su valor socio-económico, como las ovejas, las cabras, las vacas, las joyas, el dinero, etc. La transmisión de la propiedad en las cosas *nec Mancipi*, es por simple tradición. En cambio, las *res Mancipi* deben cumplir con las solemnidades establecidas por la *mancipatio*, para constituir, a su adquirente, en propietario del Derecho Civil, aunque la *in iure cessio* (que veremos en los modos de adquisición de la propiedad del Derecho Civil) lo permite, tanto para *res Mancipi* como para *nec Mancipi*.

b. Cosas muebles e inmuebles: (*res móviles y res soli* o inmóviles).

Esta clasificación, no tiene, en Roma, la trascendencia que luego adquiere en el nuevo Derecho, ya que, solamente está limitada a las cosas corporales. Bonfante sostiene que la distinción entre ambas, es extraña al Derecho Clásico romano, lográndose imponer en el Derecho Romano-Helénico, reemplazando a la clasificación de cosas *Mancipi y nec Mancipi*. Las cosas muebles, son aquellas, que, sin me-

noscar su esencia o utilización económica, pueden ser trasladadas de un sitio a otro. Son cosas inmuebles, el suelo y todas las cosas adheridas al mismo, que no sean susceptibles de ser desplazadas de un lado a otro.

c. Cosas divisibles e indivisibles: la divisibilidad, o no, de una cosa, está referida a lo meramente físico o material, ya que si analizamos los derechos sobre una cosa, todos son divisibles. Las cosas son divisibles, cuando no merma su valor o utilidad al ser fraccionadas en otras partes, por ejemplo, un fundo, cinco kilos de manzanas, que pueden dividirse en grupos de un kilo o de medio kilo, o el dinero. Las cosas son indivisibles cuando no admiten fraccionamiento, sin sufrir daños o menoscabo de su valor, por ejemplo, un animal, un cuadro o una piedra preciosa.

d. Cosas consumibles y no consumibles: son consumibles aquellas cosas que se pierden con el primer uso y cuya función primordial es satisfacer la necesidad inmediata del hombre. Aquellas que su uso, no produce más que un simple deterioro, son las cosas no consumibles. Dentro de las cosas consumibles tenemos el dinero, ya que se extingue para quién dejó de poseerlo, porque no puede ser usado sin desprenderse de él, o un alimento, ya que una vez ingerido no puede reintegrarse para su aprovechamiento. Son no consumibles, un libro, una prenda de vestir, una herramienta, etcétera. Establecer la consumibilidad de una cosa se basa en la naturaleza del objeto, el cual puede terminar, o no, su existencia con el primer uso.

e. Cosas fungibles y no fungibles: las cosas fungibles son aquellas que se caracterizan por ser de un género tan homogéneo que pueden ser substituidas por otras, de la misma calidad y cantidad, como el dinero, una vaca de la misma raza o una tela de determinada fibra, y, en general, lo que se produce en serie; estas son las cosas que los romanos entienden que pueden ser determinadas por su peso, número o medida. Las cosas no fungibles, son aquellas que no pueden ser substituidas por otras, ya que tienen una cierta individualidad propia que impide ser reemplazadas, por ejemplo, un caballo, un esclavo,

una casa o un cuadro. La línea demarcatoria entre ambas clases de cosas, no es muy precisa, ya que el carácter de fungible o no, depende de la intención de las partes.

f. Cosas simples y compuestas: se entiende por cosas simples, aquellas que forman un todo, una unidad; por ejemplo, un animal, una piedra; y las cosas compuestas, son las que están formadas por partes heterogéneas, adheridas entre ellas, y que integran un todo único, como una casa. Las cosas compuestas pueden ser de dos clases: una aglomeración material de cosas simples, con aspecto compacto, como por ejemplo una nave; o que el vínculo de unión sea inmaterial, conservando cada uno de ellos su independencia, como, por ejemplo, un rebaño.

g. Cosas principales y accesorias: Las cosas principales son aquellas que su naturaleza y existencia están determinadas por sí solas, por ejemplo un fundo. Son accesorias, aquellas que su existencia y naturaleza está determinada por otra cosa de la cual depende, no pudiendo existir sin la cosa principal; por ejemplo, un árbol o una casa, son accesorios del fundo. La importancia de esta diferenciación, es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir que la cosa accesoría estará regida por el mismo derecho que la cosa principal.

h. Los frutos: son los productos naturales, que, periódicamente, suministran las cosas, sin disminuir su esencia. Por ejemplo, los frutos de las plantas, la leña del bosque, las crías de los animales, etc.; a estos se los llama, **frutos naturales**, Los romanos los denominan *loco fructuum*. También pueden ser, los réditos que se obtienen de una cosa, por ejemplo, los alquileres de una casa. Estos son llamados **frutos civiles**.

La posesión. Concepto y elementos

La posesión, tal como la entienden los romanos, puede ser definida como: “El hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola

materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario”.

Los elementos de la posesión son:

1.- **Corpus**: Es el elemento material, es la sujeción efectiva de la cosa, supone una relación física entre el cuerpo del poseedor y la cosa misma, que importa que sea inicial, no siendo necesario que esa relación se mantenga permanentemente.

2.- **Animus**: Es el elemento intencional, es la voluntad, en el poseedor de conducirse como amo con respecto a la cosa, es el llamado *animus dominus*, por Savigny.

Propiedad y posesión

Las actividades que el propietario ejerce sobre la cosa, están respaldadas por un título jurídico: son la práctica de un derecho. Pero tales actuaciones, se pueden concebir, haciendo abstracción de las circunstancias de que respondan, o no, a un derecho. Que alguien tenga en su poder una cosa y se sirva de ella, es una mera relación de hecho, lo cual podrá o no, responder a un derecho. A esta situación de hecho, en la que una persona tiene en su disponibilidad de modo efectivo una cosa corporal, se llama **posesión**.

Muchas veces, la titularidad jurídica de *dominus* de la cosa y el hecho real de poseerla coinciden; pero otras no; hay propietarios que no tienen la posesión de la cosa y hay poseedores que no son propietarios.

Podemos, entonces, decir, que la posesión normalmente, coincide con el derecho de propiedad, pero, a veces, solo tiene su apariencia, como ocurre en el caso del ladrón, donde la posesión es ilegítima.

Para la comprensión de la posesión es necesario distinguir el concepto pretoriano del concepto civil.

La posesión pretoriana

Es aquella protegida por interdictos. Se trata de situaciones de posesión no vinculadas directamente a la propiedad. Ello implica que, si quien detenta la cosa, no puede, en ese momento, exhibir un justo título adquisitivo de dominio, el Pretor, protege su posesión, por medio de los **interdictos posesorios**, sin verificar los hechos invocados por el peticionante. Sin embargo, estas órdenes, que da el magistrado, a pedido de parte, para que se restituya la posesión o se abstenga de molestar al poseedor o muestre algo; está condicionada, ya que si el destinatario de la orden, considera que es injusta, no la acata. Los interdictos posesorios son:

1.- *Retinandae Possessionis*: de retener la posesión, del actual poseedor frente a quien lo está molestando en ella, existiendo dos clases de interdictos de retener la posesión: el *uti possidetis* (sobre bienes inmuebles) que protege al poseedor actual, y el *utrubi* (sobre bienes muebles) que protege al poseedor que posea la cosa por el mayor tiempo, contado desde la fecha del interdicto, hacia atrás, durante ese año.

2.- *Recuperandae possessionis*: de recuperar la posesión de un inmueble, que se ha perdido, existiendo las siguientes clases de interdictos: *unde vi*, dado a quien le quitan la posesión de modo violento (*vi armata*) que es perpetuo y procede aunque la posesión sea viciosa con respecto a quien lo ha despojado, o *de vi quotidiana*, despojado sin el uso de armas. Este interdicto debe intentarse dentro del año, y puede impedirse su ejercicio, si la posesión de quien es despojado, resulta viciosa.

3.- *Adipiscendae possessionis*, o de adquirir la posesión, que no se ha tenido todavía, existiendo cuatro clases de este tipo de interdictos: *el quorum bonorum*, dado al *bonorum possessor* contra quien está en posesión de las cosas de la herencia, para obtenerlas; el *quod legatorum*, dado al *bonorum possessor* para que se le entreguen las cosas objeto de un legado, contra el legatario que se apoderó de ellas en forma violenta o clandestina, y el salviano, dado al acreedor hipote-

cario para ponerse en posesión de los bienes dados por el deudor en garantía hipotecaria, por una deuda no saldada.

La posesión civil

La jurisprudencia elabora la teoría de la posesión civil, estudiando los requisitos necesarios para el modo de adquirir la propiedad mediante la *usucapio*, que consiste en la adquisición del dominio por la posesión de una cosa, durante un cierto tiempo.

El problema consiste, en determinar, cuando la posesión física de una cosa, permite considerar, que el transcurso del tiempo, transforma al poseedor en propietario. La posesión civil es aquella donde la persona, tiene la posesión física de la cosa acompañada de un justo título, sin ser realmente propietario.

La posesión civil, es la detentación material de una cosa, amparada por una justa causa de dominio.

Quasi possessio

Para el Derecho clásico, la posesión civil solo es posible respecto de cosas materiales, y no de derechos. Los bizantinos, sin embargo, llegan a considerar, que también la posesión es procedente, tratándose de derechos reales, hablando en este caso de *quasi possessio*.

Esta posesión se tipifica como el ejercicio de hecho de un derecho real, independientemente de si realmente existe el derecho; tal es el caso, por ejemplo, si Ticio, sin ser dueño de un fundo, constituye un usufructo sobre ese fundo, en favor de Cayo. Éste no tiene la titularidad del usufructo, pero, para los bizantinos, tiene la *quasi possessio*. Como consecuencia de ello, puede adquirirlo por *usucapio*.

Adquisición de la posesión

Ningún requisito formal se necesita para adquirir la posesión. Cuando concurren la relación entre el sujeto y la cosa, es decir, el elemento exterior y objetivo que es el “*corpus*”, con el elemento interno o subjetivo, que es el *animus possidendi*, queda lograda la condición de poseedor.

El requisito del *corpus*, no se concibe de un modo materialista, como contacto directo o sujeción inmediata, es suficiente con tenerlo a su disposición.

El *animus* es el requisito intencional, supone la capacidad del sujeto y la voluntad de disponer de la cosa como dueño. No debe entenderse como un requisito de proceso tan exclusivamente interno y psicológico, que pueda, sin más, transformar una posesión natural en posesión *ad interdicta*; un arrendatario o un depositario, no pueden decidir por propia voluntad que un cambio en su intención basta para que se los considere como poseedores. Hace falta el consentimiento del verdadero poseedor, o un acto ostensible que patentice que a éste, le ha sido arrebatada su posesión.

¿Es preciso que el hecho y la intención existan en la misma persona que quiera adquirir la posesión?, aquí es necesaria una distinción, porque siempre ha sido indispensable que el adquirente tenga el *animus*, pero es completamente distinto para el hecho material de la detención.

Por eso, un jefe de familia puede hacerse poseedor por medio de la intervención de las personas colocadas bajo su potestad, con tal de que tuviese personalmente el “*animus*”, esto es, la voluntad de adquirir.

Más tarde, se admite, también, que se pueda adquirir la posesión por medio de una persona libre y *sui iuris*, poseyendo el *animus*. Esto ocurrió hacia fines del siglo II d.C., y, desde entonces, se pudo adquirir, por un tercero, el elemento material de la posesión.

Ni el esclavo, ni el *infans*, ni el loco pueden adquirir por sí la posesión. Justiniano admite que el *infans* pueda tomar posesión con la

auctoritas del tutor, siguiendo la opinión de los jurisconsultos Ofilio y Nerva hijo.

Conservación de la posesión

La posesión se conserva, en principio, con el *corpus* más el *animus*. No es aceptado, ni por los Proculyanos ni por los Sabinianos, la conservación *animus tantum*, (tan solo con el alma).

Este principio, va teniendo excepciones. Por ejemplo, pueden conservarse *solo animus*, los fundos de pastoreo, en los períodos que no se usan o sobre el esclavo fugitivo, mientras se lo está buscando. Con Justiniano, se hace regla, que pueda conservarse la posesión, *solo animus*, si han existido, ambos elementos, al comienzo de la posesión.

En los casos de transferencia de la posesión, en virtud de derechos personales o reales a favor de terceros (usufructo, arrendamiento), no se considera que el dueño pierde la posesión ni que el tercero la adquiere; aquel continúa poseyendo a través del tercero, quien posee a nombre del dueño.

Pérdida de la posesión

Es evidente que cesa de poseer cuando se pierden, a la vez, los dos elementos, (*corpus* y *animus*). Es lo que ocurre, cuando, por ejemplo, la cosa llega a perecer, o cuando el poseedor se deshace voluntariamente de ella, abdicando el *animus domini*, en beneficio de un tercero. Pero como la posesión supone reunidos el hecho y la intención, se pierde también desde el momento que el poseedor cesa de tener el uno o el otro.

a) La posesión se pierde *ánimus solo*, cuando el poseedor tiene el firme propósito de renunciar a la cosa. Para perder la posesión no

es necesario que otro la adquiriera, es suficiente con que ya no quiera tenerla.

b) La posesión se pierde *corpore* solo, cuando sobreviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a voluntad, ejerciendo físicamente su poder sobre ella. Por ejemplo, cuando el poseedor de una cosa cesa de poseerla, cuando el sitio donde se encuentra se hace para él inaccesible, o cuando la ha perdido, ignorando en absoluto donde se encuentra; y cuando otra persona se queda con ella, clandestinamente o por violencia. Pero la posesión no se pierde *corpore*, cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa, ya que es en él, en quien reside el *animus*.

Teorías posesorias

A continuación, se exponen las doctrinas sobre la posesión, surgidas en el siglo XIX, que han ejercido mayor influencia sobre el pensamiento y la legislación contemporánea. Veremos cómo fundamentan, tres autores, la protección que se da a los poseedores, con independencia de si son poseedores legítimos o ilegítimos, y cómo caracterizan a uno de los elementos de la posesión, el *animus*, ya que, con respecto al *corpus*, no hay opiniones disidentes.

Teoría de Savigny

El jurista alemán, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) fundador de la Escuela Histórica del Derecho, en Alemania, sostiene que la protección, que la ley le da al poseedor actual, es una cuestión de hecho, con el fin de resguardar la paz social, ya que, sería muy molesto, que, cada poseedor, tenga que probar, frente a quien le reclama la cosa poseída, su derecho, debiendo hacerlo, por lo tanto, quien lo pretende. Sostiene que la posesión supone la existencia de dos ele-

mentos esenciales: el *corpus* y el *animus*. El primero, es el elemento físico de la posesión, sin el cual ésta no se concibe. En su forma típica supone el contacto material con la cosa; pero en la práctica ese contacto no es indispensable.

Lo que realmente define al *corpus*, lo que convierte verdaderamente a una persona en poseedora, es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiera, impidiendo toda injerencia extraña. Para que realmente una persona sea reputada poseedora, es necesario que posea con **ánimo de dueño** (*animus domini*); por el contrario, si tiene la cosa, reconociendo en otro el derecho de propiedad, si la tiene en representación de otro o para otro, es un simple tenedor, por ejemplo, quien es locatario de una cosa, que sabe que, al término de la locación, debe devolverla.

Es necesario insistir en este concepto para la trascendencia que ha tenido en nuestra legislación; si se posee con *animus* de dueño hay posesión propiamente dicha, si se tiene la cosa reconociendo en otro el derecho de propiedad, hay simple tenencia. Es por consiguiente el *animus* lo que distingue al poseedor del tenedor, el *corpus* no permite por sí distinguirlos, ya que tanto el poseedor como el tenedor tienen la cosa de la misma manera.

Teoría de Von Ihering

El jurista alemán Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892) Impugna vivamente la teoría de Savigny. Considera que el Derecho protege la posesión, porque lo normal es que el poseedor coincida con el propietario, o sea protege un derecho y no una mera cuestión de hecho. Ejemplifica, diciendo, que, si vemos a alguien conduciendo un vehículo, y que otro se lo saca, atinamos a socorrer al despojado, considerando como ladrón, al que le ha quitado la posesión, porque es lo generalmente sucede. Es poco habitual, que quien arrebatase a otro la posesión, sea el verdadero dueño.

Niega que el *corpus* esté caracterizado por la posibilidad material de disponer de la cosa, porque no siempre el poseedor tiene la posibilidad física de disponer, sin contar que el señorío del que nos habla Savigny existe también en las relaciones de padre a hijo menor, no obstante, lo cual no hay posesión.

En cuanto al *animus domini* exigido por Savigny, refuta el caso del ladrón, que es un poseedor (ilegítimo) pero sabe que no puede tener la pretensión de convertirse en dueño de la cosa, porque nadie puede usucapir cosas robadas. Sin embargo, es indudable, que el ladrón, a pesar de no tener el ánimo de convertirse en dueño, es un poseedor. Por eso, Von Ihering considera que el *animus*, requerido en el poseedor, es el ***animus de explotación económica***, pues todos los poseedores lo tienen, que es, el de sacarle provecho a la cosa poseída. Ante el argumento de que el tenedor, por ejemplo, el arrendatario de un campo, también tiene el ánimo de reeditar con el mismo, aclara, que, existen excepciones, dispuestas por el ordenamiento jurídico, que excluyen algunos casos de la posesión, por motivos prácticos, como en el caso de la locación de cosas.

El *corpus* no se trata ni de la aprehensión física ni de la posibilidad física de aprehender la cosa; se trata de comportarse respecto de la cosa como lo haría el propietario o las personas a las cuales la ley reconoce un derecho de posesión; lo decisivo es que esa conducta sea la adecuada al destino económico de la cosa, que es servir a los hombres.

Teoría de Saleilles

El jurista francés, Raymond Saleilles (1855-1912) trata de conciliar ambas posiciones. Impugna a Savigny, expresando que no es posible adoptar la propiedad como base o modelo de la posesión, ya que históricamente la apropiación y posesión precedieron a la propiedad. Considera que el *animus* requerido en la posesión, no es ni el de dominio, que dice Savigny, ni el de explotación económica, que propone

Von Ihering, sino el ***animus de apropiación económica***, que consiste en tomar la cosa para sí, independientemente del título que se tenga, para sacarle un rédito material. Con esto, resuelve el problema del ladrón, que no pretende ser dueño legítimo de la cosa, pero sí “adueñarse” de ella y no devolverla, por eso es poseedor; y el problema del arrendatario, que, si bien quiere sacar provecho de la cosa, no es su intención apropiársela, y por eso no es poseedor.

La Propiedad Romana

Concepto. Evolución

Los derechos reales sobre la cosa propia constituyen el derecho de propiedad o de dominio, que es uno de los más amplios de los que puede ser titular una persona.

La voz propiedad, hace referencia a lo que pertenece a una persona o es propio de ella. Este término denota cierta unidad o adherencia, no física, sino moral, de las cosas o personas.

En sentido amplio, la propiedad es la relación en que se encuentran las cosas con las personas, y consiste en la adherencia moral de las primeras respecto de las segundas.

En sentido jurídico, es un derecho absoluto que puede ejercer una persona sobre una cosa.

El derecho de propiedad permite al titular no sólo usar y usufructuar la cosa sobre la que se ejerce, sino también abusar y disponer de ella a voluntad.

Es, además, un derecho exclusivo del que sólo una persona puede ser propietaria (en la copropiedad o condominio, es la parte indivisa de cada uno); y, por último, es un derecho absoluto e irrevocable.

Por ello, para los Romanos, que no la definieron, es la *plena in re potestas*.

Junto a la propiedad, hay otros derechos reales, los denominados *iura in re aliena* que configuran potestades no plenas, sino limitadas, sobre la cosa de otro.

De acuerdo con lo dicho, vemos que la propiedad es ilimitada, en principio. Las limitaciones surgen ya por el *ius* o por la propia decisión del propietario.

La noción del dominio romano se refiere propiamente a la cosa misma, de la cual se afirma una cualidad (*qualitas*), que es la de pertenecer a una determinada persona.

Así, cuando se reclama en juicio la cosa, el actor afirma “ser suya la cosa”, *rem suam esse* (Gayo); ello supone que, dadas las características de la cosa, el propietario tendrá su aprovechamiento en forma plena.

Al considerar a la propiedad como el derecho real típico que se presenta en plenitud, en cuanto atribuye al propietario todo poder lícito de utilización hasta la consumación de su objeto, se configura como el señorío más general (en acto o en potencia) que tiene el titular sobre la cosa y se caracteriza por ser:

Un **derecho absoluto**, donde aparece la posibilidad jurídica más amplia de aprovechamiento de las cosas (*plena in re potestas*); Se dice que “quien usa de su propio derecho no daña a nadie” Paulo y Gayo consideran que “no hace ningún dolo, quien usa de su derecho”.

Pero ante el mal uso de ese derecho, se habla del “mal uso del *ius*”. Así Gayo habla del esclavo maltratado por su dueño y que busca asilo en un templo o en la estatua del emperador. Ante ello, por un *Rescriptum de Antonino Pío*, se obliga al dueño a vender el esclavo. Justiniano le da un fundamento público: “pues aún la *res* pública tiene interés en que nadie use mal de su cosa”.

Vemos, entonces, que si bien en los tiempos primitivos, la *potestas* del propietario luce como soberana, comienzan a aparecer restricciones cuando ese ejercicio trae perjuicios a terceros.

Tampoco hay que olvidar que la conciencia social juega un papel importante. Aquí es de importancia, el rol de los Censores, que tienen a su cargo el cuidado de las costumbres (*cura morum*). Intervienen en los casos de gastos irracionales o irresponsables, incluso, respecto de los fundos deficientemente trabajados. El campesino está obligado a trabajar bien el campo de su propiedad, y a no descuidarlo, ya que, de lo contrario se lo sanciona con la tacha censoria.

Un **derecho exclusivo e individual**, lo que debe entenderse como que, en un dominio, sólo puede haber un propietario, y éste excluye a cualquier otro, en tal situación jurídica.

El propietario puede impedir a quienquiera que sea, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad (*ius prohibendi*) y en la titularidad de ellos, salvo cuando una misma cosa pertenece, a la vez, a varias personas que ejercen así concurrentemente el derecho de propiedad. En tal supuesto, que configura la copropiedad o condominio, cada copropietario tiene, sobre la cosa, un derecho individual que recae sobre una cuota parte ideal y abstracta del bien en condominio.

Un **derecho perpetuo e irrevocable**, que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario, que tiene sobre la cosa el más amplio señorío, esté obligado a desprenderse de la misma en un tiempo determinado.

Así, en Roma no estuvo admitido constituir un derecho de propiedad *ad tempus*, es decir, convenir que, vencido cierto tiempo, la cosa adquirida retornara *ipso iure* al enajenante.

Formación histórica de la propiedad romana

En los tiempos antiguos, no existe una denominación específica para la propiedad. En la Roma primitiva la propiedad se considera que fue

colectiva, ya que fueron las Tribus las que poseyeron las tierras para trabajarlas en común.

La idea de que el terreno fuese primeramente de propiedad o soberanía de la colectividad gentilicia, halla confirmación, al encontrarse, el mismo hecho, cerca de otros pueblos primitivos, distribuidos en *gens* a la par del pueblo romano.

Propiedad colectiva no significa también cultura y goce en común del suelo. Jurídicamente, la propiedad colectiva difiere del condominio; en ella no se tiene la división por partes ideales de la cosa, como ocurre en el condominio.

En el período próximo a la fundación de la ciudad, las *gens* van superando el estado comunitario asignando territorios a cada familia. Al adquirir ésta, su preponderancia, como núcleo político y social, la propiedad se resume en esta institución, representado por el poder soberano del *paterfamilias*.

Con el correr del tiempo, en el Derecho Romano, se perfila la propiedad privada, por concesión graciable del soberano, ya que, sobre los bienes inmuebles, ninguna ocupación podía crear un poder legal.

Sobre cómo se distribuyó la propiedad en Roma existen varias posturas:

- **Varrón:** afirma que la misma se lleva a cabo por primera vez entre las tribus genéticas, a cada una de las cuales se les asigna un terreno común.

- **Cicerón:** sostiene que Numa Pompilio hizo una división posterior de la tierra en forma individual, creando así un tipo de propiedad particular.

- **Dionisio de Halicarnaso:** asegura que la distribución es hecha por Rómulo a favor de las curias, dejando porciones que atribuye al culto y las restantes al Estado. La primitiva propiedad inmueble habría sido dividida en tres partes, una consagrada al culto de los dioses, otra reservada al Estado y la tercera parte, distribuida entre los particulares.

Estructura de la propiedad romana

La propiedad estuvo primeramente regulada por el Derecho de los *Quirites*; más adelante, cuando el Derecho de Gentes comienza a ejercer influencia en la esfera del Derecho Civil, aparece, al lado de la propiedad quiritaria, un tipo de dominio de más amplio contenido, la propiedad bonitaria.

Con Justiniano, lograda la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros, se suprimen las formalidades exigidas para la transmisión del dominio, y desaparece la diferencia entre fundos itálicos y provinciales, rompiendo el paralelismo, entre propiedad quiritaria y bonitaria, quedando sólo una especie de propiedad.

Dominium ex jure Quiritium

La propiedad romana, por excelencia, es la propiedad quiritaria. Esta especial propiedad, es regulada por el *Ius Civile* y cuenta con la más amplia tutela legal, por medio de la típica *actio in rem*, la *reivindicatio*.

La propiedad quiritaria o del Derecho Civil, requiere, para su existencia, que el sujeto titular del derecho, sea un ciudadano romano; y, desde luego, libre y *sui iuris*. No es accesible a los extranjeros o peregrinos, ya que no pueden ser propietarios *Ius Civile*.

En cuanto al objeto sobre el que puede recaer el dominio quiritario; si se trata de cosas muebles, deben pertenecer a la categoría de las *res in commercium*, y, si eran inmuebles, sólo cabía respecto de los fundos itálicos; estos son, por oposición a los fundos provinciales, los situados en Italia o en tierras a las cuales se les hubiese concedido el privilegio del *ius italicum*, derecho otorgado fuera de Italia a las provincias conquistadas por los romanos, por cuya virtud quedan excluidas del pago de impuestos ordinarios (*tributum*) y sus habitantes, gozan de los privilegios y exenciones, que tienen los ciudadanos romanos en Italia.

Se requiere, por último, un modo de adquisición de la cosa objeto de propiedad quiritaria, consagrado por el *ius civile*, como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, la *adjudicatio* o la *lex*.

Dominium in bonis habere

Esta clase de propiedad, que tiene reconocimiento legal en el Derecho Romano, por la acción del Pretor, se presenta ante la falta de alguno de los requisitos necesarios para la existencia del dominio quiritario.

Si el sujeto es incapaz, porque se trata de un extranjero, si el objeto no es idóneo, como cuando se transmite un fundo situado en suelo provincial, o si el modo de transmisión no pertenece a los reconocidos en el *Ius Civile*, caso que se usara la *traditio*, se transmite una propiedad imperfecta, ya que no se configura el *dominium ex iure quiritium*.

El Pretor, entendiendo que el rigorismo del Derecho Civil, debe ceder ante la intención de las partes de constituir el derecho real de propiedad, aunque faltara alguno de sus presupuestos formales, admite que existiera otra propiedad, a la que llama, genéricamente, bonitaria o pretoria, dándole protecciones.

Esta especie de dominio se diversifica en tres modos distintos de propiedad: la propiedad peregrina (perteneciente a un no ciudadano) la provincial (en territorios provinciales) y la bonitaria (que tiene el ciudadano romano, que no ha adquirido la cosa por un medio del Derecho Civil, y está esperando usucapir).

Justiniano restablece el concepto clásico de propiedad, distinguiéndola de la posesión y establece un solo concepto de propiedad. Desaparece la diferencia entre *dominium ex iure quiritium* y *el habere in bonis*.

Distribución de la propiedad en los fundos itálicos

A medida que las conquistas romanas se expanden por Italia, se impone el principio, que el territorio de las poblaciones vencidas, debe pasar a ser propiedad del Estado romano, que distribuye el mismo, según su naturaleza.

Estas tierras conquistadas, ubicadas fuera de Roma, pero dentro de la península itálica, constituyeron los llamados fundos itálicos.

Además, se distingue, entre las tierras cultivadas y no cultivadas. Las primeras, se entregaron en propiedad a los particulares, distribuyéndolas, de tres formas:

- Bajo Tulio Hostilio, y sus sucesores, hay repartos gratuitos entre los ciudadanos más pobres.
- En la época republicana, y comienzo de la imperial, los Cuestores se encargan de hacer la distribución, mediante ventas efectuadas a particulares.
- Por último, son asignadas a los veteranos de guerra, en recompensa por los servicios prestados al Estado, o bien a los ciudadanos que se anotan para fundar colonias.

Las tierras no cultivadas, tienen un tratamiento distinto. El Estado permite a los ciudadanos tomar la extensión de tierra que deseen, sin determinación de límites, salvo los naturales, y con la obligación por parte de éstos de que las cultiven y paguen un tributo.

Estas excepciones, sólo para los ciudadanos romanos, no otorgan el derecho de propiedad, sino sólo una posesión, que el Estado puede revocar a voluntad.

Los fundos no cultivados, quedan, básicamente, en poder de los patricios, que tienen los medios para cultivar y pagar el cánon. Esta situación, provoca la reacción de las clases inferiores, que son apoyadas por el Tribuno de la Plebe, y, para impedir los abusos de la clase dominante, logran la sanción de las leyes agrarias.

La primera ley agraria es la *Lex Licinia de Aventio Publicando* (456 a. C), por la que se reparten tierras públicas en el Monte Aventino.

Esto mejora la condición de la plebe, pero, las continuas guerras causan, nuevamente, la ruina de los pequeños propietarios.

Esta situación fuerza la sanción de la *Lex Licinia Agraria* (367 a. C.) que prohíbe, bajo pena de multa, que ningún ciudadano tuviese más de 500 espacios de tierras públicas, pero, en la práctica, no se cumple.

En el año 123 a.C. el Tribuno Tiberio Graco, presenta un proyecto de ley, teniendo por base la *Lex Licinia Agraria*, estableciendo la limitación de las 500 yugadas de tierra, que, a partir de entonces, quedan en propiedad quiritaria; y disponiendo que deben volver al Estado, todas las tierras en poder de los que tuvieran mayor extensión, para distribuir las entre los que no tengan nada. Así, introdujo una importante modificación, al transformar la posesión que sobre las tierras tenía el ciudadano, en plena propiedad y repartir pequeñas porciones entre los pobres. Tiberio Graco muere asesinado.

En el año 113 a.C. el Tribuno Cayo Graco, hizo sancionar otra ley, la *Sempronia Agraria*, en la que se reproducen las disposiciones que contiene la primera, pero con reformas más radicales, repartiendo a los populares, 200 yugadas de tierra, en lugar de las 30 que había establecido, la *Lex Licinia*, pero la oligarquía patricia impide que la ley se aplique; Cayo Graco corre igual suerte que su hermano Tiberio, y la reforma, agraria es abolida.

Alrededor del 109 a.C. se sanciona otra ley agraria que prohíbe las asignaciones en el futuro, y ratifica la transformación de las posesiones existentes en propiedades privadas, siempre que sus titulares paguen un canon, y parte de sus productos sean distribuidos entre los ciudadanos más pobres.

Las guerras llevan a la ruina a la propiedad privada, la cual sufre abusos y confiscaciones públicas. Comienza a abundar la tierra abandonada, lo que motiva a Sylla a distribuir las, culminando las asignaciones, con Tito y Domiciano. Este último Emperador, castiga las usurpaciones de los particulares sobre las parcelas de tierra que quedan fuera del trazado regular de las tierras cultivadas.

En esta época desaparecen, en Italia, los restos de las tierras reservadas al Estado, ya que comienzan a existir propiedades privadas en poder de particulares que ejercen, sobre ellas todas las facultades del derecho de propiedad.

Distribución de la propiedad en los fondos provinciales

Los fondos provinciales son aquellos, conquistados por los romanos, fuera de Italia. Se impuso el criterio, salvo los privilegios concedidos a ciertas ciudades, de que el terreno provincial pertenece al Estado por derecho de conquista, y sólo puede ser entregado a los particulares en forma precaria, con la obligación por parte de éstos, de pagar una renta.

Desde Augusto, los fondos provinciales son de dos clases: 1) del Emperador y 2) del Senado o del pueblo romano.

- Las provincias del Emperador son las que se encuentran en los confines del Imperio, todavía no pacificadas, y están gobernadas por un funcionario que representa al mismo. Los poseedores pagan un tributo que ingresa al Fisco o Tesoro del Emperador.

- * Las provincias del Senado o del pueblo romano son gobernadas por Procónsules, están pacificadas, y sus ocupantes abonan un tributo, que ingresa al Tesoro del pueblo o *aerarium*.

Con Diocleciano, esta división desaparece, cuando el imperio es repartido en cuatro jurisdicciones, todas dependientes de la autoridad imperial.

Los particulares, sólo tienen sobre las tierras provinciales, la posesión o el usufructo, no pudiendo detentar la propiedad, ya que ésta pertenece, al pueblo o al Emperador.

Los ocupantes de los fondos provinciales disfrutaban de una especie de propiedad imperfecta, que les permite transferir sus derechos por actos *inter vivos* o *mortis causa*, o beneficiarse con la *praescriptio longi temporis* que les hace adquirir la propiedad con el paso del tiempo.

El régimen de asignación de los fundos provinciales se va modificando lentamente, ya que los emperadores conceden, a sus provincias, los beneficios del *Ius Italicum* que las asimilaba a los territorios de Italia y les da el privilegio de la propiedad romana, y la exención del impuesto de inmuebles.

Bajo Justiniano, las diferencias entre las tierras de provincia y los fundos itálicos desaparecen, elevando al rango de propiedad civil.

Modos de adquirir la propiedad del Derecho Civil

En el Derecho Civil, encontramos cinco modos de adquirir la propiedad, siendo ellos la *mancipatio*, *la in iure cessio*, *la adjudicatio*, *la usucapio* y *la lex*

La *mancipatio*

La *mancipatio* o mancipación, es un modo de adquisición privada y solemne, del Derecho Civil, que exige la presencia del enajenante (*mancipium cedens*) del adquiriente (*mancipium accipiens*), de cinco testigos ciudadanos púberes y de un *libripens* o portador de la balanza. La cosa, objeto de la venta debe estar presente al momento de la venta, salvo que sea inmueble.

El comprador o *mancipium accipiens*, debe pagar por la cosa, y este pago se hace, en tiempos primitivos, por las viejas formas de la moneda; las barras de cobre o de bronce se depositan en la balanza para pesarlas. El comprador y el vendedor pronuncian las palabras solemnes y luego se procede a la entrega de la cosa que pesa el *libripens*, quedando así efectuada la *mancipatio*. Cuando el dinero pasa a tener valor simbólico, el *libripens* y la balanza quedan como parte del ritual, golpeándose la balanza con la moneda, sin pesarla.

El efecto que produce este procedimiento es el de transferir inmediatamente la propiedad del objeto, pero no su posesión, la que solo se adquiere cuando el objeto se entrega al adquirente. Si el enajenante se niega a transferir el objeto, el adquirente puede ejercer la *actio reivindicatio*.

El vendedor debe garantizarle, al comprador, la propiedad de la cosa vendida, estando obligado a pagar el doble del precio obtenido, en caso de que la cosa no esté sometida a su dominio, y el adquirente sea privado de ella por la *actio rei vindicatio* intentada contra él, por el auténtico propietario; pues el adquirente tiene una acción penal contra el vendedor: “*la actio auctoritatis*”, para obligarlo a realizar el pago.

Como es un medio de adquirir del Derecho Civil, se necesita que ambas parte gocen del *ius commercium* y solo se aplica a las *res Mancipi*, siendo nulos sus efectos, si las cosas son *nec Mancipi*.

Esta forma de adquirir la propiedad cae en desuso al desaparecer la distinción entre las *res Mancipi* y *nec Mancipi*.

Características

Es el modo más antiguo para adquirir la propiedad por Derecho Civil.

Solo puede ser realizado por los ciudadanos romanos, en la ciudad de Roma.

La cosa que va a ser transmitida en propiedad debe ser *res Mancipi*.

La *Mancipatio*, más que un modo para transmitir la propiedad, es un negocio jurídico *per aes et libram*, que sirve para crear diversos derechos y obligaciones.

Se denomina *per aes et libram*, porque se realiza en presencia de un ciudadano, llamado *libripens*, provisto de una balanza, en la que se pesa, real o simbólicamente, el dinero, que, primitivamente valía por su peso en metal.

Es un negocio jurídico, regido por formas sacramentales de ineludible cumplimiento y seguido por las expresiones verbales constitutivas del derecho o de la obligación.

Importancia de la *mancipatio* fuera de la transmisión del dominio sobre las cosas

Como negocio jurídico, es una de las formas civiles para adquirir el dominio; pero, además, por medio de la *mancipatio* se constituye el *nexum*, un instituto contenido dentro de la Ley de las XII tablas, el cual genera un vínculo personal y físico entre el acreedor y el deudor de una obligación, que se mancipa a su acreedor, garantizando el pago de su obligación.

También, por *mancipatio* puede hacerse el pacto de *fiducia*. El que requiere en préstamo una suma de dinero, da sus bienes en garantía, mancipándolos o vendiéndolos al acreedor, y éste se compromete a devolverlos, cuando el deudor pague.

Otro caso es el *mancipium*, que nace de la *mancipatio*, lo mismo que el abandono noxal, la adopción y la emancipación, se hacen por sus ritos.

Con ella se crean las servidumbres rústicas, y se utiliza en el matrimonio por *coemptio*, para adquirir la *manus*.

Acciones de la *mancipatio*

Tres acciones protegen la *mancipatio*: la *auctoritatis*, la *actio de modo agri* y la *actio de fiducia*.

La primera, puede ejercitarse cuando el comprador es perturbado, en el ejercicio del derecho que ha adquirido sobre una cosa, pues el vendedor tiene la obligación de defender el derecho del comprador, si el comprador es privado de la cosa, en beneficio de un tercero. En

ese caso, el vendedor debe pagar al comprador el doble del valor de ella.

La segunda de dichas acciones, procede cuando se vende un predio rústico, y su medida resulta menor a la que se ha pactado en la venta. El vendedor es obligado a pagar el doble del valor de esa diferencia. Esta acción es semejante a la acción redhibitoria y *quantum minoris*, o estimatoria, que, en el contrato de compra-venta, se le confieren al comprador, contra el vendedor, por los vicios ocultos de la cosa vendida.

La tercera de las citadas acciones, se da cuando a la *mancipatio* se le ha agregado un pacto de fiducia. Si el acreedor no devuelve los bienes al deudor, habiendo pagado éste, puede, el deudor, reclamar su restitución por medio de la *actio fiduciae*.

La *in iure cessio*

Es un modo de adquirir el dominio del Derecho Civil, que consiste en un juicio simulado, y, que se emplea, lo mismo que la *mancipatio*, para contraer toda clase de obligaciones y para crear toda clase de derechos. El adquirente concurre ante el Pretor, y reclama como suya la cosa, que, si es mueble, debe estar presente, o llevar algo representativo, si es un inmueble. El enajenante acepta la demanda o guarda silencio, ante lo cual, la cosa es entregada al adquirente, como propia.

Se diferencia de la *mancipatio*, en que debe realizarse ante un magistrado, es decir, *in iure*, y su objeto puede estar constituido por cosas *mancipi* o *nec mancipi*. Se asemejan, en que ambas representan modos primitivos de adquirir propiedad. Posteriormente, a partir de Justiniano, caen en desuso, pues no se distingue, entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*.

La *in iure cessio* se aplica, además de, como el modo de transmitir el dominio quirritario, para manumisiones, para emancipaciones, adopciones, y para constitución de servidumbres de todo tipo.

Se hace necesario señalar que, de la misma manera como la mancipación produce la transferencia de la propiedad, bajo la garantía del pueblo, que figuradamente está dada por la presencia de los cinco testigos, la *in iure cessio* tiene los mismos efectos que aquella, con la diferencia, que el acto se efectúa bajo garantía de la autoridad constituida (el Magistrado).

La *adjudicatio*

La *adjudicatio* es otro modo de adquirir la propiedad *Ius Civile*. Consiste en el otorgamiento del derecho, por pronunciamiento judicial, dado en aquellos juicios que tengan por objeto, obtener la división de la cosa común; pues, el Juez, atribuye, a cada uno de los litigantes, la parte que le pertenece, del bien que ha estado en condominio.

La adjudicación se aplica en los procesos de partición de herencia, que se requiere mediante el ejercicio de la “*actio familiae erciscundae*”, en la cual se procede a la división de los bienes entre los herederos, o en los casos de partición de la cosa común, mediante la “*actio communi dividendo*”, decidiendo entre copropietarios la división de las cosas indivisas. La *adjudicatio*, tiene, como efecto, acordar a cada uno de los condóminos, su parte en propiedad, la que le es adjudicada por el Juez.

La *usucapio*

Es un medio de adquirir la propiedad por medio de la posesión continua y de buena fe de una cosa, durante el tiempo fijado por la ley.

Esta institución la define la doctrina romanista así: “La usucapión es la agregación del dominio mediante la continua posesión, por el tiempo determinado por la ley”.

Características

Usucapión deriva del latín *usus*, que significa usar una cosa, y de *capere* que equivale a tomar o apoderarse de algo.

Para designar este modo de adquisición de la propiedad, la ley romana utiliza las palabras *usus* y *auctoritas*, que indican que el plazo prescrito por la ley, tiene por objeto añadir a la posesión (*usus*) la protección legal concedidas al propietario (*auctoritas*).

Conforme a ella, se requiere, usucapir, poseyendo la cosa, debiendo ser ésta de buena fe, y cumplir con el transcurso del tiempo que la ley señala.

En sus orígenes, solo se aplica a las cosas *mancipi*, a los fundos itálicos y para los ciudadanos. Posteriormente, el Pretor la completa, y la extiende a los latinos y a los extranjeros; y a los fundos provinciales.

Se encuentran excluidas de esta situación, no solo las cosas que están fuera del comercio y, en sus inicios, los fundos no itálicos, sino también las cosas hurtadas (en virtud de la Ley de las XII tablas) y las poseídas por violencia, aunque estén en posesión de personas inocentes.

La ley de las XII tablas, establece, en una de sus reglas, que el dominio por usucapión, se adquiere, por la posesión continua, durante dos años para los inmuebles y un año para los muebles.

Esto resulta relevante con respecto a la propiedad bonitaria, o sea, cuando se transmite una *res Mancipi*, sin cumplir con las formalidades de Derecho Civil. El Derecho Romano se vale de la usucapión, para que el propietario bonitario adquiriera la propiedad quiritaria, el *dominium ex iure quiritium*, una vez transcurrido el tiempo previsto para la usucapio.

La usucapión subsiste en el devenir histórico de Roma y permanece en las doctrinas modernas y códigos vigentes.

Evolución: En la época clásica, el propietario *in bonis* (de buena fe), puede adquirir la propiedad quiritaria por usucapión, quedando consolidado su derecho, como si la adquisición se hubiese producido por la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

Igualmente, puede adquirir la propiedad por usucapión, el poseedor de buena fe, que hubiese obtenido la cosa de una persona que no es su propietario. En ambos casos, el adquirente pasa a tener la propiedad, que se defiende mediante la *actio reivindicatio* y otras, como la negatoria, procediendo la primera, cuando el propietario es despojado de su derecho, y, la segunda, por perturbación.

Praescriptio longi temporis: Es un medio de defensa otorgado, a partir del Imperio, a poseedores de fundos provinciales, para los que adquirir la propiedad por usucapión era imposible. No concede, hasta la época de Justiniano, la propiedad por el transcurso del tiempo, pero sí el derecho de seguir poseyendo. En sus comienzos, solo tuvo por objeto los inmuebles. Posteriormente, con el Edicto de Caracalla, se concede a los poseedores de bienes muebles. Entre la *praescriptio* y la usucapión hay pocas diferencias, ya que ambas exigen las mismas condiciones, sin embargo, las distingue, el tiempo de duración, que se eleva, en la *praescriptio longi temporis* a 10 años entre presentes (vecinos de una misma provincia) y 20 años entre ausentes (vecinos de diferentes provincias).

Existen otras diferencias entre la usucapión y la *praescriptio longi temporis*, ya que la usucapión se aplica a los ciudadanos romanos, y la *praescriptio* a los extranjeros, a fundos itálicos y fundos provinciales, respectivamente; adquirida la cosa por usucapión, subsiste la prenda y la hipoteca, en la *praescriptio longi temporis*, no.

Justiniano, unifica ambos institutos, y establece, la adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo, en tres años para las cosas muebles y 10 y 20 años para los inmuebles, en caso de que ocurra entre presentes o ausentes, respectivamente.

Praescriptio longissimi temporis: a partir del emperador Constantino, cuando el poseedor de un inmueble no tiene, ni título, ni buena fe, no llega a ser propietario del inmueble, pero no podía ejercerse acción reivindicatoria en contra de él; pues, el verdadero propietario perdía su acción por haber transcurrido cuarenta años. A partir de este antecedente, y de la aplicación de la regla establecida por Teo-

dosio II, que todas las acciones, tanto reales como personales, se extinguen en un lapso determinado, siendo el general de treinta años, Justiniano, introdujo una *praescriptio longissimi temporis*, de muy largo tiempo (treinta años) elevándose a cuarenta años, si es contra el Estado, la Iglesia o las fundaciones pías. No es adquisitiva, sino puramente extintiva.

Requisitos para la usucapión

Para que se configure la usucapión, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos:

a) Vigente el Derecho Quiritario (antiguo), para usucapir, sólo se requiere, el transcurso de tiempo. Por tanto, es suficiente, para que la usucapión produjese los efectos de adquisición de la propiedad:

- 1) Apoderarse de una cosa
- 2) Hacer uso de ella
- 3) Se prohíbe usucapir tanto cosas robadas (Ley de las XII Tablas), como cosas poseídas por violencia (*Lex Iulia*).

b) En la época clásica: Se perfila la usucapión como una verdadera institución, cuando se exige como requisitos:

1) Objetivo: consiste en que la posesión descansa sobre un justo título o una justa causa. Los títulos, son tantos, como las causas, en cuya virtud, se puede adquirir la propiedad, y así, pueden mencionarse: *pro-emptore* (por compra), *pro donato* (por donación) *pro dote* (por constitución de dote), *pro soluto*, (por solución o pago), *pro legato* (por legado).

2) Subjetivo: La buena fe del poseedor que pretende adquirir por usucapión, que es el convencimiento de haber adquirido la cosa, sin lesionar el derecho ajeno, sintiendo que es el propietario, quien le transmitió la propiedad de la cosa.

La buena fe se presume, por eso quien alegue la mala fe, debe probarla. Por lo tanto, quien objeta la adquisición por usucapión, debe probar los hechos constitutivos de la mala fe.

El tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión, ha variado, como hemos visto al analizar la institución en el devenir histórico de Roma. Con la Ley de las XII Tablas es de un año para muebles y dos para inmuebles. Justiniano lo fija en 3 años para muebles, y en 10 años entre presentes, y 20 años entre ausentes, para inmuebles.

Se requiere la posesión continua de la cosa, o sea, que no fuese interrumpida la posesión por un tercero, mediante la ejecución de actos de desposesión, porque la interrupción natural, por circunstancial que fuese, impide la adquisición de la propiedad, y hace necesario, el inicio de una nueva usucapión. Esto podía ser, por hechos naturales, que es la que opera, materialmente, cuando llega el verdadero propietario y priva de la posesión al que la tenía, por hechos civiles, o sea, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria.

La regla general es que todas las cosas son prescriptibles, pero, hay algunas que no lo son. En tal situación se encuentran los bienes del Estado o del Príncipe, los bienes de la Iglesia, los bienes de las Fundaciones, y las cosas que la ley prohíbe enajenar.

El poseedor puede hacer contar el tiempo, desde el momento en que haya comenzado a poseer, pero puede agregar el tiempo de sus predecesores, cuando su adquisición haya sido derivativa, por ejemplo: el heredero puede agregar el tiempo de su causante; pero señalemos, que la posesión transmitida al heredero, reúne los mismos caracteres que tenía en la persona del causante. Si es justa y de buena fe, la obtiene, en esa misma forma, el sucesor o heredero.

Efectos de la usucapión

Concede la propiedad.

La propiedad no deriva del propietario.

Se la considera en el Derecho Romano, como un modo originario de adquirir.

La adquisición extingue los derechos reales constituidos sobre la cosa.

La Ley

La propiedad se adquiere, de pleno derecho, por una persona distinta de su titular, mediante la ley. Por ejemplo, la ley dispone: “Quien encuentre un tesoro, casualmente, en terreno que no le pertenece, debe entregar la mitad del mismo, al dueño del terreno, porque la ley así lo dispone”.

Modos de adquirir la propiedad del Derecho de Gentes

Dentro del Derecho de Gentes, que permite acceder a la propiedad, tanto a ciudadanos como a extranjeros, encontramos los siguientes modos de adquirir la propiedad, siendo ellos: la tradición, la ocupación, la accesión, la especificación, la confusión, la conmixción, y la adquisición de frutos.

***Traditio* o Tradición**

Consiste en la entrega material de una cosa hecha por una persona, llamada “*tradens*”, a otra persona, llamada “*accipiens*”. Es un modo de adquirir la propiedad del Derecho de Gentes pues puede ser utilizado, también, por los peregrinos. Pero, no toda tradición, hace adquirir la propiedad, pues, quien recibe una cosa por tradición puede adquirir: a) La posesión y la propiedad; b) La posesión solamente; y, c) La simple detentación o “*possessio naturalis*”.

Para que la tradición transfiera la propiedad y la posesión, se necesita:

- 1) *Justa causa traditionis*.
- 2) Entrega material de la cosa.
- 3) Que la cosa sea susceptible de adquisición por este medio.

1) Se entiende por justa causa *traditionis*, a la intención de enajenar en el *tradens* y la intención de adquirir en el *accipiens*. Esta justa causa resulta, siempre, de un acto jurídico anterior a la tradición, y para la ejecución del cual, hacen las partes la tradición, por ejemplo: una venta, una donación, un pago, etc.

Pero no hay que confundir la justa causa, con ese acto jurídico anterior, pues lo que es indispensable, es la existencia de la intención de enajenar y de adquirir y no el título que implica. Si hay esa intención correlativa en el *tradens* y en el *accipiens* se opera la traslación de la propiedad y de la posesión, aunque el acto jurídico anterior (venta, donación, etc.) sea nulo.

2) Entrega material de la cosa. Para que haya tradición es necesario que el enajenante se despoje de la cosa, y ponga, al adquirente, en posesión de ella.

En la época antigua la entrega se hace, materialmente, así:

- a) Si la cosa es mueble, se hace pasar de una mano a otra.
- b) Si la cosa es un fundo, se necesita entrar en él.

Pero en la época clásica, en la post-clásica, y, finalmente, en la época de Justiniano, se regulan situaciones en las que la exigencia de la entrega efectiva no es necesaria y la tradición sin la entrega de la cosa, produce los mismos efectos que la tradición verdadera. Son estos casos, los siguientes:

1) La **traditio symbolica**, que consiste en la entrega de un símbolo o en la realización de un acto simbólico, lo que ocurría:

- Con la entrega de las llaves de un almacén de mercancías, que sirve como entrega de las mercancías: “*traditio clavium*”.

- Con la entrega del instrumento o escrito justificativo de la propiedad del enajenante: “*traditio instrumentorum*”.

- Con el señalamiento de la cosa con signos convencionales.

- Con el encargo de la custodia de la cosa a un guardia del adquirente: “*appositio custodis*”.

2) La **traditio longa manu**, o entrega de la cosa inmueble, situada a distancia, por su indicación o señalamiento.

3) La **traditio brevi manu**, por la cual, el que se halla detentando la cosa como arrendatario, depositario, comodatario, etc., se convierte con el consentimiento de la otra parte, de tenedor o poseedor, en propietario.

4) El **constitutum possessorium**, que tiene lugar, cuando el que posee la cosa como propietario, la enajena a otro, pero la conserva en su poder como usufructuario, como arrendatario, etc.

En las cosas susceptibles de adquisición por tradición, el objeto de la tradición debe ser corporal, *nec Mancipi e in commercium*.

La tradición de las cosas *Mancipi* no hace adquirir la propiedad civil de éstas, pues el *tradens* conserva la propiedad civil de ellas, y el *accipiens* sólo las tiene *in bonis*, pero puede usucapirlas, y, con el paso del tiempo, ser propietario civil, si es un ciudadano romano. En la época de Justiniano desaparece la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*.

Las cosas incorpóreas o derechos, no pueden ser objeto de tradición porque no son susceptibles de posesión ni propiedad. En la época de Justiniano se habla de la “*quasi possessio*” de las cosas incorpóreas y de su transmisión por “*quasi traditio*”.

La ocupación

Es un modo de adquirir la propiedad del Derecho de Gentes, y consiste en tomar posesión de una cosa que no pertenece a nadie, de una *res nullius*. La adquisición de la posesión y de la propiedad son concomitantes.

Los requisitos para que tenga lugar la ocupación, son los siguientes: a) Que el sujeto sea capaz; b) Que tome posesión de la cosa; y, c) Que la cosa no pertenezca a nadie.

Pueden ser adquiridas por ocupación:

1) Las cosas que no han pertenecido nunca a nadie, por ejemplo: la caza de animales salvajes y la pesca. Los animales salvajes, los peces y las aves, pasan a ser propiedad del primer ocupante, así sean tomados en fundo propio o en fundo ajeno; pero el propietario del fundo ajeno puede impedir al cazador o al pescador entrar en su fundo; y, si éste viola esa prohibición, puede ser perseguido por la acción de injuria.

2) Las *res derelictae*, o sea, aquellas cosas que han sido abandonadas por su dueño, con la intención de no seguir siendo propietario de ellas.

3) Las cosas tomadas al enemigo. Las cosas muebles y los cautivos, tomados individualmente por un soldado, le pertenecen por ocupación; pero, el botín tomado colectivamente por la armada, o los enemigos rendidos al ejército o a la escuadra romana, pertenecen al Estado. Igual ocurría con los inmuebles situados en los territorios conquistados, que no pueden ser objeto de ocupación individual, y, por lo tanto, pertenecen al Estado romano.

4) Las piedras preciosas, las perlas y otras cosas que se hallen sobre las riberas, pertenecen al descubridor, que es su primer ocupante.

5) La isla nacida en el mar, aunque rara vez suceda, pertenece al primer ocupante.

La accesión

Hay “*accessio*” o accesión cuando una cosa se adhiere a otra, por obra natural o artificial, para integrarse ambas en un solo cuerpo. El dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesoría.

Si la unión puede deshacerse, conservando la cosa accesoría su originaria individualidad, determina sólo una adquisición resoluble, pues al dueño de la cosa accesoría se le concede la *actio ad exhibendum*, para reclamar, luego, su cosa, por la *reivindicatio*.

En cambio, la unión orgánica, sólida y duradera, lleva aparejada una adquisición irrevocable. Esto no significa que el propietario de la cosa accesoría no deba ser indemnizado; pero, para esto, hay que ver si la unión, ha sido hecha por el propietario de la cosa principal o por el propietario de la cosa accesoría: Si lo hizo el propietario de la cosa accesoría, ha obrado de buena fe y tiene la posesión del todo, puede oponer la *exceptio doli* a la *rei vindicatio* entablada por el propietario de la cosa principal, para obtener el valor de la cosa accesoría que le pertenece. Si lo hizo el propietario de la cosa principal, el propietario de la cosa accesoría tiene la *exceptio doli*, si es él quien posee el todo; y una acción *in factum*, si la posesión del todo la tiene el propietario de la cosa principal, para obtener el resarcimiento de su pérdida.

La accesión presupone la adherencia verdadera de una cosa ajena a una cosa propia, distinguiendo los romanistas tres clases:

1) Accesión de una cosa mueble a otra cosa mueble, lo que tiene lugar en los siguientes casos:

a) *Ferruminatio*, que es la unión inmediata de dos objetos del mismo metal. El dueño de la cosa principal se hace propietario de la cosa accesoría. Así, por ejemplo: el dueño de la estatua se hace propietario del brazo adherido a la misma. Distinta de esta situación es la “*ad plumbatio*”, o sea la unión de objetos metálicos o no, de igual o diferente especie, mediante un tercer elemento, plomo o estaño. Como esta unión puede deshacerse sin detrimento de las cosas, no

da lugar a la adquisición de la propiedad; por lo que, luego de ejercida la acción *ad exhibendum*, para obtener la separación, se entabla la *actio rei vindicatio*.

b) Textura. Según el Derecho justinianeo, acceden a la tela ajena, los hilos que se le incorporan por bordados o entretejidos. En la época clásica, la textura no otorga una adquisición definitiva de los hilos; y el dueño de éstos, tenía la acción *ad exhibendum*, según opina el jurista Ulpiano.

c) Tintura. El colorante accede al paño, por lo tanto, el propietario del paño se hace propietario de la nueva especie, del paño teñido.

d) Escritura. Lo escrito sobre pergamino u otro objeto ajeno, accede a éste, pues lo principal es la materia y no lo escrito sobre ella, aun cuando sea una obra literaria, jurídica, o de otra naturaleza.

e) Pintura. La pintura accede a la tabla, según opinión del jurista Paulo; en tanto que, según el jurista Gayo, es la tabla la que accede a la pintura. Esta opinión de Gayo fue acogida por Justiniano, quien dice que es ridículo considerar accesoria la obra de un gran artista.

El diferente tratamiento otorgado por los juristas a la obra literaria y a la obra pictórica se encuentra en que la primera no se unifica con la materia (pergamino, papiro, etc.), en que se plasma gráficamente, mientras que la segunda se adhiere a la materia (tabla, lienzo, etc.), para existir en ella y con ella.

2) **Accesión de mueble a inmueble**

Pertenece al suelo, todo lo que se une a él. Tal principio origina la accesión en los siguientes casos:

a) Siembra: accede a la tierra, la semilla ajena que en ella es sembrada.

b) Plantación: el propietario de la tierra adquiere lo plantado en ella siempre que eche raíces. La adquisición es definitiva, aunque la planta sea arrancada después.

c) Edificación: los edificios u otras construcciones pertenecen en su totalidad al propietario del suelo.

La propiedad sobre la obra completa, sobre el todo, no significa adquisición de la propiedad de los materiales; pues el dueño de éstos conserva su derecho, sólo que no puede hacerlo valer mientras dure la conjunción.

El dueño de los materiales, que han sido usados para construir en fundo ajeno, debe aguardar, sin embargo, para reclamar sus materiales, por medio de la *actio ad exhibendum* y luego por la *reivindicatio*, hasta que el edificio ya no exista. La excepción es el caso de que los materiales sean robados; pues, en ese caso, tiene una acción penal, por la cual puede reclamarle al dueño del fundo el doble del valor de los materiales; además de la reivindicatoria, para recuperar los materiales, si la construcción se destruye. Justiniano, exige que se opte por una u otra acción.

En el caso de que el fundo sea ajeno, y los materiales propios, quien así ha construido, debe resignarse a que el dueño del fundo los adquiera, sin poder reivindicarlos, mientras la construcción subsista. Si tiene la posesión y es de buena fe, puede reclamar los gastos necesarios y útiles; pero no posee ninguna acción si ha perdido la posesión. El de mala fe, que tiene la posesión, puede reclamar los gastos necesarios, pero en ningún caso, reivindicar los materiales. Justiniano, les permite, a los dueños de materiales que construyeron de buena o mala fe, en terreno ajeno, tomar los materiales no necesarios; y ejercer la *reivindicatio*, cuando ya no exista el edificio.

Accesión de inmueble a inmueble

Son conocidos también bajo el nombre común de incrementos fluviales, y pueden darse los casos siguientes:

a) Aluvión: es el incremento paulatino e imperceptible, por obra de la corriente de las aguas fluviales, que llevan partículas de tierra, a los predios ribereños.

b) Avulsión: tiene lugar cuando la porción de terreno arrancada a un predio por el ímpetu del río, se incorpora a otro. Para que haya accesión es necesario que la tierra y plantas transportadas se unan orgánicamente al nuevo predio, formando con él, un todo continuo.

c) Isla nacida en un río: Si nace una isla, en medio de un río público, se la divide entre los propietarios de los predios de una y otra orilla. La porción que corresponde a cada propietario se halla delimitada por la línea media y las perpendiculares a ella, desde los confines de los predios ribereños.

d) Abandono de cauce de un río: Si un río público se seca permanentemente, o abandona por completo su cauce y comienza a correr por otro lugar, el cauce antiguo se distribuye entre los que tienen predios en sus orillas; pero, si el río vuelve a su cauce primitivo, el nuevo, ahora abandonado, retorna a quien antes era su propietario.

Especificación

Consiste en la transformación de una cosa en otra, que tiene esencia propia y diferente a la anterior. Esto tiene lugar cuando un obrero o artista crea con su trabajo, un objeto nuevo, con materiales que pertenecen a otro.

Acerca de a quién pertenece el nuevo objeto creado, ha suscitado discusión entre los tratadistas y entre las dos escuelas de juriconsultos romanos. Así, los sabinianos opinan, que el nuevo objeto pertenece al propietario de la materia, porque ningún objeto nuevo se puede crear sin materia; en tanto que los proculeyanos, opinan, que el nuevo objeto pertenece al especificador, pues la materia primitiva, se ha extinguido.

Según Gayo, si el objeto puede volver a su primitivo estado, pertenece al propietario de la materia; y si no puede volverse al estado primitivo, pertenece al especificador. Justiniano acepta la decisión de Gayo, pero agrega, que, si el especificador ha empleado en parte su materia y en parte la de otro, para crear una nueva especie, ésta le pertenecerá, sin que haya lugar a la distinción anterior.

Si el especificador es el propietario de la nueva especie, el propietario de la materia puede:

1) En el caso de que el especificador sea el poseedor de la cosa y haya empleado la materia de buena fe, accionar con la acción “*in factum*”, para obtener el valor de la materia; pero, si el especificador es de mala fe, acciona con la acción “*ad exhibendum*”, para obtener el valor de la materia más el interés que él tenía en no ser privado de la misma, valor éste que es apreciado por él, mediante declaración jurada; y tiene también la acción “furtiva” contra el ladrón, si la materia le fue robada.

2) Si el propietario de la materia es quien posee la nueva especie, a la acción reivindicatoria del especificador, opondrá la excepción de dolo, para hacerse pagar el valor de la materia.

Si es el propietario de la materia, el propietario de la nueva especie, también se distingue:

1) Si el especificador posee la cosa y es de buena fe, puede oponer a la acción reivindicatoria del propietario, la excepción de dolo para hacerse indemnizar por su trabajo.

2) Si es el propietario de la materia quien posee la cosa, no se conoce ningún texto que acuerde acción al especificador, para hacerse indemnizar.

Confusión y conmixtión

En estos casos, si no hay una especie nueva, en cuyo caso se sería una especificación, no pueden separarse, pues si esto fuera posible, procese la *reivindicatio*, y no pueden reconocerse sustancias principales y accesorias, se procede del siguiente modo:

En la confusión, que es la unión de sustancias líquidas, de dueños diferentes, no se produce la adquisición de la propiedad de la nueva sustancia en su totalidad, sino que, ambos dueños, se convierten en condóminos.

La conmixión, es la mezcla de sustancias sólidas. Si no hay cosa principal ni accesoria, y no pueden separarse, también conforma un condominio. La única excepción es el caso de las monedas, que si alguien las mezcla con las suyas, las adquiere, aunque queda obligado por su valor ante su dueño.

Adquisición de frutos

Se ha establecido que todo rendimiento normal de una cosa, con periodicidad, conforme a su función económica y que no produzca al separarse, alteración esencial de la cosa, es considerado jurídicamente un fruto.

Cuando una cosa produce algo, alterándose fundamentalmente su sustancia, sin constituir un rendimiento periódico, se dice que se trata de un producto.

Para fijar el concepto de fruto, jurídicamente, es necesario el cumplimiento de dos caracteres: en primer lugar, su periodicidad; y, en segundo lugar, la no alteración de la esencia de la cosa. En la doctrina romana se utilizan indistintamente como sinónimos los conceptos de frutos y de productos.

Los frutos pueden ser **naturales o civiles**. Los primeros, son los que se producen sin la intervención del hombre, como la leche de la vaca, la lana de las ovejas, los frutos de los árboles; en tanto que, los segundos, son los que se obtienen del disfrute o explotación de una cosa, como los intereses de un capital o los réditos de una casa arrendada.

La adquisición de los frutos que ocurre cuando se separan de la cosa matriz, puede tener lugar por el propietario de la cosa, y, también, por el poseedor de buena fe de dicha cosa. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, regla esta que se aplica, en caso de reivindicación.

El poseedor está obligado a restituir la cosa a su propietario, pero, con respecto a los frutos, los enfiteutas y poseedores de buena

fe, los adquieren al separarlos. Justiniano, exige que se devuelvan los no consumidos. Los usufructuarios y arrendatarios, los adquieren por percepción.

Protección del derecho de propiedad civil. La *reivindicatio*. La *actio negatoria*

La Jurisprudencia clásica entiende por propiedad el dominio jurídico, exclusivo e ilimitado sobre una cosa. Consideran que la cosa se halla sometida a su dueño en todos sus aspectos, pudiendo proceder, con respecto a ella, a su arbitrio, y repeler cualquier perturbación, procedente de terceros.

A la propiedad romana se le conocen algunas limitaciones, pero la base del concepto de propiedad, sigue siendo el mismo, se estima que la propiedad no es un derecho que solo concede al propietario determinadas facultades y le priva de otras; por el contrario, las limitaciones de la misma, se consideran como perjuicios de procedencia puramente externa contra un poder dominial libre.

La propiedad genuina del Derecho Romano es la *quiritaria*, cuya adquisición se hace depender, de que se realicen los actos, reconocidos por el Derecho Civil.

La existencia de poseedores, que adquieren, sin las formalidades civiles, encuentra protección en el Pretor.

Como vemos, en materia de propiedad, también se manifiesta, la oposición entre el Derecho Civil y el Derecho Honorario.

En las Instituciones de Gayo, esta realidad se encuentra claramente expresada cuando habla de una doble propiedad o *duplex dominium*: el estado posesorio semejante a la propiedad, y protegido por el Pretor (propiedad bonitaria) y la propiedad quiritaria.

El Derecho Justiniano suprime, formalmente, la distinción de esta doble propiedad, unificándola en una sola, la propiedad civil.

La defensa de estas dos clases de propiedad es diferente. La propiedad quiritaria cuenta con medios de defensa exclusivos, que son la *reivindicatio* y la *actio negatoria*, a diferencia de aquellos, que habiendo adquirido justamente su propiedad, no lograron la propiedad civil, por defectos formales o bien por derivar su derecho de un no propietario. Para dar solución a estas situaciones, el Derecho Honorario concede su protección.

La *reivindicatio*

La protección del derecho de propiedad civil, se da por medio de la *reivindicatio*, que es la acción concedida al propietario civil que no posee la cosa, por haber sido despojado de ella, contra el poseedor no propietario, para obtener la declaración judicial de su derecho, y la restitución de la cosa o el pago de su equivalente.

La denominación *reivindicatio* tiene su origen en la estructura procesal de la acción, dada por el procedimiento antiguo de las Acciones de la Ley, donde las partes, habían de disputarse, como de su pertenencia, la propiedad de la cosa en forma de afirmación y réplicas solemnes (*vindicare*).

El ejercicio de la *reivindicatio* no se funda en la existencia de un derecho del propietario contra la persona del poseedor, sino exclusivamente en su dominio jurídico sobre la cosa, que le daba derecho a “perseguirla” contra todos.

Esta característica persecutoria de la cosa por la acción de propiedad es la que hace aparecer netamente, en el Derecho Romano, la oposición entre Derechos Reales y Derechos Personales. El factor reipersecutorio se resalta claramente en la fórmula procesal de la *reivindicatio* clásica, donde, en la parte de la fórmula llamada *intentio*, no se menciona la persona del poseedor, sino que solo se describe la afirmación que de su propiedad hace el presunto propietario, contra quien sea que la tenga.

En la *condemnatio* es donde aparece, el poseedor, como aquel contra quien se ha de dictar la sentencia si se comprueba la existencia del derecho alegado por el actor.

La reivindicación es una acción real, porque no se hace contra una persona determinada, sino contra quien tenga la cosa ilegalmente en su poder, que tiende a hacer reconocer el derecho de propiedad sobre una cosa, y, como consecuencia la condena a ser restituida con sus accesorios.

Se puede reivindicar todas las cosas que son objeto del derecho de propiedad, mueble e inmueble, consumible y no consumible, y, no solamente las cosas particulares, sino también las universalidades de objetos corporales, por ejemplo, un rebaño o una biblioteca. Para poder reivindicar un rebaño, en forma colectiva, es necesario ser propietario de más de la mitad del mismo.

Sin embargo, no se puede reivindicar, colectivamente, una universalidad de derechos, es necesario reivindicar individualmente cada cosa, que hace parte de esa universalidad de derechos.

Como excepción, para no hacer que un heredero realice una gran cantidad de acciones particulares relativas a los bienes de la sucesión, se le permite reivindicar de un modo colectivo por medio de la acción de petición de herencia o *hereditatis petitio*.

La legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción reivindicatoria, es decir, quién puede ser actor y quien demandado, se basa en los siguientes principios:

Sólo puede demandar el propietario, no poseedor de la cosa, no el que la posea, y, únicamente es posible demandar, al poseedor que discuta, al propietario su derecho sobre ella. Este punto requiere ser explicado más detenidamente:

En el proceso de los primeros tiempos, conocido como de las acciones de la ley, el demandado para entrar en litigio con el demandante, debe de oponer, a la afirmación de propiedad de éste, una afirmación igual. Este proceso sobre la propiedad, es, pues un litigio entre pretendientes de la propiedad, debiendo ambos, probar su derecho.

Esto se modifica, desde que se pone en práctica el procedimiento más moderno, llamado formulario, donde solo el actor debe probar su derecho. Ante el reclamo, el poseedor demandado puede abandonar la cosa, reconociendo el derecho del actor; no colaborar, en cuyo caso se le ordena devolver la cosa, o aceptar el juicio, dando garantías de devolver la cosa si pierde el pleito. Si no da garantías, la cosa le es entregada, provisoriamente al demandante, hasta la sentencia. En este caso, al darle la posesión al actor, no debe probar su derecho. En el derecho Justiniano, el demandado conserva la posesión de la cosa reclamada, sin necesidad de dar caución. Si es vencido en el litigio, el actor puede elegir entre que le paguen la estimación del valor de la cosa o que se le entregue el objeto en disputa, a través de la fuerza pública.

El fin directo de esta acción, es el reconocimiento del derecho de propiedad. Cuando el demandante acredita el fundamento de su acción, el demandado es condenado a restituir la cosa con todos sus accesorios.

En principio, el demandante debe obtener, todo lo que hubiera tenido, si la cosa le hubiera sido restituida en el momento del inicio de la *litis*.

En general, debe hacerse la restitución en especie, debiendo, el demandado, entregar la cosa no deteriorada, por su dolo o por su culpa, desde la *litis*.

Como dijimos, en caso necesario, la fuerza pública puede ser empleada para obligarlo. Cuando es imposible la restitución en especie, es preciso distinguir, si fue por caso fortuito, por culpa o por dolo del demandado.

En el caso fortuito, no es responsable, pero si fue por dolo o por violencia, el poseedor es responsable, ya que se encuentra en mora para restituir la cosa.

Si la cosa perece por culpa (negligencia) del demandado, es responsable, a no ser que sea un poseedor de buena fe, y la pérdida haya sido antes de la *litis*.

Entre los accesorios a restituir, están los frutos, siendo necesario distinguir, si el poseedor es de buena o mala fe.

El poseedor de mala fe debe rendir cuenta de todos los frutos percibidos, consumidos o no, y, además pagar una indemnización por aquellos que el demandante hubiera podido percibir. El Juez, de oficio puede resolver sobre los frutos percibidos, después de la iniciación de la *litis*, pero, los demás, deben ser reclamados de una forma expresa por el demandante.

El poseedor de buena fe debe restituir los frutos percibidos después de la *litis*, y también pagar una indemnización por lo que dada su negligencia, ha dejado de percibir después de esta época, ya que es imputable a su culpa. En cambio, los frutos anteriores a la *litis* no deben restituirse.

Actio negatoria

La *reivindicatio* versa sobre la propiedad misma de la cosa, la acción negatoria tiene por objeto, la declaración de la inexistencia de gravámenes sobre la cosa, siendo dirigida contra la persona que se arroga una servidumbre o un derecho de usufructo sobre la cosa perteneciente al propietario, perjudicándolo en el disfrute.

Al propietario, le basta demostrar la existencia de su propiedad, estando a cargo del demandado la carga de probar su pretendido derecho.

El objeto de esta acción, es la reposición de las cosas al estado jurídico anterior a la perturbación.

En caso que la propiedad no se hubiese adquirido de modo originario, sino derivado, o sea, que existan dueños anteriores, que precedan al actual reclamante, éste debe probar la licitud de todas las transmisiones anteriores del dominio, hasta llegar al adquirente originario. Esto hizo que se conociera como prueba diabólica a esta exigencia, casi imposible de cumplir.

Protección de la propiedad bonitaria. La *actio publiciana in rem*.

El Pretor, crea esta acción, para proteger al propietario bonitario, al que le han quitado la posesión. Se trata de un ciudadano romano que tiene la cosa “*in bonis*” o entre sus bienes, y la ha adquirido por un modo legítimo, pero del Derecho de Gentes, por ejemplo, por *traditio*, y que está esperando para convertirse en propietario del Derecho Civil, al cumplirse el plazo de la *usucapio*. En ese tiempo, es objeto de desposesión, y se encuentra imposibilitado de usar la *reivindicatio*, por no ser, todavía, propietario civil.

La acción publiciana, creada por el Pretor, supone una ficción, que consiste en ordenar, que, solo a los efectos de recuperar la cosa, se considere al propietario bonitario, como si ya fuera propietario del Derecho Civil, y hubiera transcurrido el plazo de la *usucapio*. Lograda la recuperación del bien, vuelve a ser propietario bonitario y sigue esperando el cumplimiento del plazo legal.

La acción publiciana, es muy valorada, y empleada, incluso por los propietarios del Derecho Civil, pues no requiere probar la legitimidad de todas las transmisiones de dominio precedentes.

Derechos Reales sobre la Cosa Ajena

Derechos de uso y goce: servidumbres, enfiteusis y superficie

Dentro de los derechos reales sobre cosa ajena, cabe distinguir entre los que consisten en el uso y goce de la cosa de otro, y los que toman a la cosa ajena, como garantía del cumplimiento de una obligación. Entre los primeros, distinguimos a las servidumbres, y a los derechos de creación pretoriana: enfiteusis y superficie.

Las servidumbres: concepto y evolución histórica. Sus clases

Dentro de los derechos reales, además de aquellos que se ejercitan sobre la cosa propia, es decir, el derecho de propiedad, existe otra categoría integrada por los derechos reales que gravan la cosa ajena (*iura in re aliena*). Estos derechos reales, que vienen a restringir el ejercicio pleno del dominio, nacieron en Roma como una necesidad impuesta por el incremento de la actividad agrícola, que fue la principal fuente de su economía desde los primeros tiempos.

Los *iura in re aliena* tuvieron su más antigua manifestación en el derecho de servidumbre que fue consagrado por el *ius civile*, pero con la evolución de la legislación romana, el *ius honorarium*, crea otros tipos de derechos reales sobre la cosa ajena, la enfiteusis y la superficie, como una consecuencia del auge cada vez mayor de la propiedad fundaria. También es de construcción pretoria otro importante *iura in re*, la hipoteca, que se configura como un derecho real accesorio, porque supone, necesariamente, una obligación preexistente a la cual dicho derecho garantiza.

El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre, es decir, el de procurar al propietario sólo las ventajas que ella tolera. Pero mientras que el *ius abutendi* no puede pertenecer más que al propietario, otros derechos, tales como el *ius utendi*, el *ius fruendi*, están, algunas veces, en todo o en parte, separados de la propiedad, que está disminuida y aminorada de esta manera. Entonces, se dice, que está gravada con una servidumbre.

La palabra servidumbre que proviene de *servis* y que tiene su equivalente latino en el vocablo *servius*, indica una relación de sumisión, o, lo que es lo mismo, una restricción a la libertad.

Aplicada a los derechos reales, la servidumbre es el poder que ejerce una persona sobre la cosa de otro, sea a su favor, sea a favor de un inmueble individual e invariablemente determinado.

Las servidumbres constituyen un derecho real, que se ejerce sobre una cosa corporal perteneciente a otro, en cuya virtud, el propietario de ésta, queda obligado a permitir la realización de ciertos actos, o impedido de llevar a cabo otros, ya a favor de una persona determinada, ya en beneficio de un fundo.

La legislación romana, en materia de servidumbres, ha dado innumerables normas destinadas a reglar el instituto, y, si bien de ellas no se desprende una teoría general y abstracta acerca de las *servitutes*, porque los romanos no se mostraron partidarios de coartar el regular ejercicio del dominio con la admisión de un sistema que consagrara la libre constitución de aquéllas, las reglas contenidas en las fuen-

tes permiten extraer ciertos principios rectores que pueden servir de base, para llegar a una generalización sobre esta clase de iura re aliena, a la par nos señalan los caracteres propios de las servidumbres del Derecho Romano.

La obligación que la servidumbre impone al propietario del inmueble gravado tiene necesariamente un carácter negativo. Es así, que el propietario del fundo sirviente, debe tolerar que un tercero se sirva de él, o lo utilice, o bien se abstenga de hacer algo que normalmente podría realizar como propietario, pero en manera alguna puede una servidumbre significar un hacer por parte del titular del fundo sirviente.

La servidumbre, por ser un derecho real sobre cosa ajena, no se presume, ni tampoco puede constituirse sobre cosas propias, o sobre otra servidumbre, porque solo es admisible respecto de una cosa corporal, lo que hace que siempre deba imponerse a favor de una persona o de un fundo individualmente determinado (*servitus servitutis esse non potest*).

El derecho de servidumbre debe proporcionar una utilidad objetiva a aquel en cuyo beneficio se constituye, en las servidumbres prediales la utilidad no consiste en un favor personal conferido al propietario de determinado fundo, sino en una ventaja atribuida al fundo dominante, y que debe tener carácter permanente. Igualmente, el propietario de la cosa gravada debe abstenerse de impedir o perturbar el uso normal de la servidumbre mediante la realización de actos tendientes a tal finalidad. Inversamente, el titular de una servidumbre, debe utilizarla evitando hacer más onerosa la situación de la cosa gravada, esto es, cuidando de producir la menor molestia en el fundo sirviente.

Uno de los caracteres más típicos de las servidumbres es la indivisibilidad, porque, a excepción del usufructo, que puede ser ejercido por partes indivisibles, no es concebible que ese estado de sumisión, pueda ser ejercido parcialmente. Por ello, si el fundo dominante o el sirviente llegan a ser divididos, el derecho o la obligación de servi-

dumbre no corren igual suerte, porque debe corresponder por entero a cada una de las partes resultantes de la división.

Las servidumbres han sido calificadas en **personales y en prediales o reales**, según que el derecho se conceda a favor de una persona o un fundo. Las primeras son inherentes a la persona, y suponen esta individualidad como elemento esencial, constituyéndose a favor de un sujeto determinado en consideración a su propio beneficio; las segundas, difieren de las anteriores, porque no se dan a favor de un individuo determinado, sino en beneficio del propietario de un determinado fundo en razón de la utilidad que le procuran a este. Las servidumbres personales se identifican con el titular de las mismas y es por ello que la muerte del beneficiario produce su extinción, en tanto que en las servidumbres prediales su titularidad corresponde a cualquiera que revista el carácter de propietario del fundo dominante.

Recién con Justiniano se llega al concepto amplio de servidumbre, y se lleva a cabo la distinción en *servitutes praediorum* y *servitutes personarum*.

Al lado de las reglas especiales que gobiernan estas dos clases de servidumbres, hay ciertos principios que les son comunes, en razón de su misma naturaleza:

1) Las servidumbres consisten en algunas ventajas desprendidas de la propiedad, de lo que resultan dos consecuencias:

a. Debe procurar utilidad a una persona o a un fundo; con una simple incomodidad en la propiedad de otro. Sin provecho para alguna persona no puede constituirse una servidumbre.

b. Un propietario no puede tener una servidumbre sobre su propia cosa.

2) La servidumbre es un derecho real y no una obligación; es la cosa quien está sujeta y el propietario no está obligado a realizar los actos. La restricción que le impone la servidumbre solo puede consistir en no hacer o en sufrir que sea ejercitada.

Puede desembarazarse de ella, abandonando o cediendo la cosa sometida, porque personalmente no está obligado, aunque la servidumbre sigue persistiendo.

3) La servidumbre es una relación entre una cosa y una persona determinada o entre dos fundos igualmente determinados. Es por consecuencia inalienable, puesto que, al cederla, se modifica uno de los términos de relación y se desnaturaliza el mismo derecho. Por esta misma razón, tampoco puede sufrir enajenación parcial, surgiendo la regla “que no se puede constituir, servidumbre sobre servidumbre”.

4) Son gratuitas

5) La servidumbre está sancionada por el Derecho Civil, y el derecho real que confiere está también sancionado por una acción civil in rem: *la acción confesoria*, por la cual el titular de la servidumbre puede hacer reconocer en justicia su derecho negado.

Servidumbres reales

Cuando el derecho de servidumbre se establece sobre un fundo en provecho de otro fundo se configura una servidumbre predial o real, que supone dos inmuebles, uno que está gravado con ella, llamado fundo sirviente y otro en cuyo favor se ha establecido el derecho real, llamado fundo dominante. La servidumbre real significa, substancialmente, que el propietario del fundo dominante tiene derecho a ejercer una determinada actividad en el fundo sirviente o a exigir al propietario de éste, una abstención.

Estas servidumbres, no pueden ser cedidas ni enajenadas separadamente del fundo, y siguen la suerte del inmueble en caso de sucesivas transmisiones, porque una característica especial de las mismas, reside en que la relación jurídica que ellas crean, no se circunscribe a los actuales propietarios, sino que se conserva invariable en caso de sucesivas transferencias de un propietario a otro.

La actividad del propietario del fundo dominante debe estar dirigida a lograr, no una ventaja de carácter subjetivo, sino una utilidad material al inmueble, porque el derecho de servidumbre es considerado como una cualidad del fundo. Para que sea posible el ejercicio de una servidumbre predial, es suficiente una relación de vecindad, que permita que la servidumbre constituida sobre uno de los fundos, sea ventajosa para el otro.

Las servidumbres prediales son de dos clases, **las rurales o rústicas y las urbanas**. El criterio que ha servido para distinguir a estos dos tipos de gravámenes, está dado por el fundo en beneficio del cual se ha constituido la servidumbre, esto es, el fundo dominante.

De esta manera, si el mismo fuera un terreno libre, sin edificios, destinado a la explotación agrícola, la servidumbre será rústica, en tanto que, si el fundo dominante fuera un edificio, la servidumbre será urbana, sin interesar que el terreno edificado se encuentre en el campo o en la ciudad. No obstante que el criterio señalado es el que más aceptación tiene en el campo de la doctrina, calificados romanistas entienden que la distinción entre ambas categorías de servidumbres está dada más bien por las particularidades inherentes a la naturaleza del derecho que se ha de ejercer. Es así que el ejercicio de las servidumbres rurales supone un hecho actual por parte del titular del derecho (*ius faciendi*), mientras que las servidumbres urbanas consisten en el derecho de tener obras exteriores y de gozar de tal estado de cosas (*ius habendi*) o de prohibir al propietario del predio sirviente disponer de su propiedad de una manera determinada (*ius prohibendi*).

Las servidumbres reales rústicas

Son las más antiguas de las servidumbres, y están incluidas en las categorías de las *res mancipi* por la gran importancia que tuvieron para la economía agrícola romana, existiendo diversas figuras de las

mismas. Las más corrientes, dentro de las **servidumbres rurales**, son las de:

Servitus de paso, subdividida en tres modalidades: *iter*, *actus* y *vía*.

Confiere, la primera, la facultad de atravesar por el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera; la segunda, además, da derecho a arrear al ganado; y la tercera, que es la más amplia, se caracteriza por la fijación de un camino, cuya anchura, en defecto de convención sobre ella, señala ya, las XII Tablas, en ocho pies en línea recta y de 16 pies en los recodos. Por ella se podía transitar con toda clase de vehículos, incluso, con carros que transporten materiales, porque, en las curvas, se necesita más espacio para girar.

Servitus aquaeductus, derecho de hacer pasar una corriente de agua por el fundo sirviente, bien, por la acequia al descubierto (*rivius*), bien subterránea (*specus*) o bien por cañerías (*fistulae*)

Servitus aquae haustus, que consiste, en poder sacar agua del fundo sirviente.

Las servidumbres reales urbanas

Son numerosísimas y, si bien no tienen tanta importancia como las anteriores, su creación se debió a la necesidad de regular todo lo relativo a las que debían soportar los propietarios de edificios vecinos. Algunas de las servidumbres urbanas que enumeran las fuentes, son:

Servitus tigni immittendi, que da derecho al propietario del fundo dominante a hacer descansar sus vigas u otros materiales de construcción en el muro de la propiedad del vecino.

Servitus honreis ferendi, derecho a apoyar una construcción en un muro o columna del vecino. Los intérpretes tildan anómala esta servidumbre, porque, oponiéndose al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, el dueño del predio sirviente está obligado a hacer, ya que tiene que reparar (*reficere parietem*) el muro que sirve de apoyo, si es que no prefiere abandonarle.

servitus poiiciendi o protegendo, que atribuye la posibilidad de avanzar balcones o terrazas sobre el fundo sirviente.

servitus stilicidii, facultad de verter las aguas de lluvia del tejado del predio dominante al sirviente sin encauzarlas en conducción alguna.

servitus fluminis, cuando la caída de las aguas pluviales sobre el fundo vecino se hace por canalones u otra modalidad de conducción.

servitus cloacae, de origen muy antiguo, que da derecho a hacer pasar canales o tuberías de desagüe a través del fundo sirviente.

servitus altius non tollendi, que implica la prohibición de que en el fundo sirviente se levanten construcciones en absoluto o bien a partir de una cierta altura.

servitus ne luminibus officiatur, consistente en la prohibición de privar de luces al edificio dominante.

servitus ne prospetui officiatur, que supone igual prohibición respecto a construcciones que pueden privar al predio dominante de las vistas que disfruta.

Servidumbres personales

Hay servidumbre personal siempre que se haya concedido a una persona determinada y distinta del propietario, el uso y aprovechamiento de una cosa con carácter de derecho real.

Las *servitutes personarum* son inherentes a la persona y suponen esta individualidad como elemento esencial, constituyéndose a favor de un sujeto determinado, en consideración a su propio beneficio, identificándose así con su titular, y por ello, su muerte o *capitis deminutio* provoca la extinción de éste *iura in re aliena*.

Las servidumbres personales pueden tener por objeto el simple uso de la cosa, en cuyo caso se configura la servidumbre de uso (*usus*). Pero cuando el goce de la cosa abarca además del derecho de percibir los frutos (*fructus*), estamos en presencia de la más típica servidumbre personal, el usufructo (*usufructus*). A estas servidumbres perso-

nales consagradas por el derecho civil se agregaron, desde la época de la jurisprudencia clásica, la servidumbre de habitación (*habitatio*) que atribuye la facultad de habitar una casa ajena, y la servidumbre de uso de los servicios de un esclavo ajeno (*operae servorum*).

Diferentes clases de servidumbres personales

Usufructo

Es la servidumbre personal, en cuya virtud, una persona puede usar una cosa de otro y percibir sus frutos sin alterar su sustancia (*usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*).

El usufructo se compone, pues, de dos elementos, uno el de usar la cosa gravada (*usus*) y otro el de percibir los frutos (*fructus*), y, en consecuencia, el propietario de la cosa gravada solo conserva el *ius abutendi* que no puede ser ejercido en perjuicio del legítimo derecho del titular de la servidumbre o usufructuario (*usufructuarius o fructuarius*).

Este tipo de servidumbre personal, cuya aparición tuvo lugar como consecuencia del desuso de la manus, y de la difusión del matrimonio libre, y como un medio de proveer a la viuda de lo necesario para su subsistencia, sin afectar la parte que debían recibir los hijos en la herencia del padre, conservando la institución, a través de su evolución, aquella función alimentaría que motivó su nacimiento.

El titular del derecho de usufructo puede ser no solo una persona física, sino también una persona jurídica, porque este tipo de servidumbre, a diferencia de las prediales, se da especialmente en beneficio de una persona determinada, y, por ende, no puede existir sin un sujeto que detente el uso y goce de la cosa ajena. Para los entes colectivos como los municipios, con el fin de superar los inconvenientes que trae aparejada, la duración perpetua de los mismos, el derecho justinianeo limitó a cien años el tiempo máximo del derecho de usufructo.

Objeto de usufructo pueden ser todas las cosas corporales, muebles o inmuebles, animadas o inanimadas, que figuren en el patrimonio de los particulares, con exclusión de las cosas consumibles, porque el uso y goce de las mismas, significaría su consumición, y por lo tanto, la extinción de la servidumbre.

La doctrina romanística ha encontrado en las normas sancionadas en el Derecho Romano, ciertos principios fundamentales que hacen a la naturaleza del usufructo, y que le dan una fisonomía particular. Así, Arangio Ruiz, señala, que, el usufructo, se caracteriza por la conexión que el mismo tiene, con la actual estructura y destino económico de la cosa; por su conexión igualmente inseparable con la persona y con la actual situación jurídica del usufructuario y por su temporalidad. Por el primero de estos principios, el usufructuario puede usar de la cosa de manera más extensa, siempre que no altere su esencia y destino, aun cuando de ello resultara una mejora o un beneficio para la cosa. No puede, en consecuencia, transformar una viña en olivar, ni un campo de pastoreo en otro de agricultura, ni cavar minas donde no existiera explotación anterior, y, menos aún, realizar actos que afecten a la propiedad, como la constitución de servidumbres, sobre o a favor de un fundo.

El segundo de los principios antes mencionados, que se refiere a la conexión del usufructo con la persona y con la situación jurídica del titular del derecho, significa, ante todo, que el usufructo es un derecho intransmisible, esto es, que el usufructuario no puede ceder el derecho mismo, a un extraño, por ser inherente a su individualidad, aun cuando pueda cederse su ejercicio.

La rigurosidad de esta norma ha dado lugar a que, fundándose en algunos pasajes de las fuentes, se sostenga que la cesión del usufructo produce la extinción del mismo, pero tal criterio ha sido desvirtuado ante las precisas disposiciones del derecho justiniano, inspiradas en la autorizada opinión de Gayo, en el sentido de que dicha actitud del usufructuario, solo tiene, como consecuencia, anular la cesión, la que

no produce efecto alguno, no obstante al usufructuario le está permitido ceder el ejercicio del usufructo a un tercero.

La temporalidad, hace que el usufructo, cese con la vida del usufructuario, si no se hubiese fijado un plazo determinado de duración. Cabe destacar, que, a diferencia de las otras servidumbres, el usufructo es divisible y nada obsta a que pueda constituirse por partes, porque el objeto afectado a este derecho es generalmente susceptible de división.

La servidumbre de usufructo crea derechos a favor del beneficiario de la misma, que se resumen en el goce del *ius utendi* y del *ius fruendi*, y una serie de obligaciones a su cargo, que debe cumplir, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que su incumplimiento causare al nudo propietario.

El usufructuario puede usar la cosa de la manera más extensa, siempre que se haga conforme con su destino, pudiendo aprovecharse de sus frutos, sean naturales, industriales o civiles, a condición que no se altere la sustancia de la cosa, sin que al propietario le esté permitido impedirlo. De esta manera, el usufructo de una casa, comprende tanto la facultad de habitarla como darla en arrendamiento, percibiendo el alquiler.

Los frutos pertenecen al usufructuario desde el momento de su percepción, de tal manera que si entrar en ejercicio de la servidumbre estando el fundo cubierto por una cosecha, puede adquirirla realizando la recolección, e inversamente, si al extinguirse el usufructo su beneficiario dejara frutos no recolectados, éstos pasan a pertenecer al nudo propietario. Se exceptúan de estas normas, las crías de los animales que han sido dadas en usufructo, pues son adquiridas desde el nacimiento, y los frutos civiles que se adquieren día por día.

La más importante obligación del usufructuario es la de conservar la cosa en buen estado, debiendo emplear, para ello, la mayor diligencia, no respondiendo del deterioro natural que sufra la cosa por el uso, ni de su pérdida, cuando su utilización normal estuviera expuesta a riesgos o peligros. Así, en caso de que el usufructo recaiga

sobre un rebaño el usufructuario debe sustituir las cabezas muertas con las crías nuevas, y solo beneficiarse con el excedente.

No obstante, el carácter gratuito del usufructo, el usufructuario debe pagar los impuestos y realizar los gastos de conservación de la cosa.

Siendo el usufructo un *iura in re aliena*, no crea vínculo obligacional entre el usufructuario y el nudo propietario, sino tan solo relaciones existentes entre personas independientes y que calan dentro de la regulación del Derecho común.

Así, el nudo propietario, solo cuenta, para proteger su propiedad con la *actio legis aquilae*, cuando el usufructuario deteriorara voluntariamente la cosa sometida a la servidumbre, y con la *reivindicatio* cuando el mismo se niega a devolverla.

Dada la naturaleza del usufructo, el mismo no puede recaer sobre cosas que se consuman o que se deterioren por el uso. Con el tiempo, se acepta el usufructo sobre cosas consumibles, bajo el nombre de *quasi usufructo*.

Usus

Desde la época clásica, aparece la servidumbre personal de uso (*usus*), que originariamente se configura, como el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos.

De esta manera se concede al usuario la plenitud del *ius utendi*, porque tiene derecho a usar la cosa y obtener todo el provecho que del *usus* derive, pero sin percibir fruto alguno.

La noción del derecho de uso se vio ampliada por la práctica y la jurisprudencia cuando se otorga, al usuario, algunas ventajas que rebasan los límites del *usus*, y que eran propias del *fructus*. Así, puede, el titular de la servidumbre recoger madera, fruta y legumbre para satisfacer sus necesidades cotidianas, siempre que no obtenga ganancia alguna; y también puede aprovecharse de una cantidad de leche, si se le dejó en uso, un ganado, cuando, en realidad, su derecho está

limitado, para usarlo solo para estercolar. En el Derecho Justiniano, es más amplia, aún, la esfera del uso; porque se autoriza al usuario a percibir un alquiler de la casa, que tiene en uso, siempre que continúe, habitándola con su familia.

Al uso, que es indivisible, le son aplicables las normas que regulan el usufructo, en lo que se refiere a los derechos y obligaciones del usuario, y a sus relaciones con el nudo propietario. También, en el uso, su titular debe prestar caución, para garantizar al nudo propietario, la conservación de la cosa, y su restitución, al concluirse la servidumbre.

Habitación (*habitatio*)

La servidumbre personal de habitación (*habitatio*) atribuye a un individuo, el derecho de habitar una casa ajena. Hasta el Derecho clásico, la naturaleza del derecho de habitación fue discutida, pues se la confundía con el uso, con el usufructo y, aun, se pretendía que entrañaba un simple derecho creditorio. Con la legislación justiniana, queda precisada la figura de la *habitatio*, al ser configurada como un derecho real, especial, distinto, e independiente, del uso y del usufructo.

Este tipo de servidumbre personal, tiene como fundamento, las presuntas necesidades del individuo, a favor del cual la misma se constituye, y esto ha determinado que la legislación romana prohíba, a su titular, la cesión de su ejercicio, a título gratuito. Admite, por el contrario, que el *habitator* tiene derecho, a arrendar toda o parte de la casa, característica que la diferencia del uso, porque no está obligado, a ocuparla por sí mismo.

La habitación, se diferencia, también, del uso, ya que el no ejercicio de la misma y la *capitis deminutio* de su titular, no la extinguen, debido a que se considera que el beneficiario la adquiere día a día. Como en las anteriores servidumbres personales, el *habitator*, está

obligado a prestar la correspondiente caución para garantizar la conservación de la cosa y su restitución, a la conclusión de la servidumbre.

Operae servorum

Las fuentes mencionan, también, como servidumbre a la *operae servorum*, o derecho de aprovechar el trabajo de los esclavos que pertenecen a una persona. La naturaleza de esta servidumbre, no fue bien definida, y, por ello se discutió si debían aplicarse las normas del uso o del usufructo, pero Justiniano decidió la cuestión, al considerar a las *operae servorum*, como derecho real autónomo, aunque con características semejantes al *usus*.

Esta servidumbre personal, se diferencia del usufructo, por ser indivisible, y, además, porque no se extingue con la *capitis deminutio media* ni por falta de uso. También en las *operae* existe la obligación, de prestar la *cautio*.

Constitución de las servidumbres

Las servidumbres, en Roma, pueden constituirse de dos formas: directamente, cuando el propietario de un fundo establece una servidumbre real, a favor del fundo vecino; e, indirectamente, en el caso que enajene parte de un fundo y se reserve una servidumbre a su favor. Los procedimientos que han servido para constituir una servidumbre de una u otra forma, han sufrido variaciones a través de la evolución histórica.

En el Derecho Civil, una servidumbre puede ser constituida por la *in iure cessio*, por *adjudicatio*, y por *legatum per vindicationem*. En lo que respecta a la *mancipatio*, es utilizada para establecer servidumbres rurales, en fundos itálicos, y, aun, para constituir servidumbres urbanas sobre los mismos fundos, mediante el procedimiento de la *deductio*.

Referente a la *traditio*, la legislación romana no la considera idónea para constituir una servidumbre. En cuanto a la *usucapio* del derecho de servidumbre, ha sido una cuestión discutida, porque para el antiguo *Ius Civile* los derechos no podían ser adquiridos por el uso. Sin embargo, el Derecho Romano admitió la usucapión de la servidumbre.

Las formas de constituir servidumbres consagradas por el *Ius Civile*, no son aplicables entre extranjeros, ni respecto a los fundos provinciales. El *Ius Honorarium* recurre a medios indirectos, admitiendo que las partes intervinientes puedan obligarse, mediante una simple convención, acompañadas de una pena, fijada por estipulación, a respetar el ejercicio de una servidumbre.

El Derecho Honorario también reconoce relevancia jurídica, al transcurso del tiempo como medio de constitución de las servidumbres, al admitir que si una servidumbre ha sido ejercida en un fundo provincial por un largo tiempo, sin oposición del propietario, siempre que no existieran vicios, aún cuando el poseedor no pudiera invocar justo título, se considera legítimamente adquirida, por largo uso, Su ejercicio es protegido por el pretor, mediante interdictos posesorios, y también otorgando al propietario del fundo dominante, excepciones, y acciones, como la confesoria útil y la acción Publiciana.

En el Derecho Justiniano, caídos en desuso los modos formales de transmitir el dominio, *mancipatio* e *in jure cessio*, y desaparecida la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, queda como forma general de constitución de las servidumbres, la *pactio atque stipulatio*.

La *adjudicatio* y los legados, cualquiera sea su forma, conservan en el Derecho nuevo, su eficacia, como modos constitutivos de las servidumbres. Por fin, el Derecho Justiniano, reconoce a la prescripción, como modo regular de constituir las servidumbres rústicas y el usufructo, exigiéndose para que produzca sus efectos, una posesión exenta de vicios, ejercida durante diez años entre presentes, y veinte años entre ausentes; así como también, el justo título y la buena fe.

Extinción de las servidumbres

La pérdida de la cosa grabada, los cambios o las destrucciones que hicieran imposible el ejercicio de la servidumbre, producen el resultado de extinguirla, pero cuando tales modificaciones fueran solo parciales, la servidumbre continúa, mientras haya posibilidad de ser ejercitada.

La confusión, la reunión de la calidad de titular de la servidumbre y de propietario del fundo dominante, hace extinguir la servidumbre, en virtud del principio que nadie puede ejercer servidumbre sobre la cosa propia.

Otra forma de extinción, es la renuncia de la persona en cuyo favor está constituida la servidumbre, siempre que el mismo sea capaz de enajenar.

El no uso, es otra de las causas que provoca la extinción; tratándose de servidumbres prediales, el concepto de no uso, es diferente, según sea una servidumbre rural o una urbana. En las primeras, el no uso se manifiesta en el mero hecho de no ejercicio de la servidumbre por parte de su titular, en tanto, que, en las segundas, está dada por el silencio, o falta de oposición del propietario del fundo dominante ante un acto contrario a la servidumbre, que es ejercitada por el propietario del fundo sirviente.

Existen otras causas propias del usufructo: puede concluirse al vencimiento del término que se hubiera fijado para su duración, y, también, por la muerte del usufructuario. Cuando el usufructo se hubiera constituido a favor de una persona moral, cuya existencia jurídica se proyecta indefinidamente, el usufructo no puede durar más de cien años. La *capitis deminutio*, producía, en el Derecho antiguo la extinción del usufructo, pero, en el Derecho Justiniano, la *capitis deminutio* mínima ha sido excluida como causal extintiva.

Acciones tutelares de las servidumbres

En la legislación romana, las servidumbres son tuteladas mediante acciones *in rem*, y por acciones posesorias que fueron interdictos particulares, aplicables a ciertas servidumbres.

La acción típica para la protección de las servidumbres, es la *vindictio servitutis*, llamada también **acción confesoria** en el Derecho Justiniano. Ésta tiene por objeto, repeler cualquier hecho que implique un ataque, o constituya una lesión que impida el ejercicio del derecho de servidumbre; la acción se da contra el propietario o poseedor del fundo sirviente, y aún contra cualquier tercero que perturbe aquel derecho.

La acción confesoria, modelada a imagen de la *reivindicatio*, está dirigida a que el Juez haga reconocer, por el demandado, el derecho que reclama el actor, siendo el procedimiento aplicable, el mismo que el de la acción de reivindicación.

El demandante debe probar la existencia de la servidumbre y, si ésta es predial, demostrar la propiedad del fundo dominante, así como también la lesión que ha afectado su derecho. Si el demandado se allana a la pretensión del actor, es absuelto; pero, si se opone, pretendiendo algún derecho, y es condenado; el Juez, al reconocer el derecho del actor, ordena la inmediata cesación de la perturbación, restituyendo al accionante la integridad de su derecho. Al mismo tiempo, el juez exige que se preste caución, y que no reincida en la turbación (*cautio de non amplius turbando*), todo ello sin perjuicio de la reparación de los daños que hubiere causado, y la restitución de los frutos percibidos por el perturbador.

Las servidumbres, además de ser defendidas por la *actio confessoriae*, también son protegidas por **interdictos posesorios**, desde que el ejercicio de una servidumbre, es considerada, como una *possessio iuris*.

Las servidumbres personales son protegidas por los mismos interdictos que se dan en defensa de la posesión de las cosas.

Para las servidumbres prediales, el Derecho nuevo, crea interdictos especiales, destinados a asegurar el libre ejercicio de las mismas, interdictos que se otorgan a los titulares de dichos gravámenes, contra el propietario del fundo sirviente.

Tales fueron el *interdictum de itinere actuque reficendo*, el *interdictum de cloacis*, el *interdictum de fonte reficendo*, el *interdictum de aqua quotidiana et festiva*, y el *interdictum de rivis reficendis*.

A su vez, el que se considera víctima del ejercicio de una servidumbre inexistente sobre la cosa de su propiedad, tiene la acción negatoria, contra el supuesto titular.

Derechos reales pretorianos de uso y goce: la enfiteusis y la superficie

La enfiteusis

Para el Derecho Justiniano, la **enfiteusis** es un derecho real, transmisible por actos entre vivos y por disposición de última voluntad, que atribuye un poder prácticamente análogo al de la propiedad, que consiste en un amplio disfrute de un fundo ajeno, mediante el pago de un canon anual efectuado al propietario del predio.

La palabra enfiteusis, en griego, significa plantación, y, en el Derecho Romano surge como producto de dos instituciones:

1) En Roma, del arrendamiento de los *agri vectigali* (campo-tributo), Se da este nombre a las tierras del dominio público, que el Estado entrega a perpetuidad o muy largo plazo a los particulares mediante el pago de una renta. (vectigal – tributo).

2) En Oriente, se aplica a los contratos de arrendamiento, a perpetuidad o a largo plazo, que se llamaron *ius emphyteuticum*, cuando los fundos pertenecen al patrimonio del fisco, o *ius perpetuo*, cuando los predios pertenecen al fisco, como persona jurídica.

Hacia el Siglo V d.C., desaparecen estas diferencias, quedando ambas identificados en un solo instituto jurídico, que es la enfiteusis, extendiéndose a los terrenos de las ciudades y de las corporaciones, de la Iglesia principalmente; y, finalmente se aplica en las fincas privadas, de lo que nos ocuparemos en este curso, de Derecho Privado.

La naturaleza jurídica de la enfiteusis, es una cuestión controvertida, ya que es necesario determinar, si es una compraventa, por su perpetuidad, y la posibilidad de transmisibilidad; o un arriendo, por el pago anual que se efectúa. La importancia de la diferenciación es el riesgo que corren las partes, con motivo de la pérdida o destrucción de la cosa: si la naturaleza jurídica es la de una venta, la pérdida debe ser soportada por el enfiteuta; y, si es un arriendo por el concedente.

Esta controversia fue resuelta por el Emperador Zenón, quien dicta una Constitución Imperial donde determina que la enfiteusis, no es ni una compraventa ni un arriendo, sino un contrato *sui generis*, con naturaleza propia, y establece, que, si la cosa se pierde totalmente, por fuerza mayor, el riesgo es por parte del dueño del fundo; pero si los daños son parciales, afectan al enfiteuta, que debe seguir abonando el canon.

Los derechos del enfiteuta, son muy amplios. Se le permite el pleno goce del fundo, percibiendo los frutos naturales y civiles que produce la cosa. Puede transmitirla inter vivos y por disposición de última voluntad (testamento). También se le permite la adquisición y constitución de servidumbres reales, y establecer hipotecas sobre su derecho de enfiteusis, pudiendo cambiar su destino económico.

Las obligaciones del enfiteuta son:

- Abonar anualmente el canon al que se ha comprometido.
- Pagar los tributos e impuestos que pesen sobre el fundo.
- Conservar en buen estado la cosa.
- Restituir la cosa al vencimiento del plazo de duración, si lo hay.

En el caso que el enfiteuta quiera transmitir a un tercero su derecho, debe notificar al propietario del fundo, el cual cuenta con el

derecho de preferencia, para adquirirlo por el precio ofrecido por un tercero; si no hace uso de este derecho, y se enajena a otro, el propietario, percibe el 2 % del valor pagado por el nuevo enfiteuta (*laudemio*) en compensación por tener un nuevo enfiteuta.

El incumplimiento en el pago del canon anual, y los tributos, por el término de tres años, faculta al *dominus* (propietario) a lanzarlo del predio, adquiriendo las mejoras introducidas, sin pagar indemnización alguna.

La forma de constitución de la enfiteusis es por convención “pacto de enfiteusis”, el cual no requiere formalidad alguna, salvo que los bienes sean de la iglesia, en cuyo caso debe redactarse por escrito. También puede hacerse por actos de última voluntad (*donatio mortis causa o legatum*)

La enfiteusis se extingue:

- Por la destrucción total del fundo.
- Por vencimiento del plazo estipulado.
- Por confusión, cuando se unen la calidad de propietario y enfiteuta.
- Por pérdida del derecho de propiedad del *dominus* sobre el fundo, en virtud de una prescripción cumplida.

Cuando el propietario obtiene un pronunciamiento judicial, a causa de falta de pago del canon o de los tributos durante tres años consecutivos, o por causa de deterioro en el fundo.

El enfiteuta tiene, para defender su derecho, diversos medios, comenzando por los interdictos. Se le otorga la acción *in rem utilis*, ejercitable contra cualquiera que pretenda la posesión del fundo, o hacer valer sobre el mismo un derecho de servidumbre.

La superficie

Superficie es un vocablo latino, cuyo significado es, la construcción que se eleva por encima del suelo.

Es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que otorga el titular (superficiario) el goce a perpetuidad o por largo tiempo, del edificio construido sobre suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado *solárium*.

El nacimiento de esta institución fue por una necesidad social, ya que, en la primera época de Roma, y aplicando los principios de la accesión, todo lo que se construye sobre fundo ajeno pertenece al propietario de éste. Pero, la falta de tierras, lleva a permitir a los particulares levantar edificaciones sobre terrenos públicos, otorgándole el goce de los mismos a cambio de un canon.

Luego esta práctica se extiende a los fundos del municipio, y, finalmente a los particulares.

Las características generales son:

La forma de constitución, es por convención, o por disposición de última voluntad.

La extinción puede ser, por pérdida total de la cosa, vencimiento del plazo, falta de pago del canon, o por confusión (en la persona del propietario del fundo y del edificio).

La defensa del derecho de superficie es dada por el Pretor, el cual concede al superficiario un Interdicto, llamado *de Superficie*, para que pueda hacer valer sus derechos contra todo el que intenta desconocerlo, aún contra el propietario del fundo.

En la época de Justiniano, el superficiario tiene, a su favor, la *actio in rem*, así como todos los recursos que se le otorgan al propietario.

Derechos reales de garantía: prenda e hipoteca

Vamos a terminar el estudio de los derechos reales sobre cosa ajena, viendo los derechos reales de garantía, que tienen por objetivo garantizar al acreedor, el cumplimiento de las obligaciones, por parte del deudor. Así, tanto la prenda como la hipoteca son derechos reales que tienden a asegurar el cumplimiento de la obligación. Son de carácter accesorio, por no tener vida propia, dependen del crédito. Al extinguirse éste, también se extingue la prenda y la hipoteca, por la aplicación del principio fundamental que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El concepto moderno de hipoteca y prenda, nada tiene que ver con la idea que tenían los romanos de estas dos instituciones.

Dentro de los antecedentes históricos, encontramos la *fiducia cum creditore*. Ésta era una institución, por la cual, el deudor, entrega en propiedad una cosa, con el fin de garantizar el pago de un crédito. Implica una transmisión de la propiedad, donde se emplean los modos de adquisición del Derecho Civil, es decir, la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

En la transmisión está comprendido un pacto de fidelidad (pacto fiduciario), por el cual, el acreedor, se obliga a restituir la propiedad de la cosa del deudor cuando cumpla totalmente con la prestación. Si no procede a la restitución de la propiedad de la cosa, el deudor tiene una acción “la *actio fiduciaria*” para defender su derecho.

Asimismo, el acreedor tiene la *actio fiduciaria contraria*, para obtener del deudor, el pago de los gastos de conservación de la cosa.

También puede aplicarse el pacto comisorio (*lex commisoria*), mediante el cual, si el deudor no cumple con la deuda en el plazo convenido, el acreedor queda facultado para incorporar a su patrimonio, la cosa dada en garantía.

Este modo de garantizar la obligación ofrecía múltiples ventajas para el acreedor pero no para el deudor, pues al transmitirse la propiedad de la cosa al acreedor este podía enajenar la cosa, si bien por

la *actio fiduciaria* debía reparar los daños y perjuicios, no se podía recuperar la cosa en poder del tercero.

Por estas dificultades, y por acción del Pretor, nace a fines de la República otro modo de garantizar las obligaciones, **la prenda**, donde tenemos que la situación del deudor prendario es más beneficiosa, ya que si bien la cosa debe entregarse al acreedor, éste la recibe como poseedor, y no como propietario, sin derecho a usarla, ya que, si lo hace, comete *furtum usus*. Si el deudor no paga, si hay una cláusula *commissoria*, el acreedor, hasta Constantino, puede convertirse en dueño de la cosa. Este emperador, prohíbe el pacto comisorio, y, el acreedor, si el deudor no paga, debe vender la cosa en pública subasta, entregando el excedente al deudor.

Al no ser propietario de la cosa el acreedor, no se beneficia con los frutos, salvo convenio entre las partes, llamado **anticresis**, por medio del cual, los frutos benefician al acreedor, representado los intereses de la deuda.

La prenda, tampoco coloca en situación ventajosa al deudor, ya que debe desprenderse de la cosa, perdiendo el beneficio del uso y de los frutos. Esto tiene el mayor inconveniente en los arrendamientos rurales, donde, si el arrendatario garantiza con sus herramientas de labranza, el pago del arriendo, se queda sin ellas, y no puede trabajar.

Surge, entonces, la necesidad de crear una garantía real, pero que evite la entrega de la cosa al acreedor. Así es, que van naciendo, diversas figuras que nos llevan finalmente a la **hipoteca**.

En el caso mencionado de los colonos o arrendatarios, se les permite seguir en posesión de sus elementos de trabajo, mientras pague, y si no cumple, el Pretor comienza a autorizar al arrendador, a tomar posesión de las pertenencias del colono, mediante el *interdicto salviano*. Sin embargo, a pesar de este interdicto, el colono puede burlar los intereses del arrendador, ya que al ser los interdictos de carácter personal, valen solo entre acreedor y deudor, y si el colono, pasa las cosas a un tercero, no tiene forma de recuperarlas.

Ante ello, se crea una *actio in rem*, la *actio serviana*, por la cual, el arrendador puede perseguir las cosas dadas en garantía de la deuda, ante quien las tenga, pues las acciones valen *erga omnes*.

Esta acción serviana, se extiende del ámbito estrictamente rural y del arrendamiento, pasando a denominarse **derecho real de hipoteca o *pignus conventum***, para aplicarse a la garantía de todo tipo de créditos, donde no hay traspaso de la cosa al poder del acreedor.

Por primera vez, se encontró la forma de garantizar un crédito no perdiendo la propiedad o posesión de la cosa, y esto le posibilita al deudor garantizar, con una misma cosa, más de una obligación.

Caracteres específicos de la hipoteca

Es un derecho real que garantiza el pago de una deuda.

Se puede constituir, en un principio, sobre cosas muebles e inmuebles, después se extiende hacia las cosas incorporales, como el usufructo y las servidumbres prediales rústicas, pero no se permite sobre servidumbres urbanas.

Puede, el deudor, dar en hipoteca la totalidad de su patrimonio, incluso las cosas futuras, es decir las que pudiera adquirir con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la cual se denomina hipoteca general.

Constitución de la hipoteca

La constitución de la hipoteca se puede dar de tres formas:

Convencional: por simple convención o pacto entre partes.

Testamentaria: por testamento. En este caso, el testador otorga, en favor del legatario, una garantía de renta vitalicia o de alimentos.

Tácita: es decir, reconocidas como tales a pesar de no haberse constituido expresamente.

Derechos del acreedor

Al operarse el vencimiento de la deuda, el acreedor que no fue pagado, se ampara en la acción real que le ofrece la hipoteca para cobrar su crédito, contando con las siguientes seguridades:

Derecho de persecución

La persecución de la posesión de la cosa, si el deudor la perdió, y se encuentra en manos de terceros, es decir contra cualquier detentador de la cosa.

Derecho de venta

El acreedor, al obtener la posesión de la cosa, puede proceder a la venta, previa intimación al deudor. Este derecho está sujeto a diversas condiciones que cambian con la época.

En la primera época puede vender la cosa, después de notificar al deudor. En la época de Justiniano, se deben de cumplir una serie de requisitos previo a la venta.

Derecho de preferencia

Se llama preferencia por existir un orden de prioridades, para cobrar la deuda, entre los acreedores.

En estos tiempos, no existe registro donde asentar la hipoteca. Se decide la preferencia, de acuerdo a la fecha de constitución, por la regla “el primero en el tiempo es mejor en el derecho”, pero, ésta preferencia de la fecha, se invalida por los llamados créditos privilegiados, que, aunque sean posteriores, son pagados antes que a los demás acreedores hipotecarios.

Encontramos, en el Derecho Romano, distintos créditos privilegiados, como la hipoteca constituida sobre los bienes del marido para

garantizar la dote de la mujer; la hipoteca constituida sobre una cosa en razón de la deuda proveniente de la adquisición de la misma, o la hipoteca constituida para mejorar o conservar la cosa.

Incumplimiento del deudor

Ante el incumplimiento en el pago de la hipoteca por el deudor y la concurrencia de varios acreedores, se plantean distintas situaciones:

Si el que vende, en pública subasta, la cosa, es el primer acreedor, tiene la obligación de entregar el remanente a los otros acreedores hipotecarios posteriores; pero estos acreedores ya no tienen acción real sobre el comprador, quien la adquiere libre de deuda. Así, podrían llegar a perder su crédito en virtud de la insolvencia del primer acreedor o porque éste entregaba el remanente al deudor. Todos estos problemas nacen, por la falta de publicidad de la hipoteca.

El acreedor, que está, en segundo o posterior término, puede pasar al primer lugar, pagando el crédito al primer acreedor, y colocándose con su crédito en primer lugar, esto se denominaba *ius offerende pecuniare*.

Extinción de la hipoteca

Siendo un derecho accesorio de garantía, rige la regla de que sigue la suerte de lo principal. Por lo tanto, el pago de la deuda concluye la hipoteca, pero si el pago es parcial, esta no se extingue, proporcionalmente.

También se extingue por la pérdida de la cosa hipotecada; por confusión, es decir la adquisición de la cosa hipotecada por el acreedor, ya que nadie puede tener derecho real de hipoteca sobre una cosa propia.

Otro modo, es por prescripción extintiva, que los romanos fijaron en 40 años, y se produce cuando la cosa está en poder del deudor, durante ese lapso sin que el acreedor o sus herederos la reclamen, y por la posesión de la cosa en poder de un adquirente de buena fe y justo título por el lapso de 10 o 20 años, y no hay justo título pero sí buena fe, luego de 30 o 40 años.

CAPÍTULO XVII

Las Obligaciones

La obligación. Concepto. Evolución histórica

En las instituciones de Justiniano tenemos la más conocida de las definiciones de *obligatio*: “vínculo Jurídico que nos constriñe en la necesidad de tener que pagar alguna cosa según el *ius* de nuestras *civitas*”. Según Paulo, La esencia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra una cosa, o una servidumbre, sino en que otros se constriñan hacia nosotros, a darnos, a hacernos, o a prestarnos, alguna cosa.

Para Peña Guzmán y Arguello, equivale a “toda relación jurídica, en virtud de la cual, una persona, llamada acreedor, tiene el derecho de exigir de otra, denominada deudor, un determinado comportamiento, positivo o negativo”.

En un sentido estricto, la *obligatio* se configura como un deber del deudor de cumplir una determinada prestación, a favor del acreedor.

Evolución

En los primeros tiempos de Roma, la simple deuda no configura, en realidad, una *obligatio* en sentido estricto, porque el deber de cumplir

la prestación no se encuentra legalmente sancionado. Cuando Roma crece, a partir de las conquistas, y se incorporan personas con las que ya no hay vínculos comunitarios estrechos, se ve la necesidad, de buscar un modo de exigir el cumplimiento por vía legal de los compromisos contraídos.

Esta situación motiva la aparición de una institución, el *nexum*, que coloca, al sujeto pasivo de la relación, en una situación de dependencia, con respecto al acreedor, de manera que garantiza, el cumplimiento de la obligación, con su propia persona. Se automancia al acreedor, y, si no paga, el acreedor, por la *manus iniectio*, puede llevarlo a su casa, encadenarlo, y darle de comer al menos una libra de harina, salvo que el deudor tenga algún recurso económico. Debe llevarlo, también al mercado, para ver si alguien paga su deuda, o, de lo contrario, venderlo como esclavo tras el Tíber. Este antiguo instituto, que crea una situación de evidente injusticia para el deudor y que dio lugar a un estado de conmoción social, motiva una reacción que en el año 326 a.C. se concreta con la sanción de la *Lex Poetelia Papiria* que abolió indirectamente el *nexum*, al disponer que queda prohibido el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte al *nexi*, y establece que éste responde, solamente, con sus propios bienes.

Elementos de la obligación: a) Sujeto: b) Vínculo: c) Objeto o prestación.

Los sujetos son las respectivas partes, un sujeto acreedor y otro deudor. Puede existir pluralidad de acreedores o de deudores, pero siempre se considera una parte acreedora y otra deudora.

El vínculo es la atadura legal, que faculta al acreedor a requerir el pago, si el deudor no cumple de modo voluntario.

La prestación es lo debido. Ésta puede consistir en un *dare*, en un *facere* o *non facere*, o en un *praestare*.

La expresión, *dare*, se refiere el traspaso al acreedor de la propiedad de la cosa prometida, o la constitución de un derecho real.

El hacer o *facere* abarca un comportamiento, en conexión con un resultado final preestablecido; por ejemplo, hacer una fosa o construir un edificio.

Praestare, es cuando se da la cosa por un título diferente a la transmisión del dominio, por ejemplo, cuando se da una cosa en locación.

Clasificación de las obligaciones

De acuerdo al sujeto

Tomando en consideración al sujeto las obligaciones, pueden presentar tres modalidades, según que la relación se forme entre sujetos fijos y determinados, entre sujetos variables o indeterminados y, entre sujetos múltiples:

Fijos y determinados: el vínculo obligacional se establece entre un sujeto activo y otro pasivo que se encuentran individualmente determinados desde que la relación nace hasta que concluye.

Sujetos variables o indeterminados: son aquellos casos en que el sujeto activo, o el pasivo, o ambos al mismo tiempo, no se hallan individualmente determinados en el momento de constituirse la obligación, o bien, no son los mismos desde que la relación comenzó hasta que se ha producido su conclusión. Han sido también llamadas obligaciones ambulatorias. Ejemplo: la obligación de resarcir el daño causado por un animal, un esclavo o un hijo de familia a cargo de quien revista el carácter de *dominus*, en el momento de trabarse la *litis*.

Son obligaciones de sujetos múltiples, aquellas que aparecen constituidas por varios sujetos, en la parte activa, en la pasiva o en ambas a la vez. Pueden manifestarse tres modalidades: parciarias, acumulativas y solidarias.

En las **parciarias**, existe pluralidad de sujetos y cada uno de ellos, se encuentra, respecto del otro, en una situación de independencia, de manera que los acreedores sólo pueden exigir una parte de la prestación y los deudores sólo están obligados a cumplir una parte de ella (*pro parte, pro rata*). Constituyen la regla. Las **cumulativas**, son las que contraen varios deudores con un acreedor, o un deudor con varios acreedores, por toda la prestación. Ejemplo: si una persona vende separadamente la misma cosa a varios compradores se obliga a cumplir la prestación íntegra, a cada uno de ellos. En las solidarias, la relación se establece entre varios acreedores o varios deudores que, individualmente pueden exigir, o deben cumplir, respectivamente, la prestación, íntegramente. El pago de la deuda por uno de los deudores, extingue el crédito obligacional, quedando subsistente el derecho del deudor que ha satisfecho la obligación de exigir de sus codeudores el reembolso de la porción por la que cada uno de ellos estaba obligado. A su vez, cualquier acreedor, puede exigir a cualquiera de los deudores que cumplan la prestación completa, debiendo reintegrar, lo que cobró demás al resto de sus co-acreedores, si los tiene. El deudor que paga por todos y el acreedor que no ha cobrado, tienen, contra su codeudor o coacreedor, respectivamente, la acción de regreso, para satisfacer su derecho. La solidaridad no se presume debiendo la misma surgir expresamente a fin de que produzca los efectos jurídicos, si no, es, simplemente, una obligación mancomunada.

De acuerdo al vínculo

Obligaciones civiles y naturales: en principio, las obligaciones admitidas son aquellas establecidas según las formas y en los casos reconocidos por el *Ius Civile*. Están comprendidas no solamente las del antiguo Derecho, sino también las admitidas con posterioridad por el propio *Ius Civile*. Ej.: las obligaciones de buena fe. Las acciones civiles, proporcionan acción para exigir su cumplimiento por vía ju-

dicial, en caso de que el deudor se rehúse a hacerlo. En el siglo II d.C. a partir de Juliano, se habla de obligación natural, para designar ciertas obligaciones que carecen de acción o de ejecutividad, pero sin embargo producen ciertos efectos jurídicos. Gayo nos menciona las deudas contraídas por un esclavo, por sí, sin estar autorizado por su amo, o por los *filius*, entre sí, o con respecto al *pater*, pues están sometidos a *potestas*. En el período posclásico, también son naturales, las obligaciones nacidas de un pacto, o sea, sin las formalidades propias de un contrato.

Civiles y honorarias: son obligaciones civiles, las que han sido constituidas por las leyes o reconocidas por el Derecho Civil, en tanto, son honorarias o pretorianas, aquellas que el Pretor ha establecido por su jurisdicción. El término civil, en este caso, no se considera como una *obligatio* dotada de *actio* sino en una acepción más restringida, esto es, en relación con el Derecho que las regula y que está dado por la Ley comicial, el Senadoconsulto o la Constitución Imperial. En cuanto a las obligaciones honorarias o pretorianas, no son, solamente, aquellas reguladas por el Edicto del Pretor, sino que, también deben incluirse, las obligaciones nacidas de otros magistrados, como los Ediles curules y los Gobernadores de provincias. Esta distinción, pierde interés, con el Derecho Justiniano, al operarse la fusión del *Ius Civile* con el *Ius Honorarium*.

De Derecho estricto y de buena fe: en las obligaciones *stricti iuris*, como el caso de una *stipulatio*, sólo puede reclamarse aquello que fue estrictamente convenido. En las obligaciones *bonae fidei*, el arbitrio judicial tiene más

juego para su interpretación. El *iudex* trata de inquirir a la luz de la *fides* lo que quisieron las partes, pudiendo condenar en aquello que el demandado debe al actor según las exigencias de la buena fe. De este tipo son, por ejemplo, las obligaciones nacidas de la compraventa, la locación o la sociedad.

De acuerdo al objeto

Determinadas e indeterminadas: las obligaciones, cuya prestación está dada por un cuerpo cierto, indicado de una manera individual y concreta, se denominan **obligaciones determinadas**, como la de entregar al esclavo Sticho. En las fuentes se las menciona, Paulo Dig., 6,1, 6; Juliano Dig., 45, 1, 54, y han sido también llamadas obligaciones de especie o específicas; que se caracterizan, porque, si la cosa, objeto de la prestación, perece, por caso fortuito, la obligación se extingue, quedando liberado el deudor por virtud de la regla de que la especie perece para el acreedor.

Dentro de las **obligaciones indeterminadas**, están comprendidas, las obligaciones genéricas y las de cantidad, las alternativas y las facultativas.

Son **obligaciones genéricas**, aquellas en las que el deudor se compromete a entregar objetos, no determinados individualmente, sino tan solo por su género, es decir, debe darse una cosa determinable por ciertas cualidades naturales o económicas, y que pueden ser sustituidas por otras cosas equivalentes, que tengan sus mismas cualidades. Por ejemplo, entregar un esclavo, un caballo etcétera.

Son **obligaciones de cantidad**, cuando el objeto consiste en la entrega de una cantidad de cosas fungibles que se aprecian por su peso, número o medida, por ejemplo, dar sumas de dinero.

Son **obligaciones alternativas**, aquellas en la que el deudor ha de cumplir una sola prestación, entre dos o más, disyuntivamente indicadas. Por ejemplo, la de entregar el esclavo Sticho o cien ases.

Obligaciones facultativas, son aquellas, que no obstante tener una única prestación, pueden ser satisfechas por el deudor cumpliendo otra distinta, prevista en la misma obligación o en un precepto legal. Ejemplo: la entrega de un esclavo, con la facultad acordada al deudor, contractualmente, de liberarse pagando mil ases; o en el caso de un esclavo o *filius* que cometa un delito, la obligación, impuesta por la ley,

del *pater*, de entregarlo en *mancipium* como prestación principal, y la de entregar una suma de dinero, como prestación facultativa.

En las obligaciones alternativas, hay una obligación con varios objetos, esto significa, que mientras exista uno de los objetos, aun cuando los demás se hayan destruido, la obligación subsiste; en tanto, que, en las facultativas, el objeto es único, pero, en el momento de pagar, el deudor puede liberarse, entregando otro distinto; ello hace que si el objeto principal, perece por caso fortuito, la obligación se extingue y no procede la substitución

Divisibles e indivisibles: Las **obligaciones divisibles** contienen prestaciones de tal naturaleza, que pueden ser ejecutadas en parte, sin que su esencia y valor, sufran alteración alguna, como la de dar una suma de dinero que puede fraccionarse en varias entregas.

Las obligaciones indivisibles, son aquellas que no pueden cumplirse sino por entero, pues, de lo contrario, no cumplen su función socio-económica, como la obligación de pintar un cuadro.

Fuentes de las Obligaciones

Fuentes: Clasificaciones de Gayo y Justiniano. Crítica

Se entiende por “fuentes” de las obligaciones, aquellos actos, negocios o situaciones de los cuales nacen las obligaciones.

Las clasificaciones que ejercieron una importancia decisiva en los autores medievales y modernos, son las establecidas en las institutas de Gayo y Justiniano.

Según Gayo, las obligaciones, nacen de un contrato o de un delito.

En una obra posterior amplía la anterior, y le agrega las varias figuras de causas (*variae causarum figurae*).

Para Justiniano la clasificación es cuatripartita: contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasidelitos.

En el **contrato**, el aspecto subjetivo, que es el acuerdo de voluntades de las partes, tiene especial importancia.

En el *quasi ex contractu*, falta el consenso entre las partes, estas obligaciones fueron protegidas por el pretor. Justiniano menciona en sus Institutas, como ejemplos de cuasicontratos, a **la gestión de negocios, la tutela y curatela, el legado y el pago de lo no debido.**

La gestión de negocios: hay gestión de negocios, cuando una persona, sin mandato de otra, realiza, unilateralmente, negocios útiles

para aquel. Según dice Justiniano, “esto ha sido admitido por utilidad, para que los negocios de los ausentes, obligados a partir súbitamente, y a toda prisa, sin haber confiado a nadie su desempeño, no quedaran en abandono; porque ninguno, sin duda, se ofrecería a cuidarlos si no tuviera ninguna acción para reclamar los gastos que en ello hubiese hecho”.

Tutela: Justiniano entiende que la tutela es un *quasi ex contractu*, ya que los tutores no están, desempeñando su función por un contrato, pero sí por algo parecido a un contrato.

Legados: Justiniano nos aclara que la obligación que tiene el heredero de cumplir el legado, no nace de un contrato.

Pago de lo no debido: cuando alguien paga por error una cosa o paga más de lo debido, quien ha aceptado el pago, está obligado a la devolución de lo indebidamente pagado. Esta obligación no nace de un contrato.

Delitos: Es un hecho ilícito, castigado por la ley; que crea la obligación de reparar el daño ocasionado, y por eso es una fuente de obligación civil. Existe una clasificación, que diferencia, entre delitos privados y delitos públicos.

En los delitos privados, se persigue, por un lado, a través de una acción civil, el resarcimiento del daño efectivamente sufrido, y, además, por medio de la *actio poenalis* o acción penal, la aplicación de una pena, que, en un principio consistía en un castigo corporal. Esta pena fue variando, y, con el procedimiento pretoriano, ésta consistió en una suma de dinero.

Tanto la acción penal como la acción reipersecutoria o civil se pueden acumular. Por ejemplo, el que sufre un *furtum* tiene la acción para recobrar la cosa hurtada, pero, además, cuenta con la *actio furti* con la cual se castiga al ladrón con el *duplum*, *triplum* o *quadruplum* del valor de la cosa sustraída.

Los delitos públicos, como, por ejemplo, los homicidios o la traición, se encuentran contemplados, en el libro 48 del Digesto. Las

penas son: pena capital, esclavitud, deportación, el azotamiento o el trabajo en las minas.

Los delitos privados

1.- *Furtum*: El *furtum* consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa de carácter mueble ajena, sin consentimiento de su dueño, para lograr con su uso y posesión un provecho pecuniario (*animus lucrandi*). Se requiere el dolo. Como surge de la definición, debe tratarse de una cosa mueble, por supuesto no propia, aunque una excepción la hallamos en el *furtum pssessionis*, al que luego nos referiremos; y que el dueño no haya consentido el apoderamiento. Así las fuentes nos cuentan el caso de quien quería apoderarse de un caballo de su vecino, y le pidió al esclavo de la víctima que se lo dejara a su alcance para poder tomarlo. El esclavo, en lugar de acceder al pedido, le relató a su dueño el plan de su vecino, y el dueño del caballo, en connivencia con su esclavo, le siguieron el juego, dejándolo donde el vecino quería, para atraparlo en ese momento. Sin embargo, probados los hechos, se consideró que allí no había *furtum* pues era el propio dueño el que había dejado el caballo a disposición del vecino. Fueron muy minuciosos los romanos al tratar el *furtum*, palabra que proviene de *fraus*, que significa “fraude” o *furvus*: “oscuro”, distinguiendo muchos casos de *furtum*, algunos que podían corresponder a la actual figura del hurto, pero otros casos que lo exceden con creces. Podemos clasificar las clases de *furtum* en:

***Furtum de día y furtum de noche*:** legislado por la Ley de las XII Tablas, permite a la víctima, en el segundo caso, matar al ladrón, siempre que alerte la presencia de testigos; el que se cometía de día, solo permite matar al ladrón si éste se halla armado.

***Furtum manifestum y nec manifestum*:** también legislado por la Ley de las XII Tablas. El primero consiste en encontrar al ladrón en el lugar del hecho o con la cosa aún en su poder, si se lo halla, luego, es

un *furtum nec manifestum*. En el primer caso, se lo condena a azotes y se lo asigna al ofendido como *addictus* o esclavo si es un hombre libre, y si ya es esclavo, se lo condena a muerte despeñándolo, de la roca Tarpeya. Estas penas son reemplazadas por el Pretor, por un monto igual al cuádruplo del valor de la cosa hurtada. En el *furtum nec manifestum* se condena con la pena del doble del valor de la cosa.

Furtum conceptum: es de creación pretoriana, y castiga el delito de encubrimiento, imponiéndose la pena, al tercero, que tenga en su poder la cosa hurtada por otro, luego de una pesquisa que se efectúa con testigos. La pena es la del triple del valor de la cosa.

Furtum oblatum: es el que comete el ladrón contra el tercero de buena fe que ha aceptado tener la cosa en su poder, ignorando su procedencia delictiva, con la intención del ladrón de imputarle el delito. La pena es del triple del valor de la cosa.

Furtum prohibitum: incorporado por la jurisprudencia clásica, ocurre cuando el supuesto ladrón se opone a la pesquisa solemne y con testigos. Pena: cuádruplo del valor de la cosa.

Furtum non exhibitum (no presentado): surge por obra de los juristas clásicos. Ocurre cuando el ladrón no entrega la cosa oculta en su casa, al hacerse la pesquisa, y luego se encuentra a través de la búsqueda.

Furtum usus: creación de la jurisprudencia clásica, condena a quien le da a la cosa un uso distinto al convenido, teniéndola legalmente en su poder. Por ejemplo, me prestan un caballo para ir a dar un paseo y lo llevo a la guerra. Otro caso es el que comete quien tiene una cosa en su poder sin poder usarla, y la usa, como el acreedor prendario o el depositario.

Furtum possessionis: lo comete el propio dueño, que, por contrato, ha entregado la tenencia de su cosa, por ejemplo por un contrato de prenda, y luego molesta o le quita la cosa al tenedor legítimo.

La víctima cuenta, en el *furtum*, con acciones reipersecutorias como la *reivindicatio*, la *condictio furtiva* y la *actio ad exhibendum*

para recuperar la cosa; y con la *actio furti*, de carácter penal e infamante, para demandar las penas antes expuestas.

2.- Rapiña: según Cicerón, el pretor M. Terencio Lúculo (año 76 a.C.) sancionó los actos violentos realizados por varios hombres, otorgándole al perjudicado, una acción infamante, la *actio vi bonorum raptorum*. En un principio, se exige la presencia de hombres reunidos y armados que actuaran con violencia, luego se admite que pueda ser hecha, por un solo hombre armado o usando otro tipo de fuerza. La esencia para que se constituya esta figura delictiva, es el uso de violencia, con o sin armas, configurándose como un *furtum* calificado por el uso de la violencia. La pena es del cuádruple del valor de la cosa, si se intenta en el término de un año desde que el hecho se produjo, o por el valor de la cosa, luego de ese lapso temporal.

3.- Injuria: En el régimen de las XII tablas estas son lesiones físicas, más adelante este concepto se va ampliando a las lesiones dirigidas por palabras verbales o escritas.

En la ley de las XII tablas las penas de injurias están tarifadas. En el caso de un miembro roto, corresponde la ley del talión, si se fractura un hueso a un hombre libre la pena era de 300 ases, si se fractura a un esclavo 150 ases, por una bofetada 25 ases.

El pretor, diferencia las injurias leves de las graves, en la acción que concede llamada *actio iniuriarum*. Para las leves, deja el monto fijado en la estimación del actor, y el mismo Pretor, la determina si es una injuria grave.

4.- Daño ocasionado por un hecho ilícito. Ley Aquilia: El daño injustamente causado, está contemplado en la *Lex Aquilia* (un plebiscito del tribuno Aquilio en el año 287 a.C.). Se castiga el daño causado, incluso con la mera culpa, pero, exigiéndose el contacto cuerpo a cuerpo, quedando fuera del alcance de la ley, el caso, por ejemplo, de quien encierra a un animal ajeno y lo deja morir de hambre. Para remediar estas hipótesis, el Pretor concede acciones *in factum*. Esta es una ley de solo tres capítulos de los cuales el primero y el tercero nos interesan en este caso.

Capítulo I: Se castiga la muerte de un esclavo ajeno o de un animal cuadrúpedo ajeno con una pena que consiste en el mayor valor que hubiera tenido la cosa durante el año anterior al hecho dañoso.

Capítulo III: En este capítulo no se castiga la muerte sino las heridas, fracturas, quemaduras, etc., a un esclavo o cuadrúpedo ajenos. La pena consiste en el mayor valor de la cosa en los treinta días anteriores a la lesión.

Cuasidelitos

Estas figuras se asemejan a las que provienen de un delito, pero la diferencia está en que, en este caso, se actúa con una conducta culposa e imprudente. Este es el concepto actual, ya que vimos, que, en Roma, el daño injustamente causado, puede ser hecho con culpa y es un delito; mientras que uno de los casos, que analizaremos a continuación, el del Juez que hace suya la causa, es un cuasidelito para los romanos, y requiere dolo.

Las institutas de Justiniano enuncian los siguientes casos de cuasidelitos.

El caso del Juez que hace suyo el proceso.

Las cosas arrojadas o derramadas.

Las cosas suspendidas o colgadas.

La responsabilidad de los barqueros, posaderos y dueños de los establos por el hecho de sus dependientes.

a) Esto ocurre cuando el Juez favorece a alguna de las partes; como ya dijimos, en este caso, se le hace una crítica, porque el Juez conoce el Derecho, y al favorecer a una de las partes estaría cometiendo un delito.

b) Si de una casa es arrojado alguna cosa que causare un daño, su dueño debe responder, aunque lo haya tirado él, un hijo o un esclavo, aún sin intención de dañar.

c) Si el habitador de una casa ha puesto o colgado una cosa que al caerse lesiona o daña debe responder por su actuar negligente.

d) Estos responden por los daños causados por sus dependientes.

Convenciones, pactos y contratos. Diversas clases de contratos: verbales, literales, reales y consensuales.

Convenciones

Las convenciones comprenden cualquier tipo de acuerdo, y no solo los contratos. Las relaciones entre particulares dan lugar, en Roma al nacimiento de otras convenciones que no entran dentro del marco de los contratos. Así van naciendo distintas figuras que generaron obligaciones y cuya eficacia jurídica se va reconociendo con el otorgamiento de acciones, en algunos casos, como el caso de los contratos innominados y los distintos tipos de pactos, dentro de los cuáles algunos poseen acción. Dentro de las convenciones, entonces, encontramos a los pactos y los contratos.

Pactos: en la época clásica fue entendido como un acuerdo entre acreedores y deudor, tendiente a demorar o dejar sin efectos la obligación. Se diferencian de los contratos, por carecer de formalidades y generar solo obligaciones naturales, salvo cuando se los dota excepcionalmente de acción (pactos sancionados).

Contratos: en el Derecho Justiniano el contrato es el acuerdo de voluntades, hecho con formalidades, que tiene un nombre civil (a excepción de los contratos innominados, que se fueron paulatinamente aceptando, para que siempre que hubiera una prestación de dar o de hacer y una contraprestación, quien cumpliera su parte pudiera demandar el cumplimiento a la otra o repetir lo dado si era posible) que constituye a una persona deudora y a otra acreedora, y le da a ésta acción contra el deudor, para exigir su cumplimiento si no se paga voluntariamente.

Los distintos tipos de contratos van apareciendo según las transformaciones políticas, económicas y sociales.

Contratos verbales

En el Derecho antiguo se reconocen como contratos *verbis* a dos figuras contractuales, que se perfeccionan por el empleo de palabras solemnes. Ellos son, el *nexum* y la *sponsio*.

Nexum: en un principio la simple deuda no configura una obligación, pues no hay acciones para exigir las; pero, ante la aparición de incumplimientos, los romanos crean esta figura que coloca al sujeto deudor, en una dependencia física respecto al acreedor, de manera que el deudor garantiza la deuda con su propia persona. Esta situación termina en el año 326 a.C. con la *lex Poetelia Papiria* que vino a abolir indirectamente el *nexum* al prohibir el encadenamiento de un ciudadano y su venta o muerte, a menos que su *obligatio* proviniera de un delito. Esta ley dispuso que el deudor responda solamente con sus bienes.

Sponsio: es un contrato de contenido jurídico – religioso. Se aplica solo a los ciudadanos romanos, y se concreta en forma oral, con términos sacramentales, debiendo el acreedor preguntar *spondes?* y el deudor contestar, *spondeo*.

Stipulatio: para incluir también a los extranjeros, surge este otro contrato verbal, que consiste en una pregunta que es formulada por el estipulante a otra persona, la cual contesta congruentemente, sin ser necesaria una palabra determinada en latín, como el caso de la *sponsio*, quedando obligada por su promesa. Ej.: ¿prometes darme 1000 ases? y la otra parte contesta “lo prometo”.

Dotis ditio: se trata de una promesa solemne de dote, que puede ser hecha por un pariente, por un tercero o por la mujer misma que va a contraer matrimonio.

Promissio Iurata liberti: consiste en una promesa juramentada, por la cual, el liberto, se compromete a efectuar determinadas obras en favor de su patrono.

Contratos literales

Son los que se perfeccionan por medio de la escritura; ellos son:

a) *Nómina transcripticia*

b) *Chirographa y syngrapha*

a) Todo *paterfamilias* lleva libros en los que registra todas sus operaciones de orden patrimonial. Uno de estos libros se llama “adversaria”. En este se anota las operaciones diarias; y, en otro llamado *codex*, el pater pasa todas las entradas y salidas mensuales, sirviendo de modo de prueba de obligaciones, pero también para crearlas, ya que se registran con acuerdo del deudor en el libro del acreedor y se expone la causa.

b) Tanto los *chirographa* como los *syngrapha* sirven para crear obligaciones entre peregrinos. El primero de ellos, es un documento firmado por el deudor y sellado con su anillo, que queda en poder del acreedor, y, en el cual se reconoce el negocio celebrado por los contratantes. El segundo, es un documento redactado en doble ejemplar, y suscripto por ambas partes, en el cual se insertan los sellos de los contratantes y de los testigos del acto, quedando un ejemplar en poder del acreedor y otro del deudor.

Contratos reales

Son aquellas convenciones que se perfeccionan por la entrega de una cosa en propiedad, posesión o tenencia. Los contratos reales se perfeccionan cuando al acuerdo de las partes, se le suma la *traditio* de ciertas cosas. Ellos son: a) el mutuo o préstamo de consumo, b) el

comodato o préstamo de uso, c) el depósito, y d) el *pignus* o contrato de prenda.

Mutuo: una parte, el mutuante, transfiere a otra, el mutuario, la propiedad de cosas que se aprecian por el peso, número o medidas, con la obligación de restituir al cabo de cierto tiempo, no las mismas cosas, sino la misma cantidad de cosas, de idéntica especie y calidad. Por ejemplo, puede ser objeto de mutuo el dinero, los granos, las vacas, etcétera. El mutuo es gratuito, pero pueden convenirse intereses por separado.

Comodato: es un contrato por el cual, una persona, el comodante, entrega gratuitamente una cosa a otra persona, el comodatario, para servirse de ella, y devolverla después de haber hecho el uso convenido.

Depósito: en este contrato, una persona, el depositante, entrega una cosa a otra persona, el depositario, que se obliga gratuitamente, a guardarla, y devolverla al primer requerimiento. No puede usarla, si lo hace, comete *furtum usus*. La gratuidad de este contrato, es un elemento esencial en el Derecho clásico. En el Derecho Justiniano se autoriza al depositario, a percibir una retribución por la guarda de la cosa.

Otras especies de depósito: el depósito necesario o miserable, el secuestro, y el depósito irregular.

Depósito necesario o miserable: tiene lugar cuando se produce una calamidad pública, tumulto, ruina o incendio. Son acontecimientos imprevistos, y a su vez implican un peligro inminente a los bienes. En estos acontecimientos anormales, el depositante no puede elegir libremente al depositario, por eso, si éste actúa dolosamente, es castigado con el valor del doble del valor de la cosa confiada. **Secuestro:** ocurre cuando la cosa litigiosa es entregada a una de las partes o a un tercero. Se devuelve una vez resuelta judicialmente la cuestión. **Depósito irregular:** en este depósito se da en custodia cosas fungibles, generalmente dinero, y se pueden pactar intereses.

Prenda: es un contrato por el cual el deudor entrega una cosa a un acreedor, como garantía de su deuda. El acreedor, una vez satisfecho, debe restituir la cosa. Es un contrato accesorio de una obligación previa, que queda concluido con la entrega en posesión de la cosa. Es obligación del acreedor prendario devolver la cosa sin usarla. Responde por su dolo y culpa, no del caso fortuito. El acreedor está obligado a devolver la cosa. En la restitución deben incluirse los frutos, a menos que se haya convenido el pacto de anticresis, que consiste en imputar los frutos, al pago de los intereses, y, en caso de existir un sobrante, al capital.

Contratos consensuales

Estos contratos se llevan a cabo mediante el mero consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna, y están amparados por “acciones de buena fe”. Son una de las grandes innovaciones romanas que posibilitaron el desarrollo contractual en occidente. Ellos son a) Compraventa; b) Locación; c) Sociedad; d) Mandato.

Compraventa: es la convención por la que una de las partes, el vendedor, se obliga a dar a otra, el comprador, la posesión de una cosa, con la garantía de gozarla pacíficamente y el comprador de entregar en propiedad una suma de dinero. Son sus elementos: el consentimiento, el precio y la cosa materia del contrato.

El consentimiento es la libertad expresada de que uno quiere vender y el otro comprar.

El precio debe ser verdadero, o sea que no sea irrisorio, pues de lo contrario, ocultaría una donación; cierto, o sea determinado y debe ser en dinero.

Las cosas deben estar en el comercio, pueden ser corporales o incorporales, pudiendo ser objeto de compraventa, las cosas futuras.

Locación: es la convención que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, al crear obligaciones recíprocas entre ambas partes,

desde el momento de su celebración, podemos reconocer tres clases: **Locación de cosas:** el locador garantiza el uso y goce en forma pacífica y temporal de una cosa y el locatario se obliga a pagar un precio cierto en dinero. **Locación de servicios:** El locador se obliga a trabajar o a prestar determinados servicios al locatario, a cambio de un precio determinado, sin garantizar resultados. Es lo que sucede, por ejemplo, en los contratos de empleo, o cuando se contrata los servicios de un médico o abogado, salvo que se le pida un producto determinado, por ejemplo, la redacción de un contrato, en cuyo caso, es locación de obra. Se abona el precio del servicio, aún cuando no se obtenga el resultado deseado, solo por poner, el locatario, el esfuerzo de realizar el trabajo.

Locación de obra: el locador es quien paga el precio y el locatario es quien realiza la obra, por ejemplo, pintar un cuadro. En este caso, se garantizan los resultados, pues, en este caso, si no se entrega el cuadro terminado, no hay obligación de pagar el precio. Es importante que el material lo provea el locador, porque si el material es del locatario, se trata de una compraventa.

Sociedad: la sociedad es un contrato consensual, no formal, e *intuitu personae*, en virtud del cual, dos o más personas realizan aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una ganancia y soportar las pérdidas. Se cree que la forma más antigua, fue la asociación de trabajadores libres que ofrecían su fuerza laboral a los propietarios de campos para levantar las cosechas. También surgieron las de los publicanos y la de concesionarios de obras públicas. Con el tiempo, y en la época clásica, se forman las sociedades de banqueros y de vendedores de esclavos.

Mandato: es el contrato consensual, por el cual, una de las partes, el mandante, le encarga a otra, el mandatario, que realice un determinado acto o que gestione todo su patrimonio, gratuitamente. Si fuera oneroso, se acercaría más a la locación de servicios.

Efectos y Extinción de las Obligaciones

Efectos generales. Obligaciones de Derecho estricto y de buena fe

La obligación es una situación temporal, una atadura legal, que, de alguna manera debe concluir. Puede suceder que la obligación se cumpla, y con eso se extinga; pero, si la obligación no se cumple, se abre para el acreedor la posibilidad de iniciar la correspondiente acción.

Obligaciones de Derecho estricto y de buena fe

Las obligaciones de Derecho estricto, se caracterizan porque su interpretación es literal, y deben cumplirse tal cual lo pactaron las partes.

Las de buena fe, deben cumplirse según la intención de las partes. No solo se tiene en cuenta lo expresado literalmente en el contrato, sino, también todo lo que no está establecido en la obligación pero que nace de la buena fe, de las buenas costumbres o de la naturaleza de la obligación.

En el Derecho antiguo, los actos jurídicos eran solemnes, no se admitía el dolo y se decía que la ley no protegía a los tontos.

Las partes solo debían cumplir las obligaciones, tal cual como estaba señalado. El Derecho Pretoriano va morigerando la rigidez del Derecho Civil, y hace primar la buena fe, en todas las obligaciones, idea que se mantiene hasta nuestros días.

Nuestro Código Civil y Comercial lo regula en su artículo 729 y dice: deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.

Bonorum Venditio

Una vez que el deudor confeso o condenado en juicio, no abona el importe dinerario a que la sentencia lo obligo, y, convertido su patrimonio, desde la *Lex Poetelia Papiria* en la garantía de pago a los acreedores, éstos pueden solicitar la *Bonorum Venditio* al Magistrado, que es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores.

Se puede hacer, en vida del deudor o después de su muerte, cuando no deja heredero alguno.

Este modo de transmisión *per universitatem* es introducido por el pretor P. Rutilio en el siglo II a.C.; consiste en la entrega efectuada por el Magistrado, al acreedor, de la posesión de todos los bienes del deudor, para que proceda a su venta, a fin de hacer efectivo su crédito, con el importe que se obtenga de la misma.

Procedimiento:

a) Los acreedores, o uno de ellos, pide al pretor la entrega en posesión, de los bienes del deudor. Si hay varios acreedores, uno de ellos asume el rol de curador de los bienes (*curator bonorum*)

b) Se colocan carteles en los lugares públicos para dar publicidad.

c) Al cabo de 30 días de ocurridas esas publicaciones que se reducen a 15, si el deudor ha muerto, el Pretor ordena a los acreedores, que elijan al *magister bonorum*, para que se encargue de realizar la venta (realiza inventario de los bienes, y fija fecha y hora del remate).

d) Luego de 10 días, si el deudor está vivo o 5, si está muerto, el *magister* procede a la venta en pública subasta.

Efectos: El comprador, que es el que ofrece el dinero suficiente para satisfacer a más acreedores, llamado “*emptor bonorum*” es un adquirente universal, consiguiendo la propiedad bonitaria, y el deudor, despojado de su patrimonio, lleva consigo la tacha de infamia.

Una ley *Iulia*, del tiempo de Cesar o de Augusto, mejora la situación del deudor insolvente y de buena fe. Si hace cesión voluntaria de sus bienes a sus acreedores (*cessio bonorum*) se libera de la tacha de infamia.

Esta figura desaparece, cuando el procedimiento formulario deja de estar en vigor. Es reemplazado por la *distractio bonorum*, que es la venta individual de sus bienes, hasta cubrir las deudas, y, además, no acarrea la tacha de infamia.

Fraude del deudor: acción pauliana

El deudor, aún después de haber sido condenado, como aún tiene el poder de disponer de sus bienes, puede seguir realizando negocios que disminuyan su patrimonio; como, por ejemplo, donaciones. Para remediar esta situación, se crea la **Acción Pauliana**, que le es concedida al acreedor que denuncie, dentro del año, la realización de actos fraudulentos y tiene por efecto la nulidad de dicho acto. En el caso de las donaciones, siempre se revocan, pues ante un donatario que recibe algo sin ninguna contraprestación de su parte, y un acreedor que posee contra el deudor un crédito legítimo, prevalece el interés de este último. En el caso de los actos a título oneroso, solo se revocan si existe mala fe, por ejemplo, si se ha vendido algo a un precio irrisorio, pues encubre una donación. En cambio, si el precio es real, no hay disminución del patrimonio del deudor, ya que, el dinero recibido a cambio de la venta, también está en su activo, y, por ello no se anula.

Efectos accidentales. Causas de inejecución: dolo, culpa, caso fortuito y fuerza mayor. Mora. Daños y perjuicios

Dolo: es la actitud voluntaria y maliciosa del obligado para no cumplir la obligación y perjudicar a la otra parte.

Culpa: se entiende que hay culpa cuando existe una negligencia o imprudencia de parte del deudor, y, por esa causa no cumple la obligación. Existen grados de culpa. Ulpiano define a la culpa grave como una extrema decidia, “demasiada negligencia”, esto es, no entender lo que todos entienden. En este caso, las consecuencias se asimilan al dolo, y su responsabilidad es total, tanto por la prestación debida, como por sus intereses y los daños ocasionados.

La culpa leve es cuando el deudor ha dejado de cumplir la obligación por no haber puesto la debida diligencia que todo hombre normal debe prestar en los negocios que interviene.

Caso fortuito: Ulpiano define al caso fortuito como todo lo que la inteligencia humana no puede prever. Exime de responsabilidad ante el incumplimiento.

Fuerza Mayor: sería aquel evento que, aunque haya sido previsto no ha podido ser evitado. Exime de responsabilidad, igual que el caso fortuito.

Mora: es el retraso, culpable o doloso, sea del deudor en el cumplimiento de la obligación o del acreedor en recibir el pago se llama mora. Para que exista mora del deudor, debe ser una deuda exigible, o sea, que no esté pendiente de cumplimiento, el plazo, ni la condición suspensiva, y no se haya alegado el caso fortuito o la fuerza mayor. Si la obligación no tiene un plazo para ser cumplida, el acreedor debe intimar al pago al deudor para constituirlo en mora. En la mora del acreedor, el deudor puede liberarse haciendo un pago por consignación, que consiste en dejar la cosa debida en un lugar público, a disposición del acreedor.

Daños y Perjuicios: si la obligación no se cumple por culpa o dolo del deudor nace la obligación de pagar los daños y perjuicios.

En las obligaciones de derecho estricto, con *condemnatio certa*, esa es la suma que debe pagar el deudor, si es de *condemnatio incerta*, la suma es fijada por el Juez. En las obligaciones de buena fe, los daños y perjuicios son fijados por el Juez, conforme a la equidad. Con Justiniano, se establece un límite al monto de los daños y perjuicios, que no pueden superar el doble del monto determinado de la prestación.

División de los medios de extinción: ipso iure, ope exceptiones

Ipsa iure o de pleno derecho: pago, novación, mutuo disenso, concurso de dos causas lucrativas, confusión, muerte y capitis deminutio.

Ope exceptionis, que deben alegarse como excepción: compensación, remisión de la deuda, transacción, prescripción liberatoria.

Modos de extinción ipso iure

Pago: consiste en el cumplimiento de la prestación debida, sea de un *dare, praestare* o *facere* o *non facere*.

En principio, el que paga es el propio deudor, pero también resulta válido, y extingue la obligación, el pago efectuado por un tercero, siempre que no sea una prestación que deba ser cumplida por el deudor mismo por sus cualidades, como el caso de hacer una estatua, pintar un cuadro, etc.

Se debe pagar al acreedor, pero se pueden dar otros supuestos; por ejemplo, pagarle a un mandatario del acreedor.

El deudor debe cumplir la obligación pagando, exactamente, el objeto establecido en la prestación; tampoco el acreedor puede ser obligado a recibir prestaciones parciales en contra de su voluntad.

Se debe pagar cuando vence el plazo o antes. Si no hay plazo estipulado, se puede exigir el pago en forma inmediata; se debe pagar, en

principio en el lugar convenido, si no se establece el lugar, las prestaciones determinadas deben ser satisfechas en el lugar en que éstas se hallaren, y, si son genéricas, en general, en el domicilio del deudor.

Novación: consiste en la transformación de una obligación en otra nueva, de tal modo que la primera queda extinguida y se la sustituye por otra.

Condiciones:

a) una obligación anterior válida.

b) una nueva obligación.

c) el *animus novandi*.

d) el mantenimiento, en la nueva obligación, del mismo objeto que la primera. Desde la época clásica, se admite la novación objetiva, aunque, Ulpiano recalca, que, si bien algo nuevo se añade o se cambia, algo de lo viejo debe continuar, por ejemplo, en este caso, los sujetos.

En la novación subjetiva, se trata del cambio de los sujetos (activo y/o pasivo) como ocurre cuando se le cede el crédito o la deuda a un tercero. Por ejemplo, si la deuda originaria, se contrajo entre Lucio, como acreedor, y Claudio, como deudor, siendo el objeto de la prestación dar 100 ases. Si Lucio le cede su crédito a Cornelio, la obligación anterior desaparece, y ahora, los 100 ases, se los debe Claudio a Cornelio, y ya no a Lucio. Claudio también puede ceder su deuda, y, entonces, su obligación desaparece y surge una nueva en cabeza del nuevo deudor. También puede añadirse una condición, plazo o cargo, para producir una novación.

Confusión: cuando por cualquier circunstancia concurre sobre la misma persona la condición de acreedor y deudor, ya que nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo. Ejemplo, cuando una persona hereda a otra, respecto de la cual, es deudora o acreedora.

Mutuo disenso: la obligación que ha sido contraída por el consentimiento -en un contrato consensual- puede ser extinguida por un contrario *consensus*, es decir por un convenio contrario.

Concurso de dos causas lucrativas: cuando alguien ha adquirido, por una causa gratuita, una cosa que le era debida por otra causa gratuita, estas dos obligaciones quedan extinguidas *ipso iure*. Por ejemplo, si recibo por donación una cosa que me debían por legado, la obligación nacida del legado se extingue.

Modos de extinción *ope exceptionis*

Compensación: es definida por Modestino como “la contribución de una deuda y de un crédito entre sí. Se presenta cuando el deudor, opone al acreedor, un crédito que tiene, a su vez, contra éste, de tal modo que los créditos y las deudas se extinguen entre sí, hasta la suma menor.

Remisión de la deuda: ocurre cuando el acreedor se compromete por medio del *pactum de non petendo* (pacto de no reclamar) a no exigir el cumplimiento de la obligación.

Transacción: cuando las partes haciéndose recíprocas concesiones o renunciaciones, deciden poner fin, a obligaciones litigiosas o dudosas. Cada una de las partes, renuncia parcialmente a su pretensión, para llegar a un acuerdo y extinguir la obligación. Por ejemplo, el acreedor cree que le deben 1000 ases y el deudor 500, y acuerdan, en hacer una transacción por 750 ases.

La prescripción liberatoria: se utiliza para repeler una acción, por vía de excepción, por el solo hecho de que el actor no ha usado esa acción durante cierto lapso de tiempo, o de ejercer el derecho que a ella se refiere. Vencido el término legal, que fue fijado por Teodosio II en 30 años, para la extinción de toda clase de acción, a menos que

tuviera plazos especiales, puede, el deudor, repeler la pretensión, con una *exemptio temporis*.

La Defensa de los Derechos

El procedimiento. Sistemas procesales. Antecedentes históricos

En los orígenes históricos, encontramos que, en las sociedades primitivas, la defensa de los derechos es función privativa del jefe de familia, donde el factor preponderante es el empleo de la fuerza, por carecer de una organización jurídica que proteja los derechos de los particulares.

En los tiempos primitivos de Roma encontramos que la auto-defensa es la única tutela jurídica, siendo los Jefes quienes dictan la correspondiente sanción, que consiste en el castigo sobre la persona que viola la norma. Por tal motivo, se hizo necesario, en Roma, que alguna autoridad pública intervenga, para regular las controversias, lo que se inicia de forma rudimentaria, pasando de la aplicación de la Ley del Talión, a una composición voluntaria, y, posteriormente, a una composición legal.

Augusto, Marco Aurelio, Teodosio y Justiniano, dictan severas penas para aquellos que practiquen la venganza privada, siendo admitida, solamente, si existe la necesidad de repeler la violencia de que se es víctima, sin poder obtener, a tiempo, el amparo de la autoridad pública.

Al implementarse en Roma la autoridad judicial, es necesario dictar un método de enjuiciamiento que tienda a dar, a los particulares, los medios adecuados, para someter sus controversias a los órganos del Estado, a fin de resolverlas, en forma imparcial. Queremos aclarar, que, en Roma, las personas no tienen derechos subjetivos, y, en base a ellos, reclaman acciones; sino, que, por haberseles otorgado una acción, nace para ellos, el derecho subjetivo.

A partir de la época en que el Estado toma intervención en los litigios suscriptos entre los habitantes, para contribuir a su más equitativa resolución, se establecen diferentes procedimientos, etapas y órganos juzgadores.

Etapas en los procesos ordinarios

In Iure: Consiste en la organización del proceso propiamente dicho. Se hace ante el Magistrado, y se prepara la causa para la segunda etapa, ante el Juez.

In Iudicium: En esta etapa, el juez privado analiza el caso y absuelve o condena al demandado, según considerase injusta o justa la reclamación del actor y probado el hecho sobre la cual versa. Los jueces son designados por las partes, elegidos de una lista confeccionada al efecto, pudiendo ser, asimismo, uno o varios. Existen también tribunales permanentes (decenviros, centunviro, etc.), a los cuales están asignados asuntos de determinada naturaleza. Según la amplitud de sus poderes, los jueces pueden clasificarse en:

a) ***Iudex***: Su esfera de acción es limitada. Debe fallar conforme a lo resuelto por el magistrado en la fórmula.

b) ***Arbiter (árbitros)***: Sus poderes son más extensos que los de los anteriores, siéndoles permitido (y esto constituía la regla general a su respecto) emitir resoluciones acordes con la equidad (aunque el Derecho Civil, propiamente dicho estableciese, una solución contraria).

c) **Recuperatores**: Intervienen, exclusivamente, en asuntos en que sean parte ciudadanos y extranjeros.

Los sistemas procesales según los períodos históricos

En la historia del procedimiento romano encontramos tres sistemas principales:

- 1) **Legis actiones o acciones de la Ley**, característico de las primeras épocas de Roma.
- 2) **Procedimiento formulario**. Entra en vigor con la Ley Aebutia del siglo II a.C., que, progresivamente, va reemplazando al anterior.
- 3) **Justicia extraordinaria o Procedimiento Extraordinario**, característico del Bajo Imperio.

Las *legis actiones*. Concepto y características

Es el sistema imperante en la primera etapa de Roma, establecido por la Ley de las XII Tablas. Se caracteriza por la gran solemnidad de las fórmulas a emplearse (actos simbólicos y palabras solemnes), cuya omisión (de cualquier palabra o gesto) trae aparejado, como inevitable consecuencia, la pérdida del pleito. Este procedimiento se halla reservado, exclusivamente, a los ciudadanos, dentro de Roma o a una milla de ella, y quienes juzgan deben ser magistrados y jueces romanos. Es oral, incluso la sentencia, cuya condena es siempre en dinero, siendo inapelable, aunque, quien pierde el pleito, puede negarse a pagar, ofreciendo un *vindex* o fiador, que lo desobligue y entable un nuevo juicio, aunque, si lo pierde es condenado al doble de lo dispuesto en la primera sentencia (*revocatio in duplum*). No existe, en principio la representación, salvo que se litigue por el pueblo romano, por un menor, un ausente, un prisionero de guerra o un esclavo. El proceso, al ser ordinario, se divide en dos etapas. La primera se llama

in iure y se hace ante el magistrado. En épocas monárquicas se hace ante el Rey, y en la República ante los Cónsules. Esta función se le asigna a los Pretores cuando se crea esta institución, en el año 367 a. C. En la etapa “*in iure*” se prepara el litigio, y termina con la designación del Juez de una lista de jueces privados, que las partes elijen de acuerdo a quien consideren más versado en el tema planteado; y de no haber acuerdo, el mismo Magistrado es el que designa al Juez. Para culminar, tiene lugar la *litis contestatio*, que hace nacer un nuevo derecho, del juicio en sí, y que se desvincula de la causa original. Se toman testigos para que aporten su conocimiento en la segunda etapa, de lo que ha ocurrido en la primera, pues todo el trámite es oral. La etapa *in iudicium* se hace ante el Juez privado, en la plaza pública, donde son oídas las partes y se dicta sentencia antes de la caída del sol, de acuerdo a las pruebas brindadas en la primera etapa. No pueden solicitarse pruebas nuevas. El Juez puede deferir su sentencia o negarse a dictarla, si el asunto no le parece claro.

Las *legis actiones* son cinco:

- a) *Per sacramentum*
- b) *Per iudicis postulationem*
- c) *Per condictionem*
- d) *Per manum iniectioem*
- e) *Per pignoris capionem*

Las tres primeras están destinadas a declarar el derecho (acciones declarativas) quedando, las dos restantes, como medios de ejecución de sentencia (acciones ejecutivas)

Legis actio per sacramentum: Es la más antigua de todas, y se aplica en forma general a todos los procesos para los cuales las leyes no han establecido un procedimiento especial. Las partes, después de exponer sus pretensiones ante el Magistrado interventor, efectúan una apuesta sacramental (*sacramentum*) sobre la veracidad o exactitud de sus dichos (la que consiste en una suma de dinero). Hecho el

depósito, los litigantes se obligan a comparecer treinta días después, a efectos de designar al Juez encargado de decidir cuál de las partes tiene razón. Luego, se fija un día para que las partes comparezcan, a efectos de exponer los fundamentos de sus pretensiones, alegar sobre las circunstancias probadas y rebatir las posiciones de sus adversarios. La apuesta del vencido, pasa a engrosar el Tesoro público, destinándose en sus orígenes a solventar los gastos del culto.

Legis actio per iudicis postulationem: Esta acción es concedida por la Ley de las XI Tablas, buscando remediar los inconvenientes de la *legis actio per sacramentum*, haciendo el proceso más simple. Consiste en el procedimiento de petición de juez o árbitro para aquellas controversias de reclamación de un crédito derivado de un contrato verbal solemne, para la división de herencia y la división de cosa común, es decir podían intentarse en la *actio comunni dividundo*, la *actio finlum regundorum* y la *actio familiae erciscundae*. Su ejercicio está reservado para esos casos citados, que la ley expresamente determina, a diferencia de lo que ocurre con el *sacramentum*. Se dispone, inmediatamente, el nombramiento de un Juez, y no es necesario recurrir a la apuesta.

Legis actio per condictionem o condictio: Es introducida por la Lex Silia (siglo III a.C.) para las cuestiones, cuyo objetivo fuese una suma determinada de dinero. Su órbita de acción es extendida, por la Ley Calpurnia, a todos los litigios que tengan por objeto una prestación perfectamente determinada. Este procedimiento se caracteriza por la mayor rapidez de su resolución. El demandante se presenta ante el Pretor, acompañando el documento donde consta la obligación del demandado, sin necesidad de explicar la causa, e íntima a éste, en presencia de aquél, para que se presente treinta días después, a fin de que le sea comunicado el fallo.

Legis actio per manus iniectionem: Este procedimiento se aplica a las personas que han sido condenadas, por sentencia firme, a ejecutar sus obligaciones, o cuando han confesado la existencia y legitimidad de ellas. A falta de pago, dentro de los treinta días posteriores a la sentencia o confesión, el deudor es adjudicado (*addictus*) al actor, quien lo puede mantener cautivo. Este estado de cosas dura sesenta días. Durante ese lapso, el deudor, es expuesto tres días consecutivos de mercado, en la plaza pública, por si alguno de sus parientes o amigos desea saldar su deuda. Si esto no ocurre, vencido el plazo, el *addictus* es adjudicado definitivamente al acreedor, quién puede venderlo como esclavo a la otra margen del Tiber; y aun matarlo, si hay varios acreedores, para repartirse entre ellos su cuerpo. No hay ningún caso relatado en las fuentes que acredite que esto último, alguna vez haya ocurrido.

Legis actio per pignoris capio: Esta acción es un procedimiento por el cual, el acreedor, toma de garantía ciertos bienes del deudor, en prenda, para obligarle a pagar. A diferencia de las anteriores, no es menester la presencia del demandado y se realiza fuera del Tribunal del Pretor. Se aplica en ciertos casos especiales, determinados por la costumbre o la ley, por ejemplo, contra el que no paga el precio por la compra de una res destinada al sacrificio, si no se abonaron los impuestos, o el jefe de la tropa no le paga el sueldo a los soldados. El objeto embargado no puede ser recuperado por el deudor, si no paga la deuda.

El procedimiento formulario

El desmesurado rigorismo y la solemnidad de las *legis actiones*, tornaron por hacerlas odiosas y ridículas a los ojos de la población. Por esta razón, en el siglo III a.C., y por obra de la **Ley Aebutia**, se instauró un procedimiento más simple y menos formalista que el anterior,

al que no deroga expresamente, pero hace que se lo vaya dejando de lado, a efectos de facilitar la compleja tarea de administrar justicia, que se impregna cada vez más por las normas del *Ius Gentium*, muchos menos formales y rigurosas. El procedimiento formulario, recibe este nombre, porque el Magistrado, en la etapa *in iure*, redacta una fórmula que entrega a las partes, la que contiene los fundamentos y pretensiones de las mismas y, sobre la cual debe el juez (*in iudicium*) conocer y resolver. Es una especie de acta instructora. Este procedimiento es, igual que el de las *legis actiones*, vulgarmente denominado ordinario, por contraposición al extraordinario (*extraordinarias cognitiones*), que tiene lugar cuando el magistrado (*in iure*) se aboca al conocimiento y decisión del caso que se le somete, sin que haya doble instancia, lo que recién va a suceder en la etapa siguiente. Se acepta la representación, pero el representante, asume la responsabilidad sobre su propia persona, si es condenado. Predomina en el sistema formulario, la oralidad, pero tiene una parte escrita, que es **la fórmula**. Las fórmulas son públicas, y están expuestas en el foro. La sentencia, que hace cosa juzgada, es inapelable, es oral, y no recae en la cosa en sí, sino en su estimación en dinero. Subsiste la posibilidad de la *revocatio in duplum* y se agrega la restitución por entero, por ejemplo, en el caso de que se hubiera estafado a un menor de 25 años.

Partes de la fórmula

A) Partes principales

La fórmula se divide en cuatro partes: *designatio*, *demonstratio*, *intentio* y *condemnatio*; pudiendo, en ciertos casos excepcionales, añadirse una cuarta, la *adjudicatio*. Las dos primeras, tienen lugar durante el procedimiento *in iure*, quedando las restantes reservadas para el procedimiento *in iudicio*.

Designatio: nombramiento del Juez, árbitro o tribunal que va a resolver la cuestión planteada.

Demonstratio: contiene una detallada exposición de los hechos que motivan el proceso y el Derecho en que se funda la pretensión.

Intentio: se halla ubicada a continuación de la *demonstratio*. Contiene el preciso y fundamentado detalle de las pretensiones sustentadas por el actor. Puede ser cierta o incierta. **Cierta:** Cuando el objeto, materia del litigio, se halla perfectamente determinado. **Incierta:** Cuando la prestación es indeterminada, quedando su fijación librada al arbitrio del juzgador. En las acciones *in rem* (que versan sobre derechos reales) es siempre cierta. Por el contrario, en las acciones *in personam* (que versan sobre derechos personales), será cierta o incierta, según lo sea el objeto de la obligación.

Condemnatio: es la parte de la fórmula donde el juez ordena condenar o absolver al demandado, según el resultado a que haya llegado, tras examinar el fundamento del derecho del demandante y analizar las pruebas acumuladas en el proceso. Sea cual fuese el objeto del proceso, debe recaer siempre en una suma de dinero. Esta regla comprende también las acciones *in rem*. Cuando el monto de lo reclamado no ha sido determinado exactamente, lo fija el juez a su arbitrio, sea dentro de cierta suma de la que no puede excederse, o libremente, según lo que entendiéndose justo.

Adjudicatio: solamente se la encuentra en las acciones divisorias (*familiae erciscundae, communi dividundo y finium regendorum*). Consiste en la facultad, dada al Juez, de adjudicar, a cada uno de los interesados, la parte que a su juicio le corresponde en el reparto de los bienes que tengan en condominio.

B) Partes accesorias

a) **Praescriptiones:** son cláusulas insertadas, generalmente, a favor del actor, aunque también pueden estipularse en beneficio del demandado. Deben figurar a la cabeza de la fórmula, a continuación de la *demonstratio* y tienen por fin, limitar y precisar la demanda, en caso de que hayan sido opuestas por el actor (*praescriptionis ex parte actoris*), o hacer determinadas reservas, con el objeto de evitar conse-

cuencias perjudiciales que pudieran sobrevenirle de la acción intentada, por ejemplo, si se reclaman pagos adeudados, puede reservarse el derecho, de reclamar a futuro, otras cuotas impagas, que luego se verifiquen, por ejemplo, en el caso de una renta vitalicia. Si han sido opuestas por el demandado (*praescriptiones ex parte rei*) se le pide al Juez, que, antes de dictar sentencia se pronuncie sobre ciertas cuestiones, que impiden que prosiga la causa, por ejemplo, que ha pasado el tiempo previsto para el reclamo. En el trascurso del siglo I d.C., estas últimas son asimiladas a las excepciones.

b) **Excepciones:** consisten en manifestaciones extrañas al fondo de la cuestión en debate. Por esta razón, y a efectos de poder ser apreciadas por el Juez, deben constar en la fórmula. Para ello, se las coloca a continuación de la *intentio*, como parte constitutiva extraordinaria de la fórmula, Esto ocurre, por ejemplo, si el demandado, al contestar la demanda, aduce que el contrato en virtud del cual se lo demanda, es nulo, por hallarse viciado de error, dolo o violencia; o que sus efectos normales han sido modificados por algún pacto accesorio, etc. La condena, en este caso, puede tener lugar, únicamente, en caso que la *intentio* resulte plenamente probada y la excepción desechada por no encontrarse justificada.

Clasificación de las fórmulas

De dos especies principales son las fórmulas:

a) ***In Ius conceptae:*** son aquellas en que la *intentio* se funda en el *Ius Civile*, y, por ende, el magistrado al resolver una cuestión de hecho, debe abocarse al conocimiento de una cuestión de derecho.

b) ***In factum conceptum:*** cuando la *intentio* no se funda en el *Ius Civile*, sino en la equidad, el Juez sólo debe resolver acerca de los hechos litigiosos que se le someten, pues las cuestiones de derecho están excluidas de ellas.

Procedimiento *In Iudicium*

Esta etapa se realiza ante el Juez, luego de la primera instancia ante el magistrado (*in iure*). El Juez, elegido por las partes de la lista de ciudadanos, debe examinar el fondo de la cuestión, detallado en la fórmula, y los hechos que con él se relacionan, apreciándolo todo, en función de los principios del derecho y de las disposiciones legales pertinentes. El juez debe ejercer sus funciones dentro de determinado límites:

- a) Ajustar su acción a las constancias de la fórmula y a las pretensiones expuestas en ella.
- b) Aplicar los principios de derecho, bajo pena de cometer delito de prevaricato.
- c) Dictar su resolución en un cierto período de tiempo, del cual no puede excederse.

Al comparecer las partes ante el juez el día indicado, se cambian alegatos y entablan los debates definitivos. El demandante está obligado a probar su afirmación, so pena de perder el litigio. Por su parte, el demandado, sólo debe tratar de desvirtuar las pruebas acumuladas en su contra por el actor, salvo si hubiese opuesto a la acción de éste, una excepción, en cuyo caso debe acreditar la veracidad de ella. Los medios de prueba que podían alegarse en juicio eran los siguientes:

a) Testimonial: es la declaración de testigos que tuviesen conocimiento del hecho litigioso. Es una prueba fundamental en el procedimiento formulario, si bien, paulatinamente va perdiendo la importancia que había tenido en las *legis actiones*. Constantino le niega valor al testigo único; y Justiniano, establece un orden de valor en las declaraciones testimoniales, por ejemplo, el testimonio de una persona adinerada tiene más valor que el de un pobre. Las declaraciones de los esclavos solo valen si son hechas bajo tortura.

b) Instrumental: son escritos en los que consta la realización de un acto o contrato, relacionado con el hecho o derecho controvertido. Los documentos públicos hacen plena fe, mientras que los pri-

vados valen, si su autor los reconoce. Si tres testigos han firmado el instrumento, y ellos reconocen su firma, tiene el valor de un instrumento público.

c) Juramento: es requerido por el Juez o una de las partes, a un litigante, para que jure acerca de algún hecho alegado, o referido al fondo del asunto. Puede ser también pedido en forma extrajudicial, antes del juicio, por una de las partes. Negarse a jurar, es considerado como jurar en contra.

d) Presunciones: es la aceptación de la verdad de un hecho, como consecuencia de indicios demostrativos de esa verdad, o de una disposición de la ley.

Una vez concluidos los debates y aportados los elementos que componen la prueba (ofrecida por el demandante) y de descargo (ofrecida por el demandado), el Juez puede arbitrar tres soluciones:

a) En caso de no llegar a ninguna conclusión, por considerar que el hecho no es suficientemente claro, puede declararse incompetente para resolver, y es sustituido por otro.

b) Si considera que el hecho no se encuentra fehacientemente acreditado por falta de prueba, o que la excepción que el demandado ha interpuesto contra la acción del actor es procedente, dicta un fallo absolutorio.

c) Si la pretensión del actor (colocada en la *intentio*) aparece probada, el juez dicta un fallo condenatorio. La pena debe ser siempre pecuniaria.

Sentencia: Al igual que la *litiscontestatio*, termina con la etapa *in iure*; la sentencia concluye el procedimiento *in iudicio*. La misión del Juez termina con ella, y, para obtener la ejecución de la misma, las partes deben dirigirse al Magistrado, que es quien se halla investido de *imperium*. Si es absolutoria, extingue de pleno derecho (*ipso jure*) la obligación, originada en la *litiscontestatio*. Siendo condenatoria, da nacimiento a una nueva obligación a cargo del demandado: la de cumplir la resolución recaída en la causa. El primitivo derecho del demandante

se extingue *ipso jure* y, en caso de ser nuevamente perseguido en justicia, puede el demandado oponer la excepción de cosa juzgada.

Ejecución: Si el condenado no paga su deuda dentro de los sesenta días posteriores a la sentencia, el acreedor puede intentar ante el magistrado, acciones contra la persona y los bienes del mismo:

a) **Actio iudicati**: Es intentada ante el pretor, y reemplaza, en el procedimiento formulario, a la *manus iniectio* de las *legis actiones*. Si el deudor, a requerimiento del magistrado, no paga, es declarado *ad-dictus* y entregado al acreedor, quien puede colocarlo en prisión, para saldar, con su trabajo personal, el importe de la condena.

b) **Bonorum venditio**: es la venta en conjunto de los bienes del deudor y la tacha de infamia a éste.

c) **Bonorum distractio**: es la venta de los bienes del deudor, por unidad, hasta saldar la deuda. Reemplaza a la anterior, y no importa la tacha de infamia.

Procedimiento extraordinario

Este procedimiento nace de la extraordinaria *cognitio*, que consiste en un modo excepcional de resolver los litigios. El Magistrado en la etapa *in iure*, creyendo innecesario pasar el asunto al Juez, decide la cuestión por sí mismo, con carácter definitivo, juzgando y sopesando todas las circunstancias que se le presenten, sean éstas de hecho o derecho. Este procedimiento se hace frecuente en el Imperio, y, a partir de Diocleciano, la excepción se convierte en regla, a partir del año 342, y de esta forma nace el procedimiento extraordinario.

Características

a) Es suprimida la instancia doble, sustanciándose los juicios, con la exclusiva intervención del magistrado.

- b) Los jueces ya no son privados, elegidos por las partes, sino que actúan en nombre del Estado.
- c) Las actuaciones escritas son preferidas a las orales.
- d) La administración de justicia se hace onerosa.
- e) La sentencia es pronunciada con imposición de costas a cargo del deudor.
- f) Existe la representación.
- g) Existe la posibilidad de apelación.
- h) el plazo máximo para dictar sentencia es de tres años, contado desde la *litis contestatio*.

Partes del procedimiento extraordinario

Este procedimiento se halla integrado por dos partes, que configuran una instancia única:

***Litis denuntiatio*:** El demandado es citado a comparecer ante el magistrado, por medio de un *libellus conventionis*, que contiene, sumariamente expuestas, las pretensiones del demandado. Las partes no tienen obligación de comparecer personalmente ante el Tribunal, pudiendo hacerse representar por mandatario. En caso que el demandado acudiese al ser citado, el acreedor hace su alegato pudiendo, el deudor reconvenirlo, y una vez expuesta las pretensiones de las partes se produce la *litiscontestatio*. Si no se presenta, la causa continúa en rebeldía.

***Litis contestatio*:** A diferencia de lo que ocurría en el procedimiento anterior, la *litis contestatio* no extingue *ipso iure* el derecho del demandante, pero queda claramente determinado el objeto del litigio. Son mantenidos los medios de prueba vigentes en el procedimiento formulario (testimonial, documental, juramento y presunciones), pero se produce una vigorosa preeminencia de la prueba documental, en virtud de que, al viciarse las costumbres, la prueba testimonial cae en un ostensible desprestigio. La supresión de la fórmula determi-

na que, si el demandante incurre en *plus petitio*, su acción prosigue y el Juez puede reducir la demanda a sus justos términos.

La sentencia: Es escrita, leída en público, firmada por el Juez y registrada. Se entrega copia de ella a las partes, y la resolución debe ser acorde a las pretensiones expuestas por actor y demandado. No tiene, exclusivamente, carácter pecuniario; por el contrario, generalmente es restitutoria (devolución de cosas debidas el demandante; por ejemplo; la restitución de un fundo). Contra la sentencia recaída en la causa, caben los siguientes recursos: ordinario de *appellatio* y extraordinario de la *integrum restitutio*.

Los medios de ejecución de sentencia son:

- Si la sentencia ordena la restitución de la cosa, puede ser ejecutada *manu militari*

- Si se trata de condenación pecuniaria, o de imposible ejecución forzada, se recurre al procedimiento de la *pignus in causa iudicati* o de la *bonorum distractio* (ésta, a partir de Justiniano, sólo puede realizarse, si cuatro años después de la sentencia condenatoria, el demandado no ha pagado su deuda).

Bibliografía

- Arangio Ruiz, V: (1994). Historia del Derecho Romano. Madrid: Reus.
- Diakov, V: (1966). Roma. Historia de la Antigüedad. México: Grijalbo.
- Di Pietro, A. y Lapieza Elli, A: (1996). Manual de Derecho Romano, cuarta edición. Depalma Bs. As.
- Di Pietro, A: (2014). Derecho Privado Romano, 2ª edición. Abeledo Perrot.
- Gaius (1967): Instituciones. Librería Jurídica (traducido por Alfredo Di Pietro).
- Iglesias, J: (1983). Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona. Ariel.
- Jors, P. y Wolfgang, K: (1937). Derecho Privado Romano. Barcelona: Labor.
- Mojer, M. (1994). La ley de las Doce Tablas. La Plata: U.N.L.P. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Mommsen, T: (1987). Historia de Roma. Madrid: Aguilar.
- Ortalan, M. (1964): Instituciones de Justiniano. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Petit, E: (1943). Tratado de Derecho Romano. Buenos Aires: Araujo.
- Volterra, E: (1986). Instituciones de Derecho Privado Romano. Madrid: Civitas S.A

A través de estas páginas, escritas por tres colegas y amigos, unidos por la pasión por el Derecho Romano y la enseñanza, queremos acompañar a nuestros noveles alumnos, a recorrer, siguiendo el programa de la asignatura de la Cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, la historia de un pueblo que dejó, sin lugar a dudas, un legado de gloria y de conquistas, territoriales y culturales y que además aportó, para la posteridad, una asombrosa obra jurídica, que se fue adaptando al devenir de los tiempos, y que no ha perdido vigencia, siendo fuente de muchas de nuestras instituciones actuales. Deseamos que estas “Lecciones”, sean una contribución, para que puedan aprender y, al mismo tiempo, disfrutar de la aventura de ver crecer a una pequeña nación, formada por hombres rudos, agricultores y guerreros, con un enorme sentido práctico para resolver sus problemas, que se convirtió en un Imperio, temido y codiciado, con aciertos y errores, victorias y fracasos; siendo, a la vez, una invitación para leerlo con espíritu crítico, con la mente abierta para comprender el pasado y descubrir así el valor en nuestro presente.

Juan Carlos Martín. Fue abogado (UNLP). Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra III de Derecho Romano, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y Titular Interino hasta 2020. Profesor de seminarios. Investigador de la influencia del Derecho Romano en la formación de la cultura jurídica de los pueblos latinoamericanos en el marco de proyectos de investigación de la FCJS (UNLP). Secretario de Relaciones Institucionales de la UNLP y Director del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata.

Hilda Fingeremann. Es abogada (UNLP). Profesora (UCALP). Docente Universitaria Autorizada (UNLP). Profesora de la Cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) desde 1998. Adjunta Ordinaria desde 2012 y Titular Interina desde 2020. Expositora en congresos, seminarios y autora de publicaciones. Subdirectora del Instituto de Derecho Romano del CALP y Secretaria del departamento de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alfredo Luis Brunetti. Es abogado (UNLP). Especialista en Gestión de la Educación Superior (UNLP). Profesor de la Cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Abogado de la Federación de Instituciones Culturales y Deportivas de La Plata. Abogado al estudio del Derecho Romano y de las Asociaciones sin Fines de Lucro. Director de Relaciones Institucionales de la UNLP y actualmente, Prosecretario de Relaciones Institucionales de la UNLP.