

# LECCIONES

## de **Derecho Privado**

### **Romano**

Juan Carlos Martin



# LECCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO

---



# Lecciones de Derecho Privado Romano

---

*Juan Carlos Martin*

Martín, Juan Carlos  
Lecciones de derecho privado romano. - 1a ed. - La Plata: Universidad Nacional  
de La Plata, 2011.  
172 p.; 21x15 cm.

ISBN 978-950-34-0777-6

1. Derecho Privado Romano. I. Título  
CDD 340.5

## LECCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO

*Juan Carlos Martin*

**Diseño y diagramación:** Julieta Lloret



**Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EduLP)**

47 N° 380 / La Plata B1900AJP / Buenos Aires, Argentina

+54 221 427 3992 / 427 4898

editorial@editorial.unlp.edu.ar

www.editorial.unlp.edu.ar

EduLP integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2011

ISBN N° 978-950-34-0777-6

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

© 2011 - EduLP

Impreso en Argentina

PRESENTACIÓN .....	11
CAPÍTULO I	
Instituciones de Derecho Privado Romano .....	13
CAPÍTULO II	
Preceptos y nociones del Derecho Romano .....	25
CAPÍTULO III	
Fuentes de producción del Derecho .....	31
CAPÍTULO IV	
La codificación.....	37
CAPÍTULO V	
Sujeto de derecho.....	49
CAPÍTULO VI	
La familia romana.....	65
CAPÍTULO VII	
Tutela y curatela.....	83
CAPÍTULO VIII	
La defensa de los derechos. Sistemas procesales .....	91

CAPÍTULO IX	
La posesión .....	105
CAPÍTULO X	
La propiedad romana .....	113
CAPÍTULO XI	
Protección del derecho de propiedad.	
La <i>reivindicatio</i> y la <i>actio negatoria</i> .....	123
CAPÍTULO XII	
El testamento .....	129
CAPÍTULO XIII	
El negocio jurídico .....	135
CAPÍTULO XIV	
Las servidumbres.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	169

*A mi esposa Silvia, a mis hijos Martín, Mónica y Rocío,  
al Prof. Héctor Lázzaro, a los profesores de la cátedra III  
de Derecho Romano, y a mis alumnos de la Facultad  
de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*



## PRESENTACIÓN

---

La presente obra tiene por finalidad efectuar una contribución a los estudios del Derecho Romano, siendo sus principales destinatarios los ingresantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que se enfrentan en su primer año al apasionante universo de las Ciencias Jurídicas.

Los distintos contenidos temáticos abordados corresponden a los trabajos que fui efectuando para los estudiantes, durante mi actividad como docente en la cátedra, para posibilitarles a ellos el acceso al conocimiento de las instituciones romanas, que han mantenido su vigencia a través de los siglos, y continúan aportando hoy soluciones para los conflictos que se presentan ante los tribunales no solo en nuestro país, sino en el mundo entero.

Los temas tratados son ideas generales sobre la materia, conceptos amplios, sin la pretensión de avanzar en las discusiones profundas que sobre cada uno de ellos tuvieron los juristas romanos.

Espero que pueda contribuir con este trabajo para que los alumnos mejoren su conocimiento del Derecho Romano, y los motive a la investigación y profundización de la materia.



#### **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, siempre 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 recogen constituciones de emperadores anteriores a Justiniano inclusive; las Instituciones, tratado es-

colar de derecho formado en su mayor parte con 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, algunas 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.

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*, *senatusconsulta* y *edicta* 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, revela 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 es donde se suele encontrar una de las particularidades del Derecho Romano.

El procedimiento lógico de los juristas romanos, al cual deberemos 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 como 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, el sistema jurídico romano.

En el sistema romano se ha inspirado en gran medida 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 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, constituyen una excelente escuela de formación intelectual para apropiarse la técnica, la dialéctica y los métodos de argumentación jurídica, así como para adquirir un conocimiento riguroso y concreto de los principios que nutren 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 solo 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 darse cuenta de la amplitud y multiplicidad de tales experiencias basta pensar que el Derecho Romano ha regulado durante más de un milenio 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 estas 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 comentadores 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 la 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 *instituciones*, 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 instituciones, que proviene de *instituere*, 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 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 cuatro 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 Capitulare de Verona, de una copia del siglo V de estas Instituciones, 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 irremediablemente, 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 solo 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, remontándose 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 pa-

sajes, de las antiguas formas romanas de procedimiento, poniendo de manifiesto cómo se pasó de ellas al sistema formular, todavía en uso en el siglo segundo. En algunas cuestiones se ponen de manifiesto las divergencias entre las escuelas de los juristas.

## Periodos de la historia del Derecho Romano

Los criterios propuestos para distinguir los varios periodos de la evolución del Derecho Romano son diferentes y responden a las distintas visiones y valoraciones históricas de cada autor. 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 (235 a. C. a 565 d. C.) en tres periodos.

El primero, que se extiende del año 754 al 202 a. C., es llamado por Bonfante común de Roma y derecho quirritario. 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 a 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 que va del año 202 a. C. al 235 d. C., es denominado por Bonfante Estado romano-italico y (quizás con un término discutible) derecho de las gentes. Es el periodo 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 y 565 d. C. después de 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 y 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 solo 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 periodos 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 estas en compilaciones. En el año 426 d. C. Valentiniano I promulga una constitución, la famosa Ley de Citas, con la cual concede valor normativo a las obras de Gayo, Papiniano, Ulpiano, Pablo y Modestino. 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. De este modo, con una constitución imperial se confiere formalmente eficacia legislativa a determinadas obras de la jurisprudencia, sistema que será seguido luego por Justiniano con la publicación del Digesto.

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 (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 ordenaba a una comisión de diez juristas presididos por Juan, llevan a cabo una compilación de constituciones imperiales, sirviéndose de los tres códigos precedentes. El nuevo 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 año 530, con la constitución *Deo Auctore*, Justiniano dispuso que otra comisión de 16 juristas, la que fue presidida por Triboniano, comenzara a realizar una selección de las obras de los juristas clásicos, siendo el plan original limitarse a las obras de los juristas que gozaban del *ius respondendi*, pero en la compilación terminan siendo usadas algunas otras obras de juristas republicanos.

En tres años se leyeron 2.000 volúmenes que contenían tres millones de líneas: de ellos fueron tomados pasajes que comprendían unas 150.000 líneas, ordenándolos, según las varias materias en cincuenta libros, estos a su vez están divididos en títulos (a excepción de los libros 30, 31 y 32). 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 que lleva el nombre de Digesto (de *digerere* = recoger ordenadamente) o Pandectas (del griego, recoger todo), fue publicada el 16 de diciembre del año 533.

Inmediatamente después, Justiniano ordenó una nueva compilación de las *Leges*, en sustitución del primer código. Este segundo código, llamado *Codex Repetitae Praetentionis*, fue compuesto por una comisión presidida por Triboniano, fue publicado el 16 de noviembre del año 529 con la Constitución *Cordi* y pasó a tener vigor el 29 de diciembre. Está dividido en doce libros cada uno de estos, 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 del emperador o emperadores que las han promulgado y de la persona o funcionario del organismo a que 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 *Institutiones*, tratado elemental y sistemático de derecho, destinado a la enseñanza y del cual ya hemos hablado antes, fue llevada a cabo por Triboniano, por Teófilo, profesor en Constantinopla y por Doroteo, profesor en Berito. Fueron publicadas el 21 de noviembre del año 529 con la *Constitución Imperatoriam Maiestatem*. Es una compilación formada de trozos selectos tomados en gran parte de las *Institutiones* de Gayo y, en menor medida, de las *Institutiones* 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 uno de ellos en títulos.

A las tres obras de compilación se añadieron más tarde las *Novellae* Contituciones, de las que nos han llegado las colecciones: una en latín, llamada *Authenticum* que comprende 134 *novellae*; otra en griego de 168 *novellae*, de las que 155 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 (que a nuestra mentalidad moderna puede parecer poco adecuado para organizar legislativamente a un vasto imperio) de formar, con trozos 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.



### Preceptos y nociones fundamentales del Derecho Romano

#### **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, debemos también considerar como Derecho Romano aquellas legislaciones especiales que se formaron en España, en Italia y en la Galia meridional, conocidas con el nombre de leyes romano bárbaras, que rigieron 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 Instituciones y las Novellae, distintas partes de la compilación Justiniana que ha pasado a la posteridad con el nombre de Corpus Iuris Civilis.

El corpus legó a la posteridad un modo de ciencia jurídica que inspiró a la mayoría de los países modernos.

## El *ius* y el *fas*

El *ius* es el derecho humano objetivo, y el *fas* es el derecho divino.

El *fas* es el fundamento del *ius*, operando incluso donde el *ius* no lo hace. La vinculación entre ambas está dada en que al *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, el rex. Es lo que sirve para sostener y fundar el orden de las cosas.

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 dividieron: al *ius* como una creación humana, y al *fas* aquel que queda confinado solo al derecho divino lícito religioso.

## Justicia y jurisprudencia

Del término *ius* derivan las voces *iustitia* y *iurisprudentiam*.

- *Iustitia*: los textos expresan que 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.

- *Iurisprudentiam*: los textos romanos definen la jurisprudencia diciendo que es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto.

Es explicable que los romanos incluyeran el conocimiento de las cosas divinas, ya que estas ejercieron una gran influencia en el derecho.

## Preceptos de Ulpiano

La palabra precepto equivale a regla, que se establece para regular la convivencia social. Se establecieron tres preceptos de derecho:

- *vivir honestamente*: 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 costumbre cuya violación producía efectos ciertamente jurídicos evidencia la incidencia del vivir honestamente, como principio fundamental de derecho. Estos preceptos de contenido moral no dejan por ello de ser también jurídicos y quien los viole será pasible de la sanción legal.

- *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.

- *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, están insitos en dar a cada uno lo suyo. Este precepto contiene la idea de justicia común a 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.

## Concepto romano de derecho

En su criterio práctico los romanos crearon las normas y preceptos jurídicos que el caso requería ante el planteamiento de un hecho concreto. Esto significaba la imposibilidad de conceptuar en una apretada síntesis el concepto de institución jurídica, consiente 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 presentasen 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 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 y la actividad del Estado y la relación de este con los particulares.

### ***El 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, fueran ellos de carácter familiar o patrimonial y está dado por los preceptos que emanan del derecho natural, del de gente y del civil.

### ***El Derecho Natural, ius naturale***

Los romanos admitieron que además del derecho positivo existía un derecho ideal que llamaron natural, que aparece como un orden inmutable, eterno, que deriva de la naturaleza de las cosas o de la divinidad.

### ***El Derecho Civil, ius civile***

Es el derecho propio de cada ciudad, es decir de cada estado, y que procede de la voluntad del pueblo. Se aplicaba para los ciudadanos romanos con exclusión de los extranjeros.

## ***El Derecho de Gentes, ius gentium***

Era un derecho común a todos los pueblos civilizados, que se regula por leyes y costumbres, y se funda en la razón natural. Se aplicaba a todos, inclusive a los extranjeros, siendo similar al derecho internacional actual.

## ***El Derecho Helénico Romano***

Es el predominio de los derechos provinciales sobre el Derecho Romano y culmina con la compilación de Justiniano.

*La equidad (aequitas)*: es la adecuación del derecho positivo a los hábitos, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva.

Significa parejo, equitativo, justo, es la idea de la esencia y conjunto de lo justo.

Para Cicerón el derecho es la concreción de la equidad.

## **Crterios para la division de los periodos del Derecho Romano**

Existen distintos criterios para la división del Derecho Romano, vamos hacer mención principalmente a dos criterios:

- el criterio político, donde encontramos el periodo monárquico, que va desde la fundación de Roma en el año 753 a. C. hasta el año 510 a. C. en el que nace la República, que contiene en el año 27 a. C. el Imperio que podemos dividir en dos, el Alto Imperio que va hasta el año 284 d. C. y el Dominado que va hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d. C.

- El criterio jurídico, establece el derecho quirritario (de los quirritas) que va desde la fundación de Roma hasta el año 201 a. C. donde finalizan las guerras púnicas, naciendo aquí el derecho civil que va hasta el año 225 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 225 d. C. que transcurre hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d. C.



## CAPÍTULO III

---

### Fuentes de producción del derecho

#### Concepto

Son todas aquellas manifestaciones escritas o no, que han dado origen a la formación del Derecho Romano y fueron los órganos de su evolución jurídica estableciendo la norma positiva.

Dentro del *derecho no escrito* encontramos la costumbre, las *Mores Maiorum*, que es un hábito jurídico practicado desde cierto tiempo en forma regular y constante por un grupo social. Es la observancia constante y uniforme de una regla de conducta cumplida con la convicción de su correspondencia con una necesidad jurídica.

Dentro del *derecho escrito* 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 era la que daba el magistrado por delegación del pueblo, como eran las leyes de provincia o colonias.

Es de 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* era votada en los comicios centuriados establecidos desde la reforma del rey Servio Tulio.

El trámite de la ley era el siguiente:

a) un magistrado, dentro de los que podían hacer la *rogatio* al pueblo como eran el cónsul, el dictador, el pretor, los decenviros, proponían públicamente por medio de la *promulgatio* el contenido del proyecto de ley, durante tres días de mercado en el foro.

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

c) El magistrado posteriormente hacía la *rogatio* al pueblo quien debía votar por la afirmativa o negativa. El proyecto contenía un *index* (resumen del texto), la *praescriptio* (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).

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

## Los plebiscitos

Es lo que la plebe (*plebs*) ordena y establece. El *populus* se diferencia de la plebe en que el primero comprende a la totalidad de los ciudadanos incluyendo a los patricios y la segunda comprende a todos los ciudadanos excluyendo a los patricios.

En el 465 a. C. se dictó la *Lex Hortensia* que estableció que los plebiscitos eran obligatorios para todo el pueblo romano.

Los plebiscitos eran las decisiones tomadas por la *concilia plebis*, interrogados por los tribunos. El nombre de los plebiscitos no tiene más que un nombre, el del tribuno rogante (magistrado plebeyo).

Cuando los plebiscitos fueron obligatorios para todos pasaron a ser más frecuentes que la *lex*, especialmente para regular el derecho privado, y recibía generalmente la denominación de ley, por ejemplo: *Lex Aquilia*.

## Los senadoconsultos

Es lo que el senado ordena y establece, tiene fuerza de ley, apareció como una forma de transición entre el régimen republicano (donde la voluntad del pueblo era todo) y el régimen cesariano (donde la voluntad del emperador era determinante). Ponponius sostiene que el senado aparece como órgano legislador interponiéndose en lugar del pueblo.

Los senadoconsultos se realizaban a propuesta del emperador, quien pronunciaba su rogatio al senado por medio de una *oratio*, guardaba de esta forma lo estricto de las formas republicanas, el senado siempre se consideraba obligado a tener que aceptar las proposiciones del príncipe. El nombre por lo general era del emperador que lo proponía con el agregado *ianum* (por ejemplo, Claudianum). Poco a poco los senadoconsultos fueron evolucionando hasta llegar a la supresión total por las constituciones imperiales.

## Las constituciones imperiales

Son las que el emperador establece por *decreto*, *edicto* o *rescripto*, y tienen fuerza de ley puesto que el poder (*imperium*) del emperador le era conferido por ley. La voluntad imperial podía asumir distintas formas objetivas que eran las siguientes:

a) *Edicto (edicta)*, eran disposiciones de orden general semejantes a las que dicta el pretor, ya que el emperador tenía el *ius edicendi* (derecho a emitir edictos).

b) *Los rescripta*, eran las respuestas imperiales a las consultas de los magistrados o de los cuerpos públicos o de particulares, la forma

de contestación era la pragmática *sanctio*. Por los rescripta el emperador interpretaba y creaba derecho.

c) *Los decreta*, eran las sentencias dadas por el emperador previo conocimiento de una causa, ya fuera en forma de interlocutoria o definitiva, en principio tenía validez para las partes en juicio, pero lo resuelto se aplicaba en casos similares, se convertía en jurisprudencia.

d) *La mandata*, eran órdenes enviadas especialmente a los magistrados de provincia, para algunos autores esta voluntad imperial es discutida, Gayo en su enumeración no la incluyó.

## 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, es decir en las calendas de enero y los libra al conocimiento público, en este 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 que lo sucedía no estaba obligado a adoptar el mismo edicto, si continuaba con el edicto anterior se lo llamaba *traslaticium*. El pretor en cualquier momento de su magistratura y ante un caso concreto que se le presentaba podía dictar una solución, y se la llamaba *edicto repentinum*.

El derecho introducido por los pretores se llama Derecho Honorario, y gracias a él lograron adecuar el Derecho Civil, supliendo lagunas o corrigiendo sus principios.

## La respuesta de los prudentes (*responsa prudentium*)

Son los dictámenes y opiniones de aquellos que se les concedió la facultad de crear derecho, cuando todas las opiniones concuerdan en

un sentido tiene fuerza de ley, pero si difieren entonces el juez puede seguir el parecer que quisiera.

A medida que la labor judicial se fue haciendo más complicada, los jueces se fueron rodeando de aquellas personas que tenían experiencia en los asuntos judiciales, de tal modo cuando se producía el caso eran consultados y el juez aceptaba su decisión, salvo que alguna de las partes presentara una opinión contraria de otro jurisconsulto, entonces el juez optaba.

En la época de Augusto se le otorgó a ciertos juristas el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, que no obligaba a los jueces pero era muy difícil separarse de estas opiniones.

Las respuestas eran dadas por escrito y selladas para asegurar que la procedencia era auténtica.



#### Intentos de compilación

La *codificación* es la compilación sistemática de leyes en la legislación de un país, y se diferencia de la mera compilación en que esta consiste en un mero agrupamiento de leyes.

Los romanos no conocieron la codificación, sus intentos carecieron de un sistema que pueda calificarse como tal.

En Roma se agudiza la necesidad de compilar por la multiplicidad de fuentes que tenía el Derecho Romano.

La última de las fuentes formales del Derecho Romano que apareció dentro de su progresión histórica fueron las Constituciones Imperiales sancionadas por el emperador, las que con el imperio autocrático, se convertirían en la única fuente de producción.

La multiplicidad, la amplitud de las materias que legislan y la complejidad de los problemas jurídicos de la época son razones que hicieron necesario sistematizar en un cuerpo ordenado de leyes. Estas Constituciones Imperiales se llamaban *leges*, el ordenamiento de estas adquiere carácter oficial recién cuando se sanciona el Código



Teodosiano, que reúne disposiciones de Derecho Civil y Penal, legislación sobre asuntos eclesiásticos y militares, derecho fiscal, reglamento de policía, etcétera.

El derecho comprobado y transmitido por los jurisconsultos se llamaba *iura*, el cual tampoco tenía una forma ordenada ni orgánica en un cuerpo legal, esto solo se cumplió acabadamente con Justiniano al sancionarse el Digesto.

Un intento anterior a la labor de Justiniano fue el dictamen de la Ley de Citas, esta tenía como fin resolver el problema que se le presentaba a los jueces para aplicar la doctrina de los juristas.

## La Ley de Citas

Es una constitución imperial muy breve que se insertó en el Código Teodosiano, dictada en el año 426 d. C. por Teodosio II y que Valentiniano III publicó en occidente.

Es una ley para resolver los problemas de los jueces, ya que hasta ese momento los jueces podían fundar sus sentencias en la doctrina de los juristas cuando todos ellos estuvieran de acuerdo, que ocurría muy pocas veces.

La Ley de Citas realiza una clasificación de los juristas en dos grupos. El primero estaba formado por los más famosos juristas clásicos: *Papiniano*, cuya apasionada búsqueda moral hacía mas aceptable para todos el rígido sistema romano; *Gayo*, fijaba claramente los cimientos del Derecho Privado Romano y exponía el sistema en forma clara y brillante; *Paulo y Ulpiano*, eran profesores expositores de todas las materias jurídicas, que hicieron la sistematización definitiva; *Modestino*, cuyas obras escritas en griego eran un puente entre la jurisprudencia.

A estos juristas se le atribuyó autoridad completa y su opinión podía ser invocada siempre ante los jueces.

Es decir, la ley establecía que los *iura* eran obligatorios para el juez, y solo se podía tomar de las obras de los jurisconsultos citados.

El segundo grupo de juristas estaba representado por los jurisconsultos antiguos cuyas obras se hubieran referido a los juristas men-

cionados anteriormente, los juristas que podemos citar son Sabino, Juliano, Marcelo, etcétera.

El procedimiento establecido en la Ley de Citas era el siguiente: cuando se los invocaba y estaban todos de acuerdo con relación al tema era obligatorio para los jueces; si no existía acuerdo la sentencia debía inclinarse por la opinión de la mayoría (3 y 2); pero si dos estaban a favor y dos en contra y el tercero en dicidencia o se abstenía, prevalecía la opinión del grupo en que figuraba Papiniano; si este no opinaba el juez quedaba facultado en su libertad para resolver como lo creyera conveniente.

La sanción de esta ley constituye un síntoma evidente de la decadencia del derecho, ya que la libertad de los jueces quedaba reducida a una tarea mecánica, ya que no podía detenerse a analizar el fundamento de las opiniones, además se cristalizó la jurisprudencia como fuente de derecho. De igual forma fue un progreso, aunque no fue lo ideal, ya que estas obras habían sido copiadas con interpolaciones y falsificaciones, además creaba un tribunal de muertos, un jurado de difuntos, que reducía el papel del juez a contar maquinalmente los votos.

## La tarea de codificación

A partir de la muerte de Alejandro Severo en el año 236 d. C. desaparecen los grandes jurisconsultos y el derecho sufre una simplificación que lo aleja de la espiritualidad de los juristas clásicos, es por ello que, en la época del Imperio Absoluto se lleva a cabo la tarea de extractar, ordenar y compilar las obras de la jurisprudencia (*iura*) y las constituciones imperiales (*leges*).

El proceso de cambio y deformación del Derecho Romano sigue una línea distinta en Oriente y Occidente; en Occidente, al no haber jurisconsultos de valía, el derecho sufre un proceso de simplificación que degenera y modifica la línea clásica, y se lo llama derecho vulgar. En Oriente este proceso fue más lento, pero se agudizaron en él los influjos orientales.

En esta época posclásica se trató de ordenar, depurar y compilar todo el material jurídico existente. Para ser completas estas compila-

ciones debían comprender tanto las obras de la jurisprudencia como las Constituciones Imperiales.

En cuanto a la compilación de *leges* existieron dos obras producto de la iniciativa privada, fueron las compilaciones gregoriana y hermogeniana y otra de carácter oficial, el Código Theodosiano. 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 tornaba más fácil el manejo de la obra y su lectura.

La Compilación Gregoriana llamada Corpus y más tarde Gregorianus, fue compuesta entre los años 295 y 296 d. C., es debida a un tal Gregorio y contenía constituciones dictadas entre los años 196 y 295 d. C. Constaba de quince libros divididos en títulos. Las Constituciones Imperiales aparecen en orden cronológico.

La compilación hermogeniana, debida a un desconocido Hermógenes, es de fines del siglo III d. C. y 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, hacen pensar que sus autores tuvieron acceso a los archivos oficiales por ser funcionarios imperiales. No nos han llegado directamente a nosotros, sino que figuran citadas en obras posteriores.

Mucho más importante fue el *Codex Theodosianus*. A partir del siglo IV, Teodosio ordenó una compilación oficial de las constituciones imperiales que estaban archivadas en palacios y senados, dicho código fue promulgado en el año 438 d. C. por Valentiniano III en Occidente.

Theodosio II había ordenado suprimir de las constituciones todo lo superfluo, corregir las incongruencias y añadir lo que fuera necesario. Así, la comisión encargada de su redacción recibió facultades para realizar las variantes o cambios en los textos legales, de tal modo que sirvieran para ser aplicadas en la práctica de su época.

Constituían 16 libros divididos en títulos, conteniendo constituciones de Constantino y de Theodosio II. Salvo los libros II, III, IV, V y VII donde figuran constituciones relativas al derecho privado, el

resto de los libros se refieren al derecho público, incluso tres de ellos al derecho fiscal.

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

En Italia compitió con la compilación de Justiniano, en el resto de Occidente constituyó, 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 estaban habitando la parte occidental del imperio. Estos pueblos, a su modo “romanizados” y reconociendo las virtudes jurídicas de las obras romanas, demostraron sumo interés en aplicarlas. Es por ello que se las conoció posteriormente como “leyes romano-bárbaras”:

- *Lex Romana Wisigothorum*: en el año 506 Alarico II, rey de los Visigodos, realizó una compilación que abarcaba tanto algunas *iura*, como también *leges*. Se la conoce como *Lex Romana Wisigothorum* o “Brevario de Alarico”; contiene un extracto de las compilaciones gregorianas y hermogeniana, y en mayor medida partes del Código Theodosiano al que se agregaron constituciones posteriores, pero también un resumen de la obra de las Institutas de Gayo, textos de las *Sententiae* de Paulo y un fragmento de Papiniano.

Esta ley es muy importante para la historia jurídica occidental ya que gracias a él se podía conocer tanto las instituciones de la época clásica como posclásica.

- *Lex Romana Burgundiorum*: fue dada a comienzos del siglo VI, por Gondobago, rey de los Burgundios, que se habían establecido en la zona actual de Borgoña. Se aplicó tanto a su pueblo como a los romanos que habitaban el territorio.

Contenía 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.

- *Edictum Theodorici*: fue dictado, luego de la caída de Roma, hacia el año 500, por el rey Theodorico. Este se consideró gobernador de Italia, diciendo actuar en nombre del emperador de Oriente, y regía sobre toda la población existente en sus dominios.

Contenía 154 artículos, basados en general en las mismas fuentes que los otros ordenamientos romano-bárbaros.

## El emperador Justiniano

Justiniano nació aproximadamente en el año 482 d. C., en abril del 527 d. C. es asociado al poder por su tío Juniano, ejerciendo de hecho el gobierno hasta que en el 528 muere Juniano, 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 una comedianta, hija de un director de espectáculos circenses, para poder casarse legítimamente obtuvo de Justino la derogación de las leyes que prohibían las nupcias entre personas de dignidad senatorial y las mujeres de teatro.

Teodora ejerció una enorme influencia sobre Justiniano, ayudando a la sanción de leyes que favorecían a las mujeres, como suprimir impedimentos para contraer matrimonio y los que les concede privilegios con relación a los bienes dotales. Justiniano murió a los 84 años, habiendo ejercido el gobierno durante treinta años.

Su obra fue valorada en forma unánime, pero su personalidad fue objeto de severas críticas, ya que se le imputaba ignorancia, que no sabía leer ni escribir, una vanidad extrema y debilidad de carácter (era manejado por su esposa). Cuando asumió el cargo se propuso Justiniano la unidad territorial y religiosa del Imperio, reorganizar la administración y unificar el derecho, pero solamente cumplió con la unificación del derecho, por medio del *Habeas Iuris Civilis*.

## El Corpus Iuris Civilis

El Corpus fue la mayor obra, allí se realizó 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 colaboración de un gran jurista que fue 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 realizaron una compilación general del *ius* y de las *leges* en solo siete años (del año 528 al 534), creando el monumento jurídico más grande de todos los tiempos, que desde la edición realizada en Ginebra por Godofredo en el año 1583, se llamó Corpus Iuris Civilis. Está integrado por cuatro partes:

- una colección de doce 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.

### *El Digesto*

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

La primera (libro I a IV) contiene las nociones generales del derecho y lo relativo a jurisdicción e introducción a la instancia.

La segunda, llamada *pars de iudicis* (libros V a XI), trata de la doctrina general de las acciones, de las que tutela la propiedad y los

derechos reales y de algunas acciones especiales, como la de *Lex Aquilia*.

La tercera, llamada *pars de rebus* (libro XII a XIX) reproduce las disposiciones del edicto referente a *rebus creditis*, también contiene las rúbricas sobre contratos.

La cuarta, llamada *umbilicus* (libro XX a XXVII) contiene instituciones complementarias de los contratos, como el derecho hipotecario y los medios de prueba, también temas de derecho de familia como el matrimonio, la dote, la familia, la tutela, etcétera.

La quinta, llamada de *testamentis et codicillis* (libro XXVIII a XXXVI) habla de la herencia y los legados.

La sexta (libros XXXVII a XLIV) se refiere a la *bonorum possessio* y lo relativo al derecho de propiedad y a la posesión.

La séptima y última parte (libro XLV a L) contiene normas sobre obligaciones verbales y los fiadores en las obligaciones, sobre delitos públicos y privados, las penas y las apelaciones en los juicios.

Esta última parte incluye reglas para interpretar la codificación.

### ***Los Códigos de Justiniano***

Justiniano designó una comisión de diez jurisconsultos para que reuniera en un código todas las colecciones de leyes hechas anteriormente –Códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano y las constituciones que le siguieron–. Autorizó a la comisión a tomar de las leyes 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 concretó en catorce meses, y en abril del año 529 se promulgó el primer Código de Justiniano llamado Código Antiguo (*Codex Uetus*). Este código trascendió porque fue modificado cuatro años después.

Una vez concluido el Digesto y las Institutas, Justiniano ordenó modificar el Código Uetus, ya que desde la época de su sanción Justiniano siguió publicando numerosas constituciones nuevas que modificaban y perfeccionaba el derecho. En el año 534 d. C. creó una comisión para reelaborar el código añadiendo las nuevas constitucio-

nes y poniéndolo más en armonía con el Digesto y las Institutas, ese mismo año se terminó la nueva edición del código.

El nuevo código incluyó las constituciones publicadas desde Adriano a Justiniano y está dividido en doce tablas:

- el primer libro presenta disposiciones relativas a las fuentes del derecho y sobre las relaciones entre la iglesia y el estado.
- Los libros I 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.

### ***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* fue publicada en el año 533, y si bien se trataba de una obra de enseñanza, fue 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 la cosa, 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 promulgó nuevas constituciones (Novellae Constitutiones) que

pretendía reunir en un código definitivo, pero las novelas de Justiniano nunca fueron oficialmente reunidas, sí se publicaron colecciones de ellas privadas, las cuales fueron sancionadas para regular cuestiones secundarias y en especial para la ordenación normativa de importantes instituciones 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 novela y su autor tampoco se conoce, esta recopilación de las novelas adquirió mucha importancia en época de los glosadores, ya que estos la usaron para su trabajo.

### ***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 cambia palabras y frases y suprime lo que consideran 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 atribuidas a determinados juristas o emperadores no reflejan lo que fue escrito originariamente.

Estas interpolaciones fueron 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 estableció nueve criterios para verificar si un párrafo fue interpolado. Estos criterios fueron: el textual, el histórico, el lógico, el lógico jurídico, el legislativo, el filosófico, el sistemático y el exegetico.





#### Conceptos generales

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

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

Esta terminología 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 existió 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: persona, *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 significaba capacidad, sino cabeza, individuo humano. La palabra persona tenía un significado normal que era “hombre”, sin alusión alguna a la capacidad.

Nosotros designamos, en sentido técnico jurídico, con la palabra persona al hombre capaz de derecho (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* –entes sociales e incorpóreas (asociaciones y fundaciones)–.

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

Con el transcurso del tiempo permaneció firme la idea de vincular la capacidad al hombre libre, no ocurrió así con el status familiar y la ciudadanía, que fueron paulatinamente desviados.

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*). La situación puede afectar decisivamente a la capacidad jurídica, en cuanto que no goza de esta quien no tiene libertad o la ciudadanía.

La distinta situación en la familia influye en la capacidad jurídica ya que el *sui iuris* como el *alieni iuris* tiene un status familiar, pero únicamente el primero es capaz pleno.

## Persona física: existencia del hombre

*Nacimiento y muerte señalan el comienzo y el fin de la persona física del hombre.*

En orden al nacimiento está condicionado por tres requisitos esenciales:

- a) 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.
- b) Nacimiento con vida: en cuanto a la prueba de la vida entendían los proculeyanos que era menester la emisión de sonidos, mientras los sabinianos consideraban que bastaba cualquier signo o manifestación.
  - c) La tercera condición son las formas externas del recién nacido. No se reconoce como persona o sujetos de derecho a los seres deformes; estando los pater facultados para arrojarlos desde la roca Tarpeya, a semejanza de las costumbres de los griegos.
  - d) El parto debe ser perfecto, esto significa tras una gestación que haya durado seis meses cumplidos (180 días), quien naciera antes de este tiempo no es sujeto de derecho.

En el Derecho Romano faltó una teoría general acerca de los requisitos del nacimiento.

Las decisiones jurisprudenciales se resolvían en torno a cuestiones prácticas, no se discute la cuestión de la capacidad, sino el específico problema de saber el papel que juega el nacimiento en referencia al fin que persigue una ley en particular. Así se da que la Ley Iulia y Papia Poppaea de la época de Augusto otorgaba premios o beneficios a los que tenían hijos, mientras imponía penas a los que carecían de ellos.

Recién en la última época del derecho de Justiniano (S.V. d. C.) se establecieron los requisitos del nacimiento, pero en una forma muy generalizada, sin resolver claramente las cuestiones relativas a la madurez del parto y a la figura humana.

Nacido un hombre en las condiciones establecidas de acuerdo a las leyes romanas, no se le confería 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 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 ilí-

ritos –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 siete 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 cumpla su falta de discernimiento.

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

## Status libertatis

### *La esclavitud*

En la ley romana los hombres se dividen en libres y esclavos. 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.

No es exacta la definición de esclavitud cual condición del hombre que está en propiedad de otro, ya que si existen esclavos con dueños, los hay que carecen de él (esclavos abandonados).

El esclavo se hallaba destinado a servir de modo permanente, y sirviendo o no, solo tenían su status cuando se realizaba una declaración de libertad.

La esclavitud en los primeros tiempos de Roma tuvo un carácter distinto, su importancia fue escasa, esto se daba porque la familia plebeya se bastaba a sí misma en el cultivo del fundo, era una estrecha comunidad de vida y vicisitudes, todos participaban por igual, tanto libres como no libres.

Al comienzo de la República (siglo II a. C.) este tipo de comunidad cedió paso a las grandes explotaciones agrícolas e industriales, 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 la *res*: cosa.



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

En tiempo de la República se produce una corriente humanitaria para mejorar la situación de los esclavos y favorecer la declaración de libertad, penetrando con firmeza *con la religión cristiana*, donde se reconoce el derecho a la vida, a la integridad personal y moral.

La situación del esclavo puede resumirse en:

- a) el esclavo carece de capacidad jurídica, ya sea personal y 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 liberar de la condena pecuniaria entregando al esclavo 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 la propiedad vinculadas al dominio.
- 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 de-

terminar la condición del nacido se atiende a la que tuviera la madre en el parto, pero en el derecho clásico se reconocía la libertad del hijo, si la madre fue 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 (cautivo).

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

El cautivo romano, 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, derecho y obligación patrimonial se mantienen en suspenso.

Si el cautivo retorna dentro de Roma o de una ciudad aliada de Roma readquiere la libertad y se reintegra con todos sus derechos por virtud del *postliminium* (este es un derecho por el cual se lo consideraba como si el cautivo nunca hubiera sido esclavo), existían dos situaciones que no podían recuperarse, *por ser de hecho* y no de derecho, como el matrimonio y la posesión.

### *Condena penal*

Caían en la esclavitud los condenados a ciertas penas graves, existiendo dentro de las disposiciones de la ley otros motivos de esclavitud, que eran:

- a) el hombre libre y mayor de 21 años, que se hacía vender como esclavo, esto era para dividir el precio con el fingido vendedor.
- b) No pagar los impuestos.
- c) Desertar del ejército.
- d) No pagar a los acreedores.

### ***Extinción de la esclavitud***

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

Manumisión significa “de 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.

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

### *Modos de manumisión*

Dentro del derecho civil encontramos:

- *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 afirmaba que era libre.

- *Censu*: inscripción en el censo ciudadano con el consentimiento del dominus.

- *Testamento*: hecho en testamento directo o indirectamente, puede ser condicionante.

- *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 dio por la Lex Fufia Caninia, siglo II a. C., y la Lex Aelia Sentia, en el año 4 d. C.

## ***Los libertos y el patronato***

El esclavo manumitido o liberado se llama *libertus*, en contraposición al *ingenuus*, que es el que nació y permaneció libre.

*Patronus* es aquel denominado antes como dominus.

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, debe respetar a este como padre, siendo la gratitud un deber, ya que si produce ofensa al patrono, se le concede a este la *revocatio in servitutum*.

Así también debe prestar determinados servicios, que pueda llegar a reclamarse judicialmente.

El patrono y sus descendientes pueden llegar a tener un derecho de sucesión legítima. El derecho de patronato se tramita 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 otorgó validez a la declaración del manumitiente de renunciar al derecho de prestar alimentos. Así también mediante decreto del príncipe y consentimiento del patrono se adquiere la condición del ingenuo.

## **Status civitatis: situación de ciudadanía**

Además de la libertad, la ciudadanía es condición para ser sujeto de derecho. El estado de 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 estas dejaban a los habitantes en la condición de extranjeros. En la República, los habitantes de la ciudad eran ciudadanos de pleno derecho y también los habitantes de las 31 tribus rústicas y cuatro tribus urbanas, que se extendía por toda la Italia peninsular, fuera de este 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. En el momento en que el estado ciudadano cede paso a la monarquía mundial.

La ciudadanía es un estado que interesa por igual al *ius publicum* (derecho público) y al *ius privatum* (Derecho Privado), ya que solo el ciudadano puede participar en las relaciones que nacen de uno y otro derecho.

El que ejerce la ciudadanía plena es el que se halla facultado para participar en toda suerte de derecho, público y privado.

En el orden político implica los siguientes atributos:

- *ius suffraggi*, el derecho a voto en las asambleas.
- *Ius honorum*, el derecho a acceso a cargos en la magistratura.

En el orden privado otorga:

- *ius commercium*, 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 y constituir una familia.
- *Testamenti factio*, es la capacidad en el orden a la sucesión hereditaria.
- *Ius actionis*, 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.

Dentro de los peregrinos podemos encontrar a:

- *Los peregrinos civitatis*: que son los habitantes de una comunidad, que luego de la conquista, de la sumisión o de la anexión Roma respeta su existencia y son recibidos como federados o tenidos como formalmente libres, conservan sus leyes y su organización política.

- *Los peregrinos dediticiu*: 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 su estatuto local y dejan de tener un status internacional.

Los peregrinos dediticiu no constituyen una categoría jurídica definida, les está prohibido vivir en Roma y en un radio de 100 millas a la redonda, si son encontrados es causa de esclavitud.

Los peregrinos carecen de los derechos civiles, salvo si se lo conceden 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 estos se les concede el ejercicio de algunas prerrogativas del derecho de ciudadanía, y podían adquirir este derecho con mayor facilidad que los peregrinos.

Se distinguen tres clases:

*Latinos veteres*: son los descendientes de los habitantes del Lacio, que al ser fundada Roma no pasaron a formar parte de esta, gozan del *ius commercium* y el *conubium*, por la *Lex Iulia* se le otorgó a todos ellos la ciudadanía.

*Latinos coloniari*: habitantes de colonias fundadas por los romanos en los territorios que conquistaban, gozaban del *ius commercium* pero no del *conubium*, este se le podía conferir por favor especial.

Podían ejercer derechos de orden político en sus respectivas ciudades, pero no en Roma; para adquirir la ciudadanía tenían menos facilidades que los veteres, esto podía ocurrir solo si habían desempeñado alguna magistratura en su ciudad.

*Latinos junianos*: libertos de hecho, que no habían 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 regulado por la *Lex Iunia/Norbana* del año 19 d. C.

Tenían el *commercium* con romanos, pero no podían 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 adquiría 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*: tenemos la *Lex Acilia* (122 a. C.) que concedía la ciudadanía a quien salió victorioso de un proceso por cobro arbitrario y en su provecho por un magistrado 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 Antoniana de Caracalla, declaró ciudadanos a todos los habitantes del orbe romano, salvo los peregrinos deditici, estos fueron declarados ciudadanos por Justiniano.

### ***Status familiae*: situación dentro de la familia**

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 aumentarla o disminuirla.

La plena capacidad se da en el hombre *sui iuris* y 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 este se refiere al varón no sujeto al poder familiar romano (la *manus* o *potestas*), de esta posibilidad esta 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”: 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 hipótesis 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 la capacidad de derecho como la de hecho pueden verse limitadas o modificadas por diversas circunstancias, estas son:

### *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 deshonorosas 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 solo se traduce en una condena de la sociedad, pero más tarde ocasiona graves consecuencias jurídicas.

### *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 estable-

cidas 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.

## ***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 dependía 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* sostuvieron que debía fijarse en la edad de catorce años para los varones y de doce años para las mujeres, Justiniano consagra la solución de estos últimos.

Dentro de los impúberes encontramos al *infans*, que son aquellos que no pueden hablar, abarca hasta los siete años, 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 siete hasta los diez años. 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 ellos obtenga un beneficio, como ser apoderarse de una cosa sin dueño. El que ha cumplido los diez años, o sea, dentro de la etapa de la *pubertis proximi*, es además 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 catorce años y las mujeres que tienen doce años, a partir de esa edad los varones gozan de plena capacidad jurídica.

### ***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, resultan impracticables. Este fenómeno se da en esa época porque la familia primitiva, con su constitución de grupo político, social, gentilicio y agnaticio, va desapareciendo.

Las personas jurídicas constituyen una sociedad intermedia entre el individuo y el Estado, creándose otros entes que ayudan 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 justinianeas, para calificar las personas jurídicas, hablan de *universitatis* y posteriormente los comentaristas crean la distinción entre *universitatis* y *universitatis rerum*.

De lo expresado resulta que en el Derecho Romano solo 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 comienzan a desarrollarse en la Edad Media y a través de un lento proceso 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 nuestro Código Civil encontramos que Vélez Sarsfield toma la doctrina del Derecho Romano sobre si una persona jurídica puede o no cometer delito y sufrir penas. Con relación al dolo, expresa que muchas leyes de los romanos confirman plenamente la posición que este adopta.

Un ejemplo es el que expresa en el Digesto (L. 15) que dice *“que la acción de dolo no puede intervenir contra una municipalidad, por que 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”*.



#### **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 estaban sometidos a la autoridad doméstica del paterfamilia por vínculos de naturaleza jurídica más que de parentesco, pues el pater tenía 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* era la acción para pedir la partición de la herencia, y la *familiae rustica* se refería a los esclavos que también eran parte del patrimonio (*dominica potestas*).

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



Este grupo familiar se llama familia *agnatitia* y el lazo familiar se llama *agnatio*, pero la incapacidad jurídica del *alieni iuris* no le impedía ser titular del *ius suffragii* y el *ius honorum* dentro del Derecho Público, o sea, votar en los comicios y ser elegido magistrado y en el Derecho Privado podía contraer *iustae nuptiae* o matrimonio legítimo y desempeñar la tutela.

Según Cicerón, el pater era además el sacerdote del grupo familiar y celebraba la *sacra privata*, todos los descendientes legítimos por vía masculina formaban 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 pertenecían a la familia *agnatitia*.

La mujer al casarse con el pater o con algún filius, quedaba sometida a su poder doméstico.

Por matrimonio cum manu la mujer sale de su familia agnatitia y entra a la familia de su cónyuge, tanto por matrimonio con el pater o con algún filius.

## Cognación (*cognatio*)

Así se llamaba al sexo biológico constitutivo del parentesco de sangre. Aquellos cuyo parentesco proviene del sexo femenino no son “agnados”, sino parientes de derecho natural (cognados), entre el tío materno y el hijo de la hermana no hay agnación sino cognación, Justiniano decía 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 y la capacidad patrimonial del *alieni iuris* va adquiriendo desenvolvimiento 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 recta los individuos engendrados unos por otros, abuelo, padre, nieto, bisnieto, constituyen la línea descendente y padre, 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. Dos hermanos, son parientes en segundo grado; tío y sobrino de tercer grado; primos hermanos de cuarto grado.

Afinidad o parentesco es el que une el cónyuge con los parientes del otro cónyuge. Se mide de la misma forma que el parentesco consanguíneo y el matrimonio es considerado como una unidad.

Los grados de parentesco en el Derecho Romano son iguales al del derecho argentino. Los artículos 346 y siguientes del Código Civil ilustran la influencia del Derecho Romano en el actual y la nota del artículo 352 alude a las Institutas.

## **Gentilidad. La clientela**

Antiguamente nunca 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 individualmente sino la autoridad de los jefes de cada grupo que en Roma se denominaban *gens*.

Algunos consideraron 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, sostenían que la *gens* era un organismo natural cuyos miembros descendían de un antepasado común o de las mismas creencias religiosas (Fustel de Coulanges), también estaban



los que consideraban que la gens era un organismo mixto, en parte natural y en parte artificial (Bonfante, De Ruggiero).

En su aspecto social comprendían individuos que se agregaban por convenios (*applicatio*) con el jefe: *son los clientes*. El jefe le daba protección jurídica, otras veces económica y el cliente le otorgaba al patrón contribuciones en especie: trabajo personal, colaboraba en el pago de multas y en rescate si caía prisionero; estas obligaciones recíprocas eran consideradas sagradas y en las XII Tablas se establecía según Rómulo que si el patrón no cumplía podía ser declarado muerto y sacrificado a los dioses.

El nombre gentilicio, la religión y la sepultura común eran elementos que distinguían a los integrantes de una misma gens.

La gens es la forma primogenia de la organización política romana y con el tiempo se convirtió en una institución de derecho privado, dejando rastros en el derecho hereditario.

Cuando va desapareciendo la gens queda la familia agnaticia frente al Estado.

## **Poderes del paterfamilia**

El pater tenía la manus, que era el poder unitario y comprendía diversas potestades:

- sobre la mujer, tenía la *manus maritalis*.
- Sobre los hijos, la *patria potestad*.
- Sobre los esclavos, la *dominica potesta*.
- Sobre los hijos de otros entregados en venta, la *mancipium*.

El poder del paterfamilia sobre las personas a él sometidas era originariamente absoluto frente a los individuos libres y no libres de la casa, tenía el derecho de vida y muerte, así también el *ius exponendi* 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.

De la familia antigua que era una pequeña comunidad soberana, las sucesivas intervenciones del estado, por las nuevas concepciones

sociales, acabó destruyendo el viejo concepto de la familia, como ejemplo en el siglo I d. C. se obligaba 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*.

### Nacimiento

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

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. Era posible que el marido reconociera 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.

### 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, tenía lugar cuando in-

gresaba 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 había que romper la patria potestad, y por el segundo había que constituir la patria potestad sobre el adoptado a favor del padre adoptivo.

En el primer acto, para romper la patria potestad se necesitaba, si era hijo varón, tres mancipaciones consecutivas (forma de adquirir la potestad, tomando la posesión de la cosa 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 en poder de la persona a la que sería mancipado, era reivindicado por quien iba a ser el padre adoptivo y sus padres guardaban 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 creó como consuelo de las personas que no pueden procrear o engendrar hijos.

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

Para adoptar se exigía que:

- el adoptante no debía tener una enfermedad grave.
- El que adoptaba tuviera una edad por la que no pudiera tener hijos por vía de la procreación.
- Entre el adoptado y el adoptante debía existir una diferencia de edad de 18 años.



*La adrogatio*: era el ingreso de un *sui iuris* o *pater* en una familia ajena, se dio en los primeros tiempos de Roma y en la época clásica, los efectos eran los siguientes: el adrogado ingresaba con toda su familia transmitiendo al adrogante su patrimonio, era un caso de sucesión universal intervivos, sin la transmisión de las deudas.

La adrogación se hacía en los comicios por curia, no podía ser adrogada ninguna mujer y ninguna impúber, esto es porque para integrar los comicios por curia se necesitaba ser varón y mayor de 17 años.

### ***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 pronunciaban 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 podía escapar de tal consecuencia si permanecía 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 comenzó 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.

Esta 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 quería 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 era hija o descendiente ulterior el grado de hijo, bastaba 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), tenía la particularidad de que no hace perder la agnación al hijo o descendiente emancipado.

Justiniano finalmente dispuso que la emancipación se hiciera por acta judicial, levantada ante el juzgado del domicilio del paterfamilia.

El pater no podía ser obligado a emancipar a sus hijos salvo por crueldad hacia ellos, pero fuera de estos casos la patria potestad no se terminaba porque el hijo llegue a la mayoría de edad, ni por el matrimonio del hijo o de los descendientes; a diferencia de nuestro

derecho donde la patria potestad se termina con la mayoría de edad y con el matrimonio de los hijos.

## La patria potestad y las relaciones patrimoniales

El pater tenía facultades sobre la persona sometida a su potestad y sobre los bienes; con relación a estos últimos, la patria potestad le daba al pater también la adquisición de todo lo que el hijo de familia adquiría, por lo que este en un principio era un instrumento de adquisición del paterfamilia.

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 eran un pequeño patrimonio que se separa para ser administrado por un alieni iuris. El primer peculio que aparece es el *peculio profecticio*, llamado así porque deriva del pater, y tenía lugar cuando este concedía y otorgaba a un hijo de familia un capital, autorizando su administración por contabilidad separada del patrimonio del pater.

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

En los actos lícitos realizados por el hijo, el pater no quedaba obligado, salvo en los casos donde había 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* es la acción que va contra el pater, no por el todo, sino en la medida del peculio. La *actio exarcitoria* tiene lugar cuando el paterfamilia, 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 César, 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 administrar, enajenarlos y hasta

puede testar sobre estos bienes, 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 *bon-adventitia* 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 paterfamilia.

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 de que la propiedad corresponde al hijo, teniendo el pater una simple administración y usufructo de los mismos.

## El matrimonio romano

Según Ulpiano “*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 vialidad del matrimonio, es decir los que posibilitan su iniciación, y producen los efectos jurídicos del mismo. Estos elementos son el *conubium* 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 el *affectio maritalis*.

## *El conubium*

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

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

En el antiguo Derecho Romano solo tenían esta capacidad los ciudadanos romanos que fueran ingenuos.

Para Bonfante, las condiciones de validez del matrimonio pueden ser absolutas o relativas, según provengan de una prohibición general de contraer nupcias o de una prohibición particular (no pueden contraer nupcias con determinadas personas).

Dentro de las condiciones absolutas, se puede mencionar:

- *La capacidad natural*: aquí están comprendidos los impúberes, como hemos mencionado la pubertad se estableció a los catorce años los varones y doce años las mujeres.

- *La capacidad civil*: está referida fundamentalmente a la libertad y a la ciudadanía.

Gayo sostiene que el matrimonio entre el ciudadano romano y el latino o extranjero, para ser válido tendrá que tener como basamento una Constitución Imperial, siempre por vía del privilegio, nunca como disposición o norma general.

Hasta Justiniano no era lícito el matrimonio entre un ciudadano romano y una esclava, pero este lo autorizó 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 la tacha de infamia.

- *Año de luto*: se le otorgaba la nota de infamia a la viuda que volvía a unirse antes de los diez meses de luto o al año según los emperadores. El significado en la primera época fue por motivos religiosos, pero en épocas de Justiniano por la turbación sanguínea (confusión por paternidad). Esta circunstancia no se aplicaba al hombre.

Dentro de las condiciones relativas podemos mencionar:

- *motivos éticos fisiológicos*: son los impedimentos por razón del parentesco o de la afinidad. Con relación al parentesco, las nupcias se encontraban prohibidas por motivos religiosos, pero ante el debilitamiento de la religión cede la autorización hasta los colaterales en tercer grado. Entre ascendientes y descendientes las nupcias estaban prohibidas sin límite de grado, aun subsiste en el caso que el parentesco se haya originado por adopción y cesara el vínculo.

- *La afinidad*: en los primeros tiempos existía la prohibición absoluta entre suegro y nuera, madrastra e hijastro. Durante la República estos eran lícitos, pero se condenan como un grave atentado a la moral. En el derecho clásico, estas nupcias vuelven al plano de la prohibición.

- *Motivos éticos-sociales*: aunque todos los ciudadanos romanos podían contraer matrimonio con libertas, existía expresa prohibición para que lo hicieran los senadores y sus descendientes. Esto mismo ocurría con adúlteras, prostitutas o mujeres de teatro.

- *Motivos prácticos y políticos*: comprenden a los matrimonios contraidos entre tutor y pupila, salvo que la pupila fuese mayor de 25 años y sus padres así lo dispongan por testamento.

## **Consentimiento**

En el derecho clásico, este elemento aparece en el Digesto.

*“No puede haber matrimonio si no media el consentimiento de todos, en 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 paterfamilia debe prestar consentimiento para aquellos que estén bajo su potestad, si se niega injustificadamente a otorgarlo, el consentimiento se obtiene de los cónsules y del gobernador de acuerdo a lo establecido por la Lex Julia.

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.

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

### ***La cohabitación***

Es convivir los cónyuges 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 una 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 de 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 romano.

### ***Affectio maritalis***

Bonfante lo 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*”.

El *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, comenzó a practicarse en Roma en el año 204 a. C., cuando Espurio Ruda repudió a su mujer por esterilidad, motivando la censura de los censores, desde entonces y sobre todo a fines de la República y durante el Imperio se difundió la práctica del divorcio, teniendo los emperadores la necesidad de ponerle límites.

El Derecho Romano ha reconocido la existencia del divorcio vincular.

Las limitaciones se establecieron por la influencia del cristianismo, así Constantino fijó 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 penas, 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:

1) 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, si el hombre tenía permanentemente en el hogar o fuera del mismo a otra mujer.

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

En estos dos casos la sanción que se aplicaba al cónyuge culpable era la pérdida de la dote y la donación nupciales.

3) Mutuo: ambos cónyuges de común acuerdo resuelven separarse.

En este caso se castigaba a los dos esposos con la pérdida de la dote y las donaciones nupciales en favor de sus hijos, si tenían o sino a favor de la Iglesia.

4) Bonagratia: eran aquellos casos donde el esposo no era culpable, como por ejemplo encontramos los supuestos de impotencia o entrar a la vida monástica.

En este caso no existía pena.



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

### ***La dote***

La dote pertenece al régimen económico del matrimonio y están organizados en el Derecho Romano según estos criterios.

En primer lugar, si la mujer ingresada a la familia del marido, y era *sui iuris*, todo su patrimonio se transmitía o se incorporaba a la familia del marido, confundándose con el patrimonio del paterfamilia.

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

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

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

Los bienes se consideran propiedad del marido, la adquisición definitiva por parte de este no pareció siempre justificada y mucho menos cuando el divorcio se puso al orden del día, por ello entró en práctica la costumbre de que el marido prometiera 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 podía exigir judicialmente la restitución sobre la base de esta disciplina jurídica, 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 era un deber social, una cuestión de honor para los parientes de la mujer, recién en la época de Justiniano, la dote adquiere deber jurídico, siendo la obligación del padre y en caso excepcional de la madre.

### ***Constitución de la dote***

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.

1) La constitución real se llama *dotis datio*, y se cumple a través de los oportunos y acostumbrados modos de transmisión (*mancipatio*, *in 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.

2) La constitución obligatoria tiene lugar de dos formas: la *dictio dotis* y la *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 paterfamilia 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, del año 18 a. C., prohibió 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 eran objeto de valorización en el momento de constituirse la misma, con esto se busca fijar de an-

temano 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 eran 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*, conservaban la propiedad de sus bienes, al igual que las mujeres alieni iuris conservaban 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 restituidos una vez disuelto el vínculo.

En el Derecho Romano post-clásico los emperadores afinaron el principio de que el marido no debía 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 correspondían al marido pero en calidad de 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 refería al mantenimiento de la sociedad doméstica, sobre todo en el caso en que los bienes del marido no fueran suficientes para mantener las cargas familiares. Dispuso en la Novela 97, capítulo 5 que la mujer era propietaria de los



bienes y el marido debía destinar las rentas de ellos al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero debía utilizar los capitales para lo que la mujer desease, 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 fueron de gran significación, pues eran simplemente donaciones de poca importancia y valor económico que el futuro esposo le hacía a su prometida, sencillamente muestras de afecto. Ya en los siglos III y IV estas donaciones fueron de gran valor, y normalmente la mujer las constituía 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 estas 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 volvía 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* acabó por constituir paralelamente a la dote una especie de patrimonio reservado para las necesidades de la familia, garantizando ambos 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 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, no pueden entender y querer (*furiosi y mentecapti*); d) los pródigos, es decir, los que despilfarran el patrimonio familiar; e) en la última época se añaden también los *minoiris*, es decir, 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 antiguo encontramos 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 solo sobre los impúberes y las mujeres, es denominada con términos usados para designar el poder del paterfamilia (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), más 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 paterfamilia el grupo se deshacía y cada uno de los *filiifamilias* pasaba a ser sui iuris, las mujeres y los impúberes se encontraban 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 paterfamilia 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 concedió, por primera vez, al paterfamilia la facultad de designar en el testamento una persona distinta del heredero como tutor y consiguientemente el deber de la tutela asumió 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 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

Esta clase de tutela puede fundarse en la voluntad del testador (*tutela testamentaria*), en la determinación de la ley (*legítima*) o el nombramiento por el magistrado (*tutela dativa*).

### ***La tutela testamentaria***

Es la ordenada en el testamento por el paterfamilias respecto de los hijos que están bajo su patria potestad, que se convertían luego de su muerte en *sui iuris*.

La doble exigencia de que la tutela sea deferida por el pater y en testamento, viene atenuada sucesivamente por otorgarse validez al nombramiento realizado por la madre, los parientes próximos, el padre natural, el patrono, siempre que instituyeran heredero al impúber y según regla general sea confirmado el autor por el magistrado, también se llegó a admitir la validez del nombramiento sin observación de la forma legal.

### ***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 desaparece 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***

Fue introducida por la Lex Atilia, anterior a 180 a. C., que luego se extendió a las provincias por las leyes Iulia, para atender los casos en que le faltase al impúber el tutor testamentario y el legítimo, entonces la designación era efectuada por el pretor urbano con la asistencia del tribuno de la plebe o el gobernador de provincia.

Justiniano determinó como competente para designar al tutor, al pretor en la capital y a los magistrados locales en la provincia, y a los obispos, si no eran muchos los bienes del pupilo.

## ***Incapacidad para ser tutor***

En sus comienzos eran incapaces para ejercer la tutela los *filiusfamilia* y las mujeres, luego se admitió al perder su carácter de potestad que sea ejercido por los *filiusfamilia*.

En el derecho posclásico se aceptó a la madre y la abuela como tutores de un descendiente, siempre que asumieran 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 *abdicatione tutelae*.

El tutor legítimo podía transferir a un extraño la tutela, en la forma de la *in iure cessio*.

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 setenta años, pobreza extrema o ignorancia.

## ***Funciones y facultades del tutor***

Estas se resumen en las llamadas *autoritas interpositio*, que es la capacidad para actuar por sí al pupilo.

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 *autoritas* se hace responsable en los límites del enriquecimiento.

El tutor tiene la obligación de proveer educación, instrucción y manutención del pupilo, 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.

Debe realizar un inventario del patrimonio pupilar, sino incurrirá en dolo y es responsable del daño eventual.

### ***Responsabilidad del tutor***

Esta fue variando según la época, encontramos que en la Ley de las XII Tablas, sancionaba dos remedios:

1) *la accusatio suspecti tutoris*: que era una acción expedida para todos, 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.

2) *La actio rationibus distractio*: es una acción de carácter penal y tiende a proteger al pupilo contra la sustracción 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*, acción general que es ejercida por el pupilo al finalizar la tutela.

El tutor al principio responde solo por el dolo, luego alcanza también a la culpa.

### **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 encontraban exceptuadas las *vestales* por encontrarse consagradas a los dioses, y las ingenuas y libertas que tenían tres o más hijos, gozando del *ius liberorum*, conferido por la Lex Iulia; las mujeres sometidas a esta tutela tienen cierta libertad y pueden cumplir los negocios por sí mismas.

Al principio la tutela podía ser testamentaria o legítima, la primera otorgada a través de un testamento por quien ejerce la patria potestad o la manus, la legítima tiene lugar a la falta de testamentario y compete a los agnados y gentiles, la dativa se introduce más tarde y solo es conferida por el magistrado a instancia de la mujer y bajo la exigencia de que el tutor propuesto se halle presente.

La función del tutor es dar la *autoritas* para ciertos actos celebrados por la mujer (enajenación *res Mancipi*, *in iure cessio*, testamento), la administración es la realizada por la mujer, no tiene el tutor la obligación de dar cuenta de sus actos.

Se necesita la *autoritas* para enajenar la *res Mancipi*, aceptar herencia, contraer una obligación.

Para el Derecho Romano la mujer púber y *sui iuris* tenía 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 al parentesco natural (cognación) en materia de sucesión y tutela.

En la época de Augusto, con la *Lex Iulia* y *Popia Poppea* se la exime de la tutela a la mujer que gozaba del *ius liberorum*.

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 *cura furiosi* y la *cura prodigi*, la Ley de las XII Tablas encomienda la curatela del *furiosi*, siempre que carezca de pater o tutor, a los agnados y a los gentiles.

En la época clásica cuando faltaba el curador legal este era designado por el magistrado, no existía el curador testamentario, pero el pater puede designarlo por testamento y es aceptado por el pretor.

El curador cuida de la persona *furiosi* y administra su patrimonio, su función es la de gestor y no la *autoritas*, como en la tutela.

Régimen semejante a este es el del *cura prodigi*, este recae sobre los pródigos, a quienes se declara incapacitado para disponer libremente de su patrimonio, era encomendado a los agnados y gentiles, o a personas designadas por el magistrado.

La *cura minorum*, surge en el siglo II a. C aproximadamente, lo estableció la *Lex Plaetoria*, con el fin de proteger a los jóvenes que al llegar a la pubertad y por su inexperiencia eran engañados en los negocios, a esta protección se le sumó la establecida por el Derecho

Honorario, donde el pretor concedía la *exceptio plaetoria*, para el caso que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio.

El curador era solicitado voluntariamente por el menor y para un particular negocio; 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, semejante a la autoridades del tutor.



#### **Antecedentes históricos**

En los orígenes históricos encontramos que en las sociedades primitivas la defensa de los derechos era función privativa del jefe de familia (el paterfamilia), donde el factor preponderante era el empleo de la fuerza, por carecer de una organización jurídica que protegiera los derechos de los particulares.

En los tiempos primitivos de Roma encontramos que la autodefensa fue la única tutela jurídica, siendo los jefes quienes dictaban la correspondiente sanción, que consistía en el castigo sobre la persona que violó la norma.

Por tal motivo se hizo necesario que alguna autoridad pública interviniera para regular las controversias, se inicia de forma rudimentaria pasando de la *ley del talion* a una *composición voluntaria* y posteriormente a una *composición legal*. Augusto, Marco Aurelio, Teodosio y Justiniano dictaron severas penas para aquellos que practicasen la autojusticia, siendo admitida solamente en las circunstan-

cias en las que fuera necesario repeler la violencia de que era víctima, sin poder obtener a tiempo el amparo de la autoridad pública.

Al implementarse en Roma la autoridad judicial fue necesario dictar un método de enjuiciamiento que tendiera a dar a los particulares los medios adecuados para someter sus controversias a los órganos del Estado, a fin de resolverlas en forma imparcial.

## Concepto

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 establece una importante distinción en materia de procedimiento.

### *In iure*

Consistía en la organización del proceso propiamente dicho. Los litigantes exponen sus pretensiones al magistrado, el cual, si considera que los hechos que alega el demandante son dignos de ser protegidos por la justicia, instruye un sumario de los mismos (fórmula) y eleva los antecedentes al juez, el cual debe ajustar su actuación a los hechos reseñados en la fórmula.

### *In iudicium*

En esta etapa el juez analiza el caso y absolvía o condenaba al demandado, según considerase injusta o justa la reclamación del actor y probado el hecho sobre la cual versaba.

Los procesos instruidos de este modo constituyen la justicia ordinaria (*judicia ordinaria*).

Los jueces eran designados por las partes o elegidos de una lista confeccionada al efecto, pudiendo ser, asimismo, uno o varios. Existían también tribunales permanentes (*decenviros*, *centunviro*s, etcétera), a los cuales estaban 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 (arbitros)*: sus poderes son más extensos que 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*: intervenían exclusivamente en asuntos en que fueran parte ciudadanos y extranjeros.

En la historia del procedimiento romano encontramos tres sistemas principales:

- *legis actiones* o *acciones de la ley*: característico de las primeras épocas de Roma.

- *Procedimiento formulario*: entra en vigor al desaparecer el anterior.

- *Justicia extraordinaria* o *procedimiento extraordinario*.

## Organización judicial

Tanto en las *legis actiones* como en el *procedimiento formulario*, las funciones se dividen entre dos clases de personas: los magistrados y los jueces. Los primeros intervienen en primera instancia *in iure*, mientras los jueces lo hacen *in iudicio*. Esta organización se mantiene a lo largo de diez siglos, siendo finalmente abatida por el procedimiento extraordinario.

### *Las legis actiones*

Es el sistema imperante en Roma por la Ley de las XII Tablas, se caracteriza por la gran solemnidad de las fórmulas a emplearse (actos simbólicos, palabras solemnes, etcétera), cuya omisión de cualquier palabra o gesto trae aparejado, como inevitable consecuencia, la pérdida del pleito.

Este procedimiento se hallaba reservado exclusivamente a los ciudadanos romanos.

Las legis acciones o acciones de la ley eran cinco:

- a) *per sacramentum*.
- b) *Per iudicis postulationem*.
- c) *Per conductionem*.
- d) *Per manum injectionem*.
- e) *Per pignoris capionem*.

Las tres primeras acciones estaban destinadas a la instrucción de los procesos, quedando las dos últimas como medios de ejecución de sentencia.

### ***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 (*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 fijaba un día para que las partes comparecieran a efectos de exponer los fundamentos de sus pretensiones, alegar sobre las circunstancias probadas y rebatir las posiciones de sus adversarios.

El depósito 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 fue concedida por la Ley de las XI Tablas, buscando remediar los inconvenientes de la *actio per sacramentum*, consistía en el procedimiento de petición de juez o árbitro para aquellas controversias de reclamación de un crédito derivado de un contrato ver-

bal solemne, la división de herencia y la división de cosa común, es decir podían intentarse la *actio comuni dividundo*, la *actio finlum regundorum* y la *actio familiae erciscundae*.

Su ejercicio estaba reservado para aquellos casos que la ley expresamente lo determinaba, a diferencia de lo que ocurría con la *actio per sacramentum*, la determinación del juez era inmediata y no era necesario recurrir a la apuesta.

### ***Legis actio per conditionem***

Fue introducida por la Lex Silia para las cuestiones cuyo objetivo fuese el reclamo de una suma determinada de dinero. Su órbita de acción fue extendida por la Lex Calpurnia, a todos los litigios que tuviesen por objeto una prestación perfectamente determinada.

Este procedimiento se caracteriza por la mayor rapidez de su resolución.

El demandante se presenta ante el pretor con el documento donde consta la obligación del demandado, e intima a este, en presencia de aquel, para que se presente treinta días después a fin de que le sea comunicado el fallo.

### ***Legis actio per manum injectionem***

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 era adjudicado (*addectus*) al actor, quien lo hacía su cautivo.

Este estado de cosas duraba sesenta días, durante este lapso era expuesto cada nueve días en el mercado, por si alguno de sus parientes o amigos levantaba su deuda, es decir si aparecía un *vindex* (fiador); si esto no ocurría, vencido el plazo, el *addictus* era adjudicado definitivamente al acreedor, quien podía venderlo como esclavo a la otra margen del Tíber y aun matarlo.



## ***Legis actio per pignoris capionem***

Esta acción es un procedimiento por el cual el acreedor toma título de garantía ciertos bienes del deudor para obligarle a pagar, a diferencia de las anteriores, no era menester la presencia del demandado y se realizaba fuera del tribunal del pretor. Se aplicaba en ciertos casos especiales, determinados por la costumbre o la ley. El objeto embargado no podía ser recuperado por el deudor, si no pagaba la deuda.

## **El procedimiento formulario**

El desmesurado rigorismo y la solemnidad de las legis acciones, tornaron por hacerlas odiosas y ridículas a los ojos de la población. Por esta razón, se buscó un procedimiento más simple y menos formalista que el anterior, a efectos de facilitar la compleja tarea de administrar justicia.

## **La fórmula**

El procedimiento formulario recibe este nombre porque el magistrado (*in iure*) redacta una fórmula que entrega a las partes, la que contiene los fundamentos y pretensiones de las mismas, en el litigio que se le somete y sobre la cual debe el juez (*in iudicium*) conocer y resolver; es una especie de acta instructora. Este procedimiento es 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.

Por regla general, el procedimiento formulario se dividía en tres instancias, salvo casos excepcionales, en que eran cuatro.

Por otras parte, la fórmula podía contener otras indicaciones meramente accesorias: las *excepciones* y las *praescripciones*, de las que nos ocuparemos más adelante.

## Integración de la fórmula

### *Partes principales*

La fórmula se divide en tres instancias, 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*.

a) *Demonstratio*: contiene una detallada exposición de los hechos que motivan el proceso; en ciertos casos en que la intención aclaraba suficientemente el objeto del litigio, se confundía con esta.

Está situada a la cabeza de la fórmula, inmediatamente a continuación del nombre del juez que va a conocer.

b) *Intentio*: se halla ubicada a continuación de la *demonstratio*. Contiene el preciso y fundamentado detalle de las pretensiones sustentadas por el actor, que podía ser cierta o incierta; era cierta cuando el objeto, materia del litigio, se halla perfectamente determinado. Era 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.

c) *Condemnatio*: 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 fijaba el juez a su arbitrio, sea dentro de cierta suma de la que no podía excederse, o libremente, según lo que entendiese justo.

d) *Adjudicatio*: solamente se la encuentra en las acciones divisorias (*familiae erciscundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum*). 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.

### ***Partes accesorias***

a) *Praescriptiones*: son cláusulas insertadas, generalmente, a favor del actor, aunque también pueden estipularse en beneficio del demandado. Debían figurar a la cabeza de la fórmula, a continuación de la *demonstratio* y tenía 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 consecuencias perjudiciales que pudiera sobrevenirle de la acción intentada, si han sido opuestas por el demandado (*praescriptiones ex parte rei*). 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 ocurriría, por ejemplo, si el demandado, al contestar la demanda, adujese 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, etcétera.

La condena puede tener lugar, únicamente, en caso de que la *intentio* resulte plenamente probada y la excepción desechada por no encontrarse justificada.

c) *Clasificación de las fórmulas*: de dos especies principales eran las fórmulas:

- *In ius conceptae*: eran aquellas en que la *intentio* se fundaba en el *ius civile*, y por ende, el magistrado al resolver una cuestión de hecho, debía abocarse al conocimiento de una cuestión de derecho.

- *In factum conceptum*: cuando la *intentio* no se fundaba en el *ius civile*, sino en la equidad. El juez solo debe resolver acerca de los

hechos litigiosos que se le someten, pues las cuestiones de derechos están excluidas de ellas.

- Esta división revestía particular importancia, ya que crea una nueva obligación. El demandado queda sujeto al proceso hasta su condena o absolución. La obligación que surge de la *litiscontestatio* es de carácter civil y transmisible a los herederos. Sus efectos son considerados, en Roma, como análogos a los de la novación.

- *Procedimiento in indicio*: esta etapa se realiza ante el juez, que 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 determinados límites:

- ajustar su acción a las constancias de la fórmula y a las pretensiones expuestas en ella.

- Aplicar con toda justeza los principios de derecho, bajo pena de cometer delito de prevaricato.

- Dictar su resolución en un cierto periodo 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 solo debe tratar de desvirtuar las pruebas acumuladas en su contra por el actor, salvo si hubiese opuesto a la acción de este una excepción, en cuyo caso debe acreditar la veracidad de ella. Los medios de prueba que podían alegarse en juicio eran los siguientes:

- *testimonial*: declaración de testigos que tuviesen conocimiento del hecho litigioso.

- *Instrumental*: escritos donde conste la realización de un acto o contrato relacionado con el hecho o derecho subvertido.

- *Juramento*: llamado también *jusjurandum in iudicio*. Era deferido por el juez a una de las partes, para que jurase acerca de la legitimidad de sus pretensiones.

- *Presunciones*: 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 de cargo (ofrecida por el demandante) y de descargo (ofrecida por el demandado), el juez puede arbitrar tres soluciones:

1) 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.

2) 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.

3) Si la pretensión del actor (colocada en la intentio) aparece probada, el juez dicta un fallo condenatorio. La pena debía ser siempre pecuniaria.

d) *Sentencia*: al igual que la *litiscontestatio* la sentencia concluye el procedimiento in iudicio. La misión del juez termina con ella, y para obtener la ejecución de la misma, las partes deberán dirigirse al magistrado, que es quién se halla investido del *imperium*.

Si es absolutoria extinguen de pleno derecho (*ipso jure*) la obligación originada en la *litiscontestatio*. Siendo condenatoria da nacimiento a una nueva obligación a cargo del demandante, la de ejecutar 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.

e) *Recursos*: antes del Imperio la sentencia era definitiva, salvo casos excepcionales, en que podía interponerse contra ella el recurso de nulidad. A partir de esta época, pueden interponerse contra la sentencia los siguientes recursos:

- *revocatio in duplum*: la sentencia dictada en violación de preceptos legales era nula.

En consecuencia, la parte que se considerase afectada por ella podía interponer el recurso de nulidad. Si este era declarado improcedente el recurrente debía pagar el doble del monto de la condena.

- *Appelatio*: cuando una de las partes se creyese lesionada por la sentencia podía interponer contra ella el recurso de apelación. Este debía ser dirigido al magistrado que intervino en la confección de la fórmula.

f) *Ejecución*: si el condenado no pagaba su deuda dentro de los sesenta días posteriores a la sentencia, el acreedor podía intentar, ante el magistrado, acciones contra la persona y los bienes del mismo:

- *actio iudicati*: era intentada ante el pretor y reemplazaba en el procedimiento formulario a la *manus iniectio* de las legis acciones. Si el deudor a requerimiento del magistrado no pagaba era declarado *addictus* y entregado al acreedor, quien podía colocarlo en prisión para saldar con su trabajo personal el importe de la condena.

- *Bonorum venditio*: venta en conjunto de los bienes del deudor y la tacha de infamia a este.

- *Bonorum distractio*: venta de los bienes del deudor, al detalle, reemplaza a la anterior y no importa la tacha de infamia.

## Procedimiento extraordinario

Este procedimiento nace de la *extraordinaria cognitiones*, que consistía en un modo excepcional de resolver los litigios, el magistrado (*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 presentasen, sean estas de hecho o derecho.

Este procedimiento se hace más frecuente en el Imperio, y a partir de Diocleciano, la excepción se convierte en regla, pues era difícil que un proceso no se resolviese de esta manera, de esta forma nace el procedimiento extraordinario.

## Concepto

A fines de la época clásica las *extraordinariam cognitionem* que en principio construyeron la excepción se fueron multiplicando hasta convertirse en el procedimiento ordinario. Influyó poderosamente en esta transformación la derogación del procedimiento formulario, motivada por el descrédito en que habían caído las sentencias de los jueces, al condenarse a los litigantes sin limitación y al derecho de apelar a sus resoluciones.



El procedimiento formulario es derogado por obra de Diocleciano en el año 342 d. C.

Sintetizando, el procedimiento extraordinario reúne los siguientes caracteres:

- es suprimida la instancia doble, sustanciándose los juicios con la exclusiva intervención del magistrado.

- Los jueces (magistrados) ya no son privados (elegidos por las partes), sino que actúan en nombre del Estado.

- Las actuaciones escritas son preferidas a las orales.

- La administración de justicia se hace onerosa.

- La sentencia es pronunciada con imposición de costas a cargo del deudor.

- La instancia no puede, en ningún caso, durar más de tres años.

## **Partes del procedimiento extraordinario**

El curso de este procedimiento se halla integrado por dos partes que configuran una instancia única.

### ***a) Litis denuntiatio***

El demandado es citado a comparecer ante el magistrado (pretor) 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 de que el demandado acudiese al ser citado, el acreedor hacía su alegato pudiendo el deudor reconvenirlo, y una vez expuesta las pretensiones de las partes se produce la *litis contestatio*. Si no se presenta, la causa continúa en rebeldía.

### ***b) Litis contestatio***

A diferencia de lo que ocurría en el procedimiento anterior esta no extingue ipso iure el derecho del demandante, sino que concede una excepción a favor del demandado.

Son mantenidos los medios de prueba vigentes en el procedimiento formulario (testimonial, documental, juramento y presunciones), pero se produce un vigoroso surgimiento de la prueba documental, ya que al viciarse las costumbres la testimonial cae en un ostensible desprestigio. La supresión de la fórmula determina que si el demandante incurre en *plus petitio* su acción no se extinga y el juez puede reducir la demanda a sus justos términos.

### ***c) La sentencia***

Era escrita, leída en público, firmada por el juez y registrada. Se entregaba copia de ella a las partes, la resolución debía ser acorde a las pretensiones expuestas por actor y demandado, no tenía exclusivamente carácter pecuniario, y por el contrario, generalmente era restitutoria (devolución de cosas entregadas por el demandante, por ejemplo, la restitución de un fundo).

Contra la sentencia recaída en la causa se admite la apelación ante el juez superior para llegar, en última instancia hasta el mismo emperador.

*Los medios de ejecución de la sentencia son:*

- si la sentencia ordena la *reivindicatio* (restitución de la cosa) puede ser ejecutada *manus 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*. Esta, a partir de Justiniano, solo puede realizarse si cuatro años después de la sentencia condenatoria el demandado no ha pagado su deuda.





#### Concepto

La posesión, tal como la entendían 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*”.

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 responden 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*.

Son pues conceptos distintos, ya que la propiedad es un derecho y la posesión es un mero hecho. Cuando afirmamos que una persona está en propiedad de un cosa, nos referimos a un vínculo puramente conceptual de titularidad jurídica entre esa persona y la cosa, no afir-



mamos nada más que, real y efectivamente la tiene en su poder, que de hecho la cosa está a su disponibilidad. Se señala en el primer caso a quien tiene el título jurídico de señor de la cosa (propietario), el “*derecho de propiedad*”, el segundo caso indica a quien es el que de un modo real y efectivo se está sirviendo de ella (poseedor), el “*hecho de la posesión*”.

Muchas veces, la titularidad jurídica de *dominus* de la cosa y el hecho real de poseerla coincidirán, pero otras no, habrá propietarios que no tengan la posesión de la cosa y habrá poseedores que no sean propietarios.

La teoría de la posesión se desarrolló lentamente en el Derecho Romano, más bien bajo la influencia de las necesidades prácticas que en virtud de ideas generales propiamente concebidas, de aquí la oscuridad que reinó sobre esta materia hasta el fin de la República, y de esto deriva también la dificultad para explicar ciertas soluciones que no concuerden entre ellas, por haber sido admitidas según las necesidades del momento, sin ser deducidas de principios generales.

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 tenencia no vinculadas a la propiedad. Ella implica que quien detenta la cosa no puede exhibir un justo título adquisitivo de dominio, no obstante, el pretor protege contra todos su tenencia por medio de los *interdictos posesorios*, siendo estos:

- *retinandae possessionis*, existiendo dos clases de interdictos: el *uti possidetis* (sobre bienes inmuebles) y el *utrubi* (sobre bienes muebles).
- *Recuperandae possessionis*, existiendo tres clases de interdictos: *unde vi (vi armata)*, *unde clan* y *unde precario*.
- *Adis pliceanda possessionis*, existiendo cuatro clases de interdictos: *el cuorum bonorum*, *quod legatorum*, *el salviano* y *el posesorio*.

*Possessio* quiere decir asentamiento y en un principio designaba el asentamiento de un particular en una parcela de terreno público

(*ager publicus*), sobre el que no puede haber dominio privado, pues el dominio es del pueblo romano.

## La posesión civil

La jurisprudencia elaboró la teoría de la posesión civil estudiando los requisitos necesarios para el modo de adquirir llamado *usucapio*, consistente en la adquisición del dominio por la tenencia de una cosa durante un cierto tiempo.

El problema consistía en determinar cuándo la tenencia física de una cosa permitía considerar que el transcurso del tiempo transformaba al tenedor en propietario. La respuesta fue que cuando esa tenencia fuera una posesión civil.

La posesión civil es de la persona que se presenta como propietario respecto de una cosa, es aquella que tiene la tenencia física de la cosa acompañada de un justo título, sin ser realmente propietario.

La posesión es la detentación material de una cosa, amparada por una justa causa de dominio.

Los elementos de la posesión son:

- *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.

- *Animus*: es el elemento intencional, es la voluntad en el poseedor de conducirse como amo con respecto a la cosa, es la llamada *animus dominus*.

Todos los que reunían estos dos elementos poseían la cosa, al contrario no poseen los que no pueden tener intención de obrar como amo con respecto a la cosa, aunque lo tengan a su disposición, porque el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento de la propiedad de un tercero.



## Quasi possessio

Para el derecho clásico la posesión civil solo es posible respecto de cosas materiales, y no de derechos. Los bizantinos, sin embargo, llegaron a considerar que también la posesión era 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 de Ticio, si sin ser dueño de un fundo, constituye un usufructo sobre ese fundo en favor de Caio, este no tendrá la titularidad del usufructo, pero para los bizantinos, tendrá la *quasi possessio*, como consecuencia de ello podrá 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 concebía de un modo materialista como contacto directo o sujeción inmediata, es suficiente con tenerlo a su disposición.

El *animus* es el requisito intencional que 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 les considere como poseedores. Hace falta el consentimiento del verdadero poseedor o un acto ostensible que patentice que a este 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 adquiriente tuviese el *animus*, pero es completamente distinto para el hecho material de la detención.

Por eso, un jefe de familia podía 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 admitió también que se podía 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 admitió que el infans pudiese tomar posesión con la autoritas 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 era aceptado ni por los proculeyanos ni por los sabinianos la conservación animus tantum (tan solo con el alma).

En los casos de transferencia de la tenencia, 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 se 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 dominus 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) Se pierde el animus y por ende la posesión cuando el poseedor tiene el firme propósito de renunciar a la cosa. Para perder la pose-



sión no es necesario que otra la adquiera, es suficiente con que ya no quiera tenerla.

b) Se pierde el corpús y con eso la posesión cuando sobreviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a voluntad, ejerciendo físicamente su poder sobre ella. Por ejemplo, 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.

Las reglas que acabamos de exponer sobre la conservación y pérdida de la posesión son aplicables a la cosa mueble, pero para los inmuebles prevalecieron principios más amplios, en efecto, los actos de posesión son menos frecuentes sobre un inmueble, puede darse que en ausencia del poseedor puede un tercero invadir el fundo, haciéndole perder la posesión, aun sin su noticia. Si el poseedor sabe de la ocupación de su fundo y permanece inactivo, pierde la posesión.

## **Elementos de la posesión. Teorías**

A continuación se expondrán las doctrinas que han ejercido mayor influencia sobre el pensamiento y la legislación contemporánea.

### ***Teoría de Savigny***

Sostiene que la posesión supone la existencia de dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El primero es el elemento físico de la posesión, sin el cual esta 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 ingerencia extraña. Para que realmente una persona sea reputada poseedora, es necesario que

posea con ánimo de dueño, 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.

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*

Impugnó vivamente la teoría de Savigny, empezó por negar 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 de 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 exigido por Savigny, muchas veces será imposible probar, puesto que se trata de un elemento intencional, por ello las leyes reconocerán en el carácter de poseedores a quienes no son propietarios, esta crítica llevó a Von Ihering a replantear la cuestión sobre una base puramente objetiva.

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.

En cuanto al animus, Von Ihering, prescindir de él, la posesión basta por sí, de modo que cada vez que alguien tiene la cosa en su poder, corresponde ampararla legalmente.

Savigny, piensa que entre posesión y tenencia lo que varía es el animus que tiene el poseedor y del cual carece el tenedor; en cambio Von Ihering, dice que lo que distingue a uno y a otro es simplemente la voluntad del legislador, que por motivos distintos otorga en un caso la protección posesoria y en otro la deniega.



## *Teoría de Saleilles*

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. Define al corpus como el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una permanente relación de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo. En el poseedor no hay una pretensión de apropiación jurídica de la cosa, sino un propósito de apropiación económica.



#### 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.

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 solo 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 solo 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, era la *plena in re potestas*.



Frente a la propiedad están los denominados *jura re aliena* (*servidumbres*) que configuran siempre potestades no plenas sino limitadas sobre la cosa.

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, él 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 considera 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 *raescrito de Antonio Pío* se obliga al dueño a vender al esclavo. Justiniano le dará 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, comenzaron a aparecer restricciones cuando ese ejercicio traía perjuicios a terceros.

Tampoco hay que olvidar que la conciencia social jugaba un papel importante, aquí era de importancia el rol de los censores que tenían a su cargo el cuidado de las costumbres (*cura morum*), intervenían 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*, debe entenderse como que en un dominio solo puede haber un propietario y este 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 en 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 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 periodo próximo a la fundación de la ciudad, las *gens* fueron superando el estado comunitario asignando territorios a cada familia,



al adquirir esta su preponderancia como núcleo político y social, la propiedad se resume en esta institución representada por el poder soberano del paterfamilia.

Cuando va avanzando 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 había hecho una división posterior de la tierra en forma individual, creando así un tipo de propiedad particular.

- *Dionisio de Halicarnaso*: afirma que la distribución se efectuó 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 quiritas, más adelante cuando el Derecho de Gentes comenzó a ejercer influencia en la esfera del Derecho Civil, apareció 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 suprimieron las formalidades exigidas para la transmisión del dominio y desapareció la diferencia entre fundos itálicos y provincias, se rompe el paralelismo entre propiedad quiritaria y bonitaria, quedando solo una especie de propiedad.

### ***Dominium ex jure quiritium***

La propiedad romana por excelencia es la propiedad quiritaria, esta propiedad fue regulada por el *ius civile* y contó con la más amplia tutela legal por medio de la típica actio in rem, la *reivindicatio*.

Exigía para su existencia que el sujeto titular del derecho fuera un ciudadano romano, y desde luego, libre y sui iuris, no era accesible a los extranjeros o peregrinos, ya que no podían ser propietarios iure civili.

En cuanto al objeto sobre el que podía recaer el dominio quiritario, si se trataba de cosas muebles debían pertenecer a la categoría de las *res in commercium*, y si eran inmuebles solo cabía respecto de los fundos itálicos, estos eran, 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 quedaban excluidas del pago de impuestos ordinarios (tributum) y sus habitantes gozaban de los privilegios y exenciones que tenían los ciudadanos romanos en Italia.

Se requería por último, un modo de adquisición de la cosa objeto de propiedad quiritaria consagrado por el *ius civile*, como la mancipatio, la in jure cessio la usucapio, la adjudicatio y la lex.

### ***In bonis habere***

Esta clase de propiedad, que tuvo reconocimiento legal en el Derecho Romano por la acción del pretor, se presentaba ante la falta de alguno de los requisitos necesarios para la existencia del dominio quiritario.

Si el sujeto era incapaz porque se trataba de un extranjero; si el objeto no era idóneo, como cuando se transmitía un fundo situado en suelo provincial o si el modo de transmisión no pertenecía a los reconocidos en el *ius civile*, caso que se usara la traditio, se transmitía una propiedad imperfecta, ya que no se configuraba el *dominium ex iure quiritium*.



El pretor entendiendo que el rigorismo del Derecho Civil debía ceder ante la intención de las partes de constituir el derecho real de propiedad aunque faltara alguno de sus presupuestos formales, admitió que existiera otra propiedad, a la que se llamó genéricamente bonitaria o pretoria.

Esta especie de dominio se diversificó en tres modos distintos de propiedad: la propiedad peregrina, la provincial y la bonitaria.

Justiniano restableció 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 expandieron por Italia, se impuso el principio de que el territorio de las poblaciones vencidas debían pasar a ser propiedad del estado romano, que distribuyó las mismas según su naturaleza.

Estas tierras conquistadas ubicadas fuera de Roma pero dentro de la península itálica constituyeron los llamados fundos itálicos.

Además se distinguía entre las tierras cultivadas y no cultivadas. Las primeras se entregaron en propiedad a los particulares, la distribución de estas tierras se efectuó de tres formas:

- bajo Tulio Hostilio y sus sucesores hubo repartos gratuitos entre los ciudadanos más pobres.
- En la época republicana y comienzo de la imperial, los cuestores se encargaron de hacer la distribución mediante ventas efectuadas a particulares.
- Por último fueron asignadas a los veteranos de guerra en recompensa por los servicios prestados al Estado o bien a los ciudadanos que se anotaban para fundar colonias.

Las tierras no cultivadas tuvieron un tratamiento distinto, el estado permitía a los ciudadanos tomar la extensión de tierra que desearan, sin determinación de límites, salvo los naturales y con la obligación por parte de estos de que las cultivaran y pagaran un tributo.

Estas excepciones, solo para los ciudadanos romanos, no otorgaba el derecho de propiedad, sino solo una posesión que el estado podía revocar a voluntad.

Los fundos no cultivados se encontraban básicamente en poder de los patricios, esta situación provocó la reacción de las clases inferiores, que fueron apoyadas por el tribuno de la plebe y para impedir los abusos de la clase dominante lograron la sanción de las leyes agrarias.

La primer ley agraria fue la Lex de Aventio Publicando (456 a. C), por la que se repartieron tierras públicas en el Monte Aventino, esto mejoró la condición de la plebe, pero las continuas guerras causaron nuevamente la ruina de los pequeños propietarios.

Esta situación forzó la sanción de la Lex Licinia Agraria (367 a. C) que prohibió bajo pena de multa, que ningún ciudadano tuviese más de 500 espacios de tierras públicas.

En el año 123 a. C. el tribuno Tiberio Graco presentó un proyecto de ley teniendo por base la Lex Licinia Agraria, estableciendo la limitación de los 500 espacios de tierra y que las tierras volvieran al Estado. Así introdujo una importante modificación al transformar la posesión que sobre las tierras tenía el ciudadano en plena propiedad.

En el año 113 a. C. el tribuno Cayo Graco hizo sancionar otra ley, la Sempronia Agraria, en la que se reproducían las disposiciones que contenía la primera, pero la oligarquía patricia impidió que la ley se aplicara y consiguió su abolición.

Alrededor del año 109 a. C. se sancionó otra ley agraria que prohibió las asignaciones en el futuro y ratificó la transformación de las posesiones existentes en propiedades privadas, siempre que sus titulares pagaran un canon y sus productos sean distribuidos entre las ciudades más pobres.

Las guerras civiles llevaron a la ruina a la propiedad privada, la cual sufrió abusos y confiscaciones públicas, comenzó a abundar la tierra abandonada lo que hizo efectuar nuevas distribuciones, que se inician con Sylo y culminan con Tito y Domiciano.

Este último emperador castigó las usurpaciones de los particulares sobre las parcelas de tierra que quedaban 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 ejercían sobre ellas todas las facultades del derecho de propiedad.

## **Distribución de la propiedad en fundos provinciales**

Los fundos provinciales eran aquellos conquistados por los romanos fuera de Italia, se impuso el criterio, salvo los privilegios concebidos a ciertas ciudades, de que el terreno provincial pertenecía al estado por derecho de conquista, y solo podía ser entregado a los particulares en forma precaria con la obligación por parte de estos de pagar una renta.

Desde Augusto, los fundos provinciales fueron de dos clases: del emperador y del senado o del pueblo romano.

Las provincias del emperador eran las que se encontraban en los confines del Imperio y estaban gobernadas por un funcionario que representaba al mismo. Los poseedores pagaban un tributo que ingresaba al fisco o tesoro del emperador.

Las provincias del senado o del pueblo romano eran gobernadas por procónsules y sus ocupantes abonaban un tributo que ingresaba al tesoro del pueblo.

Con Dioclesiano esta división desaparece cuando el Imperio es repartido en cuatro jurisdicciones, todas dependientes de la autoridad imperial.

La naturaleza jurídica por parte de los ciudadanos romanos dio lugar a discrepancias ya que los particulares solo tenían la posesión o el usufructo, no pudiendo detentar la propiedad, ya que esta pertenecía al pueblo o al emperador.

Los ocupantes de los fundos provinciales disfrutaban de una especie de propiedad imperfecta que les permitía transferir sus derechos por actos entre vivos o mortis causa, o beneficiarse con la *praescriptio longi tempus* que les hacía adquirir la propiedad con el paso del tiempo.

Los fundos provinciales se fueron modificando lentamente, ya que los emperadores concedieron a sus provincias los beneficios del

*ius italicum* que los asimilaba a los territorios de Italia y les daba 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 el rango de la propiedad civil.



## CAPÍTULO XI

---

### Protección del derecho de propiedad. *La reivindicatio y la actio negatoria*

La jurisprudencia clásica entendía por propiedad la dominación jurídica, exclusiva e ilimitada de una cosa. Consideraban que la cosa se hallaba 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 conocieron algunas limitaciones a este dominio, pero la base del concepto de propiedad continuó siendo el mismo, se estimó que *“La propiedad no era un derecho que solo concebía al propietario determinadas facultades y le privaba de otras, por el contrario, las limitaciones de la misma se consideraban como perjuicios de procedencia puramente externa contra un poder dominical libre”*.

La propiedad genuina del Derecho Romano era la quiritaria, su adquisición dependía de un acto reconocido por el Derecho Civil.

Ante la existencia de poseedores que adquirieron sin las formalidades civiles, estos fueron protegidos por el pretor.

En materia de propiedad también se manifestó 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 –*duplex dominiun*– el estado posesorio semejante a la propiedad protegida por el pretor (propiedad bonitaria) y la propiedad quiritaria.

El derecho justiniano suprimió formalmente la distinción de esta doble propiedad, unificándola en una sola, la propiedad civil.

La defensa de estas dos clases de propiedad son diferentes, la propiedad quiritaria contaba con medios de defensa exclusivo 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 concedió su protección, estos recursos tuvieron distintos alcances, es así que los que tenían una falta de forma, la protección pretoria era tan fuerte, que el propietario civil quedaba impotente ante ella.

## La acción reivindicatoria

La protección del derecho de propiedad se daba por esta acción, que era la acción concedida al propietario civil que no poseía la cosa, 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 de propiedad dada por el procedimiento antiguo de las acciones de la ley. En las partes habían de disputarse, como de su pertenencia la propiedad de la cosa en forma de afirmación y de réplicas solemnes (*vindicare*).

El ejercicio de la *reivindicatio* no se fundaba en la existencia de un derecho del propietario contra la persona del poseedor, sino exclusivamente en su dominio jurídico sobre la cosa.

Por ello, solo podía ser demandado con éxito el poseedor si se discutía la propiedad del demandante y solo mientras estuviera en posesión de la cosa.

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.

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.

## Objeto de la acción reivindicatoria

La reivindicación es una acción real que tiende a hacer reconocer el derecho de propiedad sobre una cosa y como consecuencia la condena real a ser restituida con sus accesorios.

Se puede reivindicar todas las cosas que son objeto del derecho de propiedad, muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles, no solamente las cosas particulares sino también las universalidades de objetos corporales, por ejemplo, un rebaño o una biblioteca, en este caso para poder reivindicar un rebaño en forma colectiva es necesario ser propietario de más de la mitad del mismo.

No se puede reivindicar colectivamente una universalidad de derechos, es necesario reivindicar individualmente cada cosa que hace parte de esa universalidad de derechos.

Sin embargo para no hacer que un heredero realice una gran cantidad de acciones particulares relativas a los bienes de la sucesión se le permitía reivindicar de un modo colectivo por medio de la acción de petición de herencia *—hereditatis petitio—*.

## Legitimación activa y pasiva

Para ejercer la acción reivindicatoria debía de cumplirse con el siguiente procedimiento:

solo podía demandar el propietario no poseedor de la cosa, no el que la poseyera, y únicamente era posible demandar al poseedor que discutiera al propietario su derecho sobre ella. Este punto requiere ser explicado más detenidamente:



en el proceso de los primeros tiempos, acciones de la ley, el demandado para entrar en litigio con el demandante había de oponer a la afirmación de propiedad una afirmación igual, este proceso sobre la propiedad era pues un litigio entre pretendientes de la propiedad.

Este estado jurídico se modificó desde que se puso en práctica el procedimiento más moderno llamado formulario (fórmula petitoria), entonces bastaba que el demandado discutiera el derecho del actor sin pretenderlo para sí. A partir de aquí, no solo estaba legitimado pasivamente el poseedor en nombre propio, en nombre ajeno la cuestión en la opinión antigua no estaba resuelta ya que solo podía ser parte en el proceso el poseedor que gozara de la protección interdicial, quedando excluido el detentador (arrendatario, depositario, etcétera, en la época clásica se le reconoció la legitimación pasiva, siempre que estuviera en situación de restituir la cosa.

Finalmente una ley de Constantino les permitió eludir el proceso nombrando el tercero de quien hubiera recibido la posesión (arrendador, deponente, etcétera) el cual entonces había de continuar en el proceso.

En la reivindicativo rigió en el derecho clásico el principio de *“que nadie estaba obligado a la defensa de la cosa reclamada por el actor (libertad de intervención en el proceso), pero el demandado que usando de tal libertad se negaba a defenderse no podía continuar poseyendo la cosa en perjuicio del actor”*.

En el derecho justiniano continuó rigiendo el principio de libertad de defensa del demandado, pues los pasajes acerca del mismo fueron acogidos en el corpus, pero varió su significación totalmente.

Si el demandado, que no persistía en afirmar su posesión, se negaba a intervenir en el proceso vindicatorio y no obedecía la orden judicial de restitución era reducido por el apremio judicial y se le confiscaba la cosa, entregándosela al propietario.

Si negaba poseer el demandante podía probar lo contrario, resultando que si demostraba la posesión se procedía a la ejecución forzosa de la misma forma, sin necesidad de prueba de su derecho de propiedad.

Si el demandado optaba por defenderse, podía discutir la propiedad del actor, que llevaba a que este probara su cualidad de propietario, por su título originario o derivativo.



La limitación de la legitimación pasiva del poseedor, característica del derecho clásico, no se lleva a la práctica en el derecho justiniano, igual que la transformación del significado de la libertad de defensa, se dio una debilitación del principio clásico, y se pasa a admitir la capacidad procesal pasiva del poseedor con *possessio ficta* (*posesión simulada*) o del poseedor no actual que se hubiera desprendido dolosamente de su posesión (por enajenación, destrucción de la cosa, etcétera), y del que sin poseer simulaba la posesión asumiendo el proceso con el propietario.

### **Fines y efectos de la acción reivindicatoria**

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, debe el demandado entregar la cosa no deteriorada por su dolo o por su culpa desde la litis.

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 robo o por violencia, el poseedor era responsable, ya que se encontraba en mora para restituir la cosa.

Si la cosa pereció 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.

Por el dolo del demandado, es siempre responsable y el demandante puede determinar bajo juramento las pérdidas e intereses. Pudiendo el demandado exigir después del pago de la estimación fijada, la cesión de los derechos y acciones relativas a la cosa reivindicada, es decir que el puede reivindicar si la cosa existe y conoce el poseedor.



- 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 resolverlo 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 los 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, solo los que al momento de la litis existan.

En el derecho justiniano la condena dada por el juez a la restitución de la cosa, más todos sus frutos y aumentos era una sentencia firme que podía ser ejecutada forzosamente mediante la aprehensión de la cosa.

## **Actio negatoria**

La *reivindicatio* versaba sobre la propiedad misma de la cosa, la *acción negatoria* tenía por objeto la declaración de la inexistencia de gravámenes sobre la cosa, siendo dirigida contra la persona que se arrogaba una servidumbre o un derecho de usufructo sobre la cosa perteneciente al propietario, perjudicándolo en el disfrute.

Al propietario le bastaba demostrar la existencia de su propiedad, estando a cargo del demandado la carga de probar su pretendido derecho.

El objeto de esta acción era la reposición de las cosas al estado jurídico anterior a la perturbación, y se manifestaba de distintas formas: destrucción de las instalaciones que dificultaban el ejercicio del derecho del propietario, resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Si el demandado se resistía a la restitución era condenado como en la *reivindicatio*, es decir al pago del valor de la cosa según estimaciones del demandante.



#### Generalidades

En sentido general, la palabra testamento designa un acto cualquiera de última voluntad, en su propia significación el testamento exige como condición esencial la institución de un heredero directo, es decir, la designación de una persona llamada sin intermediario a representar al difundo en el conjunto de sus derechos y obligaciones. Por eso la definición es “*acto solemne y revocable, en que se constituye un heredero*”.

Es acto solemne por estar sujeto a formas establecidas bajo pena de nulidad.

Es revocable porque el testador puede anularlo o modificarlo hasta la muerte.

Independientemente de la institución de herederos, fundamento del testamento, puede contar con otras disposiciones, como los legados, nombramiento de tutores, emancipaciones, etcétera, pero tales disposiciones pueden hacerse por *codicilo*, y no son esenciales al testamento.



Tenemos que las condiciones requeridas para la validez de un testamento se refieren a:

- capacidad del testador.
- Formas establecidas.
- Institución de un heredero.
- A las reglas relativas a la necesidad de instituir o de desheredar a determinadas personas.

La base del testamento y contenido indispensable del mismo era la institución de heredero o señalamiento de un sucesor universal del testador, toda otra disposición estaba subordinada a la institución de herederos, que no solo perdían su eficacia si el testamento no contenía una institución de herederos válida.

En el derecho antiguo y admitido por el derecho clásico, para que una disposición de última voluntad fuera atendible, era necesario que se expresara con términos taxativos y en forma directa e imperativa.

Este rigor formalista cedió bastante desde comienzo del Imperio y en los tiempos de Gayo, hasta que en la época posclásica, una ley de Constantino abolió totalmente el formalismo antiguo, permitiendo cualquier forma de expresión, con tal que diera a entender la voluntad del testador.

Dado el carácter universal de la sucesión, la institución de herederos debía de ser por la totalidad de la herencia y no de partes de ella, al heredero instituido se le podía nombrar otros en sustitución que adquiriría la herencia si el primero no llegaba a heredar –sustitución vulgar–, en caso de duda el heredero sustituto se consideraba como instituido en primer lugar, igual si el primero no pudiera llegar a ser heredero, por ejemplo por fallecer antes que el testador.

## **Requisitos para el otorgamiento del testamento**

Para otorgar el testamento válido era preciso que las personas que intervenían testador, testigos (para las solemnidades del acto) y los designados en él (herederos, legatarios, tutores) poseyeran ciertas condiciones que los romanos comprendían con el nombre genérico de *testamenti factio*, es decir la capacidad para otorgarlo y para intervenir en el mismo.

En la época posclásica no se observa esta exactitud, y se llega a establecer la *testamenti factio activa*, que es la capacidad que tiene que tener el testador y la *testamenti factio pasiva*, que es la capacidad que tienen que tener las personas designadas en el testamento.

También citaban la *testamenti factio* de las personas que intervenían para cumplir requisitos de forma para el otorgamiento, principalmente los testigos, exigía el disfrute de la ciudadanía, capacidad jurídica, idoneidad y capacidad para percibir y entender el acto que el testador realiza.

## **Nulidades y revocación del testamento**

El testamento era nulo en su origen por las siguientes causas:

- si no se habían observado las solemnidades exigidas.
- Si no cuenta con institución de herederos, o si se ha instituido un individuo que no tiene la *testamenti factio pasiva*, o en ciertos casos, si hubo contravención a las reglas relativas a la necesidad de instituir o a desheredar ciertas personas.

El testamento nulo desde el principio no puede llegar a ser válido en adelante.

Encontramos también que el testamento puede ser válido desde el principio, pero después puede ser anulado, es decir perder su eficacia, esto es por diversas causas que pasamos a explicar:

### **a) Testamentum irritum (inútil)**

Un testamento regular llega a ser inútil cuando el testador experimenta una *capitis deminutio*, que implica la pérdida de la ciudadanía o la condición de *sui iuris*.

Esta regla tenía algunas excepciones, si el testador recobra antes de morir su estado (*status*) que había perdido por la *capitis diminutio*, el pretor sostiene el testamento y da a los herederos en él instituidos la *bonorum possessor secundum tabulas* (la buena posesión según las tablas o documentos).



Sin embargo, cuando se inutiliza el testamento por la *capitis diminutio minima* del testador y este vuelve a quedar sui juris, no se sostiene el testamento a menos que declare en un codicilo u otro acto, que el testamento debe conservar sus efectos.

### **b) Testamentum destitutum**

Cuando el heredero instituido en un testamento no puede o no quiere aceptar esta cualidad, sea porque se incapacite después de la institución, sea porque la condición puesta a la institución deja de cumplirse, el testamento queda destituido (*destitutum*), pero es necesario que no haya coherederos ni sustituto que ocupe su lugar.

La consecuencia de un testamento de esta especie, era por derecho antiguo anularse todo su testamento.

Pero no podrá el heredero ab intestato que fue instituido, rehusar la herencia ex testamento y captarla ab intestato con el fin de anular los legados, a menos que el testador haya dado expresamente esta facultad.

También es preciso decir, conforme a las nuevas disposiciones de Justiniano en materia de legados y fideicomisos, que un testamento no puede quedar destituido porque el heredero nombrado repudie la herencia, en perjuicio de los legatarios y fideicomisarios.

### **c) Testamentum ruptum**

Cuando un testamento se rompe, puede serlo de dos maneras:

**c.1.** por un heredero legítimo, si después de la confección del testamento naciese al testador un heredero legítimo del cual no hizo mención en él, o al menos no hizo mención suficiente (*testamentum ruptum per agnationem posthumi*), por lo demás este heredero legítimo puede sobrevenir de varios modos, por nacimiento legítimo, por legitimación, por adopción, o en fin, porque alguno que hasta allí solo había estado bajo la potestad mediata del testador, pasa a estar directamente en su poder.

En el derecho antiguo, el testamento roto se invalidaba en la totalidad, más por derecho nuevo, no se rompe por la no exclusión formal del póstumo, sino en cuanto a la institución del heredero.

El testamento roto por supervivencia de un hijo póstumo se invalida para siempre según el Derecho Civil y no vuelve a valer aún cuando muera el póstumo antes que el testador o deje de ser heredero legítimo, sin embargo, el pretor en tales casos daba al heredero instituido la *bonorum possessor secundum tabulas*.

**c.2.** Por mudar el testador de voluntad, también se rompe el testamento mudando de voluntad el que lo hizo, lo cual es siempre lícito.

Puede el testador mudar de voluntad:

**c.2.a)** Revocando el testamento sin destruirle o sin hacer otro nuevo. Pero esta simple revocación, solo produce su efecto cuando se hace ante tres testigos o ante la justicia, y es necesario que haya transcurrido el espacio de diez años desde la confección del testamento.

**c.2.b)** Destruyendo su testamento con intención, pero de esta manera no anula más que la parte destruida, tachada o borrada.

**c.2.c)** Otorgando otro nuevo testamento, este anula al primero de pleno derecho y aún cuando el testador no lo mencionase expresamente. Pero es necesario que el segundo testamento sea válido, y si después le anula el testador con intención de que vuelva a valer el primero, será este nulo, según el rigor del Derecho Civil, más el pretor da entonces al heredero instituido la *bonorum possessio secundum tabulas*.

#### **d) Testamentum rescissum**

Por último, un testamento se rescinde, cuando se le ataca por la acción de inoficioso y se le declara nulo en juicio.

### **Efecto general de la nulidad en los testamentos**

Siempre que un testamento es inválido desde su origen, o se invalida después, la herencia se defiere generalmente ab intestato, con tal



que no se mantenga el testamento, por medio de la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Sin embargo, en el testamento inoficioso, puede sucederle parte ex testamento y parte ab intestato, cuando se rescinde en su totalidad.

#### **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 les 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 obligaba crear.

Arangio Ruiz lo 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 prevista de efectos lo más conforme posible con aquellos fines, mediante la creación de nuevas relaciones jurídicas o la modificación o extensión 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 grupos, según los criterios que se adopten, estos pueden ser:

a) negocios relativos al derecho de personas, como el matrimonio, el divorcio, la emancipación, la adopción, etcétera.

b) Negocios relativos al derecho patrimonial, estos 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.

Otra clasificación que podemos realizar es *según el número de declaración de voluntad 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).

También tenemos aquellos *según la causa del negocio jurídico*:

a) negocios causales, son aquellos en los cuales la causa se halla dotada de tal relevancia por el derecho objetivo, que si existiese o si fuese lícita, no se producirían los efectos jurídicos que el negocio típico produce normalmente.

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.

Tenemos aquellos *según la causa del enriquecimiento*:

a) negocio oneroso o conmutativos, 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 de que la otra parte se beneficie con el enriquecimiento que se le proporciona (donación).

Otra clasificación es la que distingue:

a) negocio *intervivos* que son aquellos cuyos efectos se producen normalmente en vida de ambas partes.

b) Negocio *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 atribuye a su tipo, por ejemplo, el testamento.

Según la forma se clasifican en:

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 determinados, 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 la parte, el segundo, idoneidad del objeto y el tercero, legitimación para el negocio.

1) 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 obras supone la existencia de la persona y la capacidad de derecho o capacidad jurídica.

2) 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—*.

3) 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.

## **Estructura del negocio jurídico. Elementos esenciales, naturales y accidentales**

En la estructura del negocio jurídico se distinguen:

- 1) elementos esenciales o requisitos.
- 2) Elementos naturales.
- 3) 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 aun 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.

## Elementos esenciales o requisitos

Los requisitos o elementos esenciales del negocio jurídico 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 estos conozcan su contenido, no es admisible una declaración sin destinatario.*

La declaración o manifestación de la voluntad puede ser:

*a) Expresa o táctica:* la expresa es aquella manifestación que se realiza con medios que por su naturaleza o por acuerdo de las partes, están destinados a exteriorizar la voluntad, por ejemplo: la palabra escrita, signo de la cabeza, etcétera.

La declaración táctica es aquella que se realiza por un comportamiento del que se puede deducir una determinada voluntad negocial, por ejemplo: la remisión al deudor del título de la deuda por parte del acreedor, de tal comportamiento se puede deducir: una remisión de deuda o una presunción de pago (mientras no se pruebe otra cosa).

*b) Real o presunta:* la declaración real es aquella que exterioriza la voluntad directa de una persona.

La declaración presunta es aquella que el derecho objeto atribuye a una persona que ha tenido un determinado comportamiento.

*c) Directa o indirecta:* la manifestación directa es aquella que expresa rectamente 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 jure 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, por ejemplo: la recla-



mación 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. En principio, el contenido debe ser lícito y posible.

- *La causa* del negocio es la función económica 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 accidentales**

Son aquellos elementos introducidos por las partes, admitidos por el ordenamiento jurídico, para modificar las modalidades de su contenido al momento en que se inicien los efectos o para subordinar la eficacia del negocio y 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***

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 presenta tres caracteres:

- es un acontecimiento futuro, un hecho pasado o presente aún 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 este se refleja siempre en un acontecimiento futuro que fatalmente debe producirse, aunque se ignore cuando se producirá con exactitud.

### ***Condiciones suspensivas y resolutorias***

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, por ejemplo: te daré 100 si viene 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, cesan los efectos referidos, por 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 este 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 verifique un acontecimiento objetivamente cierto y futuro, generalmente cuando llegue un día determinado o determinable.

Los caracteres del plazo son:

- 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, etcétera) o en una fecha ignorada pero determinable (ejemplo: la muerte del obligado).

- El contenido debe ser futuro.

- El hecho de que el plazo debe ser posible y lícito.

- Puede ser expreso como también tácito. El tácito sería el que sin haber sido convenido por las partes en forma expresa, resulta de la convención, por ejemplo: la estipulación de dar en Cartago, hallándose las partes en Roma, implica el plazo del viaje a Cartago.

El plazo puede ser de dos clases:

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 designaban a esta clase de plazo como *dies a quo* (plazo a partir del cual). Ejemplo: te dare 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 resuelven 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 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 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 dichos cargos por parte del adquirente.

En los actos de beneficencia el otorgante puede dejar sin efecto la libertad 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, entonces este se considera caducado.

## **Ineficiencia de los negocios jurídicos. Concepto, clases y 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 Pretorio. Esa diferencia se funda en que el Derecho Pretorio admitió numerosos negocios jurídicos que no lo eran para el Derecho Civil reconocía como perfectos a otros que no lo eran para el Derecho Pretorio.

En el derecho civil clásico, la ausencia de alguno de los presupuestos necesarios o elementos esenciales del negocio daba lugar a su nulidad, esa nulidad se operaba ipso iure, por obra del propio derecho objetivo: el negocio nulo no producía ningún efecto. La existencia de varios que



afectasen a los presupuestos necesarios o a los elementos esenciales daba lugar a la anulabilidad del negocio, es decir, que mientras que la persona que tuviese derecho a hacerlo no lo impugnase el negocio subsistía produciendo sus efectos, pero si lo impugnaba, el negocio era declarado nulo, caducando los efectos que hubieran producido.

El Derecho Pretorio u Honorario estableció, por su parte, nuevos medios para producir la ineficacia del negocio jurídico, aun cuando este fuese válido de acuerdo al Derecho Civil.

Esos medios fueron:

- a) no conceder la acción al negocio defectuoso, con lo cual se priva al mismo de la protección procesal.
- b) Conceder una excepción al demandado.
- c) Anular los efectos ya producidos del negocio viciado, mediante un acto de imperio.

### ***Causas de ineficacia***

Las principales causas de ineficacia de los negocios jurídicos en el Derecho Romano, fueron:

1) que el objeto fuese imposible de hecho o de derecho, por ejemplo: compraventa de una cosa inexistente o fuera del comercio. Esta imposibilidad producía la nulidad, según el Derecho Civil.

2) Que el negocio fuese contra ley o en fraude de la ley. La determinación de cuando un negocio jurídico era contra ley, quedaba supeditada a la interpretación.

3) Los negocios inmorales (*turpes*) o contra las buenas costumbres (contra bonos mores) eran nulos.

4) La ausencia de alguno de los presupuestos necesarios del negocio produce la nulidad del negocio de acuerdo al Derecho Civil, por 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.

La inobservancia de las formas en los negocios formales o la falta de voluntad por existir violencia física son causas de ineficacia de los negocios jurídicos.

También cabe incluir con respecto al contenido del acto la falta de voluntad del contenido o error obstativo, o sea una falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad y su declaración.

El término error obstativo comprende el desacuerdo entre voluntad y manifestación, como también el disenso o desacuerdo inconsciente entre las dos partes sobre el sentido en que debe entenderse el contenido del negocio.

En los negocios inter vivos los efectos del error obstativo son limitados por la necesidad de proteger al destinatario de la declaración. Por eso, el error obstativo unilateral no invalida el negocio, salvo que recaiga sobre la identificación de la persona de la otra parte, haciéndola imposible.

Si el error obstativo es bilateral, la regla es la nulidad del negocio si es imposible la identificación de la cosa.

### *Efectos de las variedades de error obstativo, en particular*

El error sobre la identidad de la persona en un negocio en que la identidad sea esencial será nulo, por ejemplo en materia sucesoria.

El error en el nombre de la cosa o persona no invalidará el negocio si es posible concretar la identidad de la misma.

El error en la identidad de la cosa tiene el mismo tratamiento que el error en la identidad de la persona (anula al negocio).

## **Vicios de la voluntad. Error, dolo y violencia**

Se entiende por vicios de la voluntad a aquellas anomalías que afectan a la causa del negocio en su aspecto subjetivo, es decir, son determinadas circunstancias que influyen en la formación de la voluntad negocial y que de no haber existido esas circunstancias la voluntad no se hubiera formado.

Esas circunstancias son: el error, el dolo y el miedo o violencia moral.



## ***Error***

El error es un falso conocimiento de la situación de hecho o de derecho en que se funda el negocio.

El error como vicio de la voluntad se lo denomina error-propio o error-vice, para distinguirlo del error impropio o error-obstativo.

El error propio se diferencia del error-obstativo en que:

- el error optativo es un error en la declaración de voluntad, o sea, una discrepancia entre lo querido y la forma de manifestar aquel propósito; lo cual indica que la voluntad negocial, del contenido o del resultado se ha formado normalmente.

- El error vicio influye en la formación de la voluntad, es decir, que está en la base u origen del proceso volitivo, lo que está indicando que existe una concordancia entre lo querido y lo manifestado o lo declarado.

### ***Clases de error y efecto de los mismos***

El error-vice puede ser error de derecho o error de hecho.

El error de derecho consiste en la ignorancia, en el falso conocimiento o en 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 no incurre en él. Si bien esa fue la regla se admitió excepciones a favor de los menores de 25 años, las mujeres, los soldados y los rústicos, quienes podían invocar la ignorancia o el error de derecho para evitar un daño, pero no para obtener una ventaja.

El error del hecho consiste en la ignorancia o falso conocimiento de un hecho concreto.

Sus efectos varían de acuerdo al momento histórico del Derecho Romano en que se lo estudie.

En el Derecho Romano antiguo, que se caracterizaba por el formalismo riguroso, el error propio no afectaba la validez del negocio porque para ser válido bastaba que se hubiesen cumplido estrictamente las formas prescriptas por el orden jurídico vigente.

El error esencial es aquel que ejerce una influencia decisiva sobre la formación de la voluntad negocial, produciendo la nulidad del negocio.

El error accidental es aquel cuya influencia sobre la voluntad negocial no puede considerarse decisiva, o sea que el negocio se hubiera celebrado aún cuando no se hubiera incurrido en el mismo. Este error no determina la nulidad del negocio.

### ***Error en la persona***

El error de hecho recae, como se ha dicho anteriormente, en la persona de la otra parte del negocio, destinatario o beneficiario de la declaración, se lo puede denominar como *error in personam*.

Este error producirá la nulidad del negocio cuando la identidad, aptitud o cualidades de la persona con quienes se ha celebrado el negocio, o a quien está destinada la declaración es decisiva de la voluntad negocial, y sin la existencia real de aquellas no se hubiese celebrado el negocio, o sea, han sido determinante de la voluntad negocial. Ejemplo: si se contrata la construcción de un palacio con quien se cree que es un famoso arquitecto, y luego resulta un constructor común; en este caso, la habilidad y conocimientos técnicos de una de las partes es un elemento esencial de la prestación, y sin la cual no se hubiese celebrado el negocio.

### ***Error en el objeto de la prestación***

Con respecto al error en el objeto de la prestación –si es una cosa– se suele distinguir:

a) el error *in nomine* o sea en el nombre de la cosa, este error no afectaba al negocio jurídico.

b) El error *in corpore*, es aquel que recae sobre la identidad de la cosa que constituye el objeto del negocio. Este error determina la nulidad del negocio.

c) El 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. Así para los romanos no habría error sobre la sustancia mientras las cualidades de la misma no sufriesen modificaciones de tal grado que permitiesen llamar a la cosa por otro nombre.

d) Error *in qualitate*, es el que recae sobre alguna cualidad o característica de la cosa que no haga a la sustancia de la misma. Este error es irrelevante.

e) Error *in quantitate*, es el que recae sobre la cantidad de la cosa debida.

En cuanto a los efectos de este error debe distinguirse si se refieren a contratos formales o a contratos no formales.

Con respecto a los contratos formales existe discrepancia entre los jurisconsultos. Gayo y Justiniano sostienen que es nula la estipulación cuando el estipulante ha querido hacerse prometer diez mientras que el promitente solo ha consentido en obligarse por cinco.

Por su parte, Paulo y Ulpiano sostienen que habrá 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.

## ***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.

Entonces, se puede distinguir 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, etcétera, como también la ocultación. 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, malicia, halago, jactancias, etcétera, 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 maquinaria empleada para engañar a otra 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.

## ***Efecto del dolo malo***

El dolo malo puede provenir de una de las partes o de un tercero. Cuando procedía de un tercero, el negocio era válido, pero el perjudicado podía ejercer la acción de dolo contra el tercero, mediante la cual se perseguía una indemnización de los daños e intereses. Cuando el dolo procedía de una de las partes, o esta era cómplice del autor del dolo, el negocio se anulaba.

Los efectos del dolo variaron según las épocas.

En el derecho primitivo, el dolo procedente de una de las partes no determinaba la nulidad del negocio, salvo que las partes incluyesen la cláusula *doli*, mediante la cual una de las partes se hacía prometer por la otra que no cometería dolo.

El Derecho Pretorio concedió diversos remedios procesales.

Esos remedios procesales fueron:

La *actio doli*, por medio de la cual la víctima del dolo podía dirigirse contra el autor del dolo para obtener una reparación pecuniaria del daño sufrido.



La *exceptio doli*, mediante la cual la víctima del dolo podía oponerse a la demanda de cumplimiento del negocio que le era 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.

## Violencia moral

La violencia moral consiste en la amenaza de un mal grave 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 era válido, ya se tratase de negocios formales como no formales. Se consideraba que existía la voluntad que aunque coaccionada, era 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 concedían cuando la violencia moral, reunía los siguientes requisitos:

- que fuese real. Es decir, que el mal con que se amenaza fuese inminente y cierto.
- Que fuese grave, es decir que pudiese producir temor a un hombre medio.
- Que el mal fuese ilegítimo, es decir que la víctima no estuviese obligada legalmente a soportar.
- 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 reunía las condiciones expuestas en el párrafo anterior, la víctima podía solicitar del pretor la concesión de alguno de aquellos remedios procesales, según la finalidad perseguida.

La *actio quond metus causa* se concedía cuando la prestación, objeto del negocio, se había cumplido, y perseguía la reparación económica. Durante el derecho clásico la acción debía ejecutarse contra el autor de la intimidación, pues era una acción de carácter penal. La reparación económica que se obtenía mediante su ejercicio era del cuádruplo del valor del objeto entregado, siempre que se ejerciese dentro del año en que se coaccionó, si se le ejercía con posterioridad, solo se obtenía el valor exacto de la cosa.

El Derecho Pretorio introdujo algunas modificaciones a esas características. Así, le dio el carácter de arbitraria, al permitir al autor de la coacción eximirse de pena, restituyendo lo recibido, además se pudo perseguir a los herederos del autor hasta el monto del enriquecimiento, mediante la *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 aquellas elijan.

En el Derecho Romano el negocio jurídico formal evolucionó del formal al no formal.

a) Los negocios formales eran: la *mancipatio*, la *in jure cessio*, *stipulatio*, el testamento y el *nexum*.

b) Los negocios no formales eran: el depósito, el comodato, el mandato, la locación, etcétera.





#### Concepto y evolución histórica

Dentro de los derechos reales, además de aquellos que se ejercitan sobre la cosa propia, es decir, el derecho de propiedad, existía 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*, creó 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 fundiaria. También fue de construcción pretoria otro importante *iura in re*, la hipoteca, que se configura como un derecho real accesorio, porque supone necesariamente una obligación preexistente la cual garantiza.



El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre, es decir, el de procurar al propietario todas 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* y 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 servidumbre que proviene de *servis* y que tiene su equivalente latina 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 esta queda obligado a permitir la realización de ciertos actos o impedido de llevar a cabo otras, a favor de una persona determinada o en beneficio de un fundo.

La legislación romana en materia de servidumbre 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 aquellas), las reglas contenidas en las fuentes permiten extraer ciertos principios rectores que pueden servir de base para llegar a una generalización sobre esta clase de *iura re alinea*, a la par que 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 cor-

poral, 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, que debe tener carácter permanente. Igualmente el propietario de la cosa gravada debe abstenerse de impedir o perturbar el uso normal de la servidumbre, 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, la situación jurídica que la misma entraña, desde que el objeto de la servidumbre es el de sufrir o dejar alguna cosa, no concibe que este estado de sumisión pueda ser ejercido parcialmente. Por ello, si el fundo dominante o el sirviente llegaran a ser divididos, el derecho o la obligación de servidumbre no corre 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 entre *servitutes praediorum* y *servitutes personarum*.



Junto con las reglas especiales que gobiernan estas dos clases de servidumbres, hay ciertos principios que le son comunes en razón de su misma naturaleza:

1) la servidumbre tiene algunas ventajas desprendidas de la propiedad, de lo que resultan dos consecuencias:

a) debe procurar utilidad a una persona o a un fundo, una simple incomodidad en la propiedad de otro sin provecho para alguna persona no puede constituir una servidumbre.

b) Un propietario no puede tener una servidumbre sobre su propia cosa, puesto que todas las ventajas que puede sacar entran en su derecho de propiedad.

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 un no hacer o en una limitación a ser 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) 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 este 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 servidumbre 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 rústicas* son las más antiguas de las servidumbres, y estaban 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*. Confería la primera la facultad de atravesar por el fundo sirviente a pie, a caballo o en línea; la segunda, incluso con carro, y la tercera, que era la más amplia, se caracterizaba por la fijación de una faja cuya anchura, en defecto de convención sobre ellos, señalaba ya a las XII Tablas en ocho pies. Por ella se podía transitar con toda clase de vehículos.

*Servitus aquaeductos*, derecho de hacer pasar una corriente de agua por el fundo sirviente, bien por la acequia al descubierto (*ri-vius*), bien subterránea (*specus*) o bien por cañería (*fistulae*).

*Servitus aquae haustus*, consistente en poder sacar agua del fundo sirviente.

Las *servidumbres urbanas* también fueron numerosísimas y, si bien no tuvieron tanta importancia como las anteriores, su creación se debió a la necesidad de regular todo lo relativo a lo que debían soportar los propietarios de edificios vecinos. Algunas de las *servidumbres urbanas* que enumeran las fuentes son:

*servitus tigni immittendi*, que daba 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 altitus 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 officiat*, consistente en la prohibición de privar de luces al edificio dominante.

*Servitus ne prospetui officiat*, que supone igual prohibición respecto a construcciones que pueden privar al predio dominante de la vista 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 diminutio provocaba la extinción de este *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 el derecho de percibir los frutos (*fructus*) estamos en presencia de la más típica servidumbre personal, el usufructo (*usufructus*). A estas servidumbres personales 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 conse-



cuencia 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 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 alimentaria que motivó su nacimiento.

El titular del derecho de usufructo puede ser no solo la 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 traía aparejado la duración perpetua de los mismos, el Derecho Justiniano 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 aun 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 este 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 producía 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 tenía como consecuencia anular la cesión, la que no producía efecto alguno, no obstante al usufructuario le está permitido ceder el ejercicio del usufructo a un tercero.

El ejercicio de 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 parte, porque el objeto afectado a este derecho es generalmente susceptible de división.

La servidumbre de usufructo creaba derechos a favor del beneficiario de la misma, que se resumían en el goce del *ius atendi* y del *ius fruendi*, y una serie de obligaciones a su cargo, que debía cumplir bajo pena de responder por los daños y perjuicios que su incumplimiento causare al nudo propietario.

El usufructuario podía usar de la cosa de la manera más extensa, siempre que la misma se haga conforme con su destino, pudiendo aprovecharse de sus frutos sean naturales, industriales o civiles, a condición de 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 entrando 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 deja frutos no recolectados, estos 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 era la de conservar la cosa en buen estado, debiendo emplear para ello la mayor diligencia, no respondiendo del deterioro natural que sufriera 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 recayera sobre un rebaño el usufructuario debía sustituir las cabezas muertas con las crías nuevas, y solo beneficiarse con el excedente.

No obstante el carácter gratuito del usufructo, el usufructuario debía pagar los impuestos y realizar los gastos de conservación de la cosa.

Siendo el usufructo un *iura in re aliena*, no creaba vínculo obligatorio entre el usufructuario y el nudo propietario, sí aquellas relaciones existentes entre personas independientes y que calan dentro de la regulación del derecho común.

Así el nudo propietario solo contaba para proteger su propiedad con la *actio legis aquilae*, cuando el usufructuario deteriora voluntariamente la cosa sometida a la servidumbre, y con la *reivindicatio* cuando el mismo se niega a devolverla.

Dado la naturaleza del usufructo, el mismo no podía recaer sobre cosas que se consuman o que se deterioren por el uso.

## *Usus*

Desde la época clásica aparece la servidumbre personal de uso (*usus*), que originariamente se configuraba 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 otorgó al usuario algunas ventajas que rebasaban los límites del *uti* y que eran propias del *fructus*. Así podía el titular de la servidumbre recoger madera, fruta y legumbre para satis-



facer sus necesidades cotidianas, siempre que no obtuviera ganancia alguna y también podía aprovecharse de una cantidad de leche si se le dejó en uso un ganado cuando en realidad su derecho estaba limitado para usar de él para estercolar. En el Derecho Justiniano es más amplia aun la esfera del uso porque se autoriza al usuario a percibir un alquiler de la casa que tenía en uso siempre que continuara habiéndola 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 nuevo propietario la conservación de la cosa y su restitución al concluirse la servidumbre.

### ***Habitación (habitatio)***

La servidumbre personal de habitación (*habitatio*) atribuía 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 o 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 prohibiera a su titular la cesión de su ejercicio a título gratuito. Admitiendo por el contrario que el *habitor* tenía derecho a arrendar toda o parte de la casa, característica que la diferenciaba del uso, porque no estaba 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 *habitor* 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 diferenciaba del usufructo por ser indivisible, y además, porque no se extinguía con la *capitis deminutio media* ni por falta de uso. También en las *operae* jugaba el principio de la obligación de prestar la *cautio*.

## **Constitución de las servidumbres**

Las servidumbres en Roma podían constituirse de dos formas, directamente cuando el propietario de un fundo la establecía a favor del fundo vecino e indirectamente en el caso que enajenaba parte de un fundo y se reservaba 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 podía ser constituida por la *in iure cessio*, por *adjudicatio* y por *legatum per vindicationem*. En lo que respecta a la mancipado fue utilizada para establecer una servidumbre rural en un fundo itálico, 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 consideró 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 *usucapio* de la servidumbre.

Las formas de constituir servidumbres consagradas por el *ius civile*, no eran aplicables entre extranjeros, ni respecto a los fundos provinciales. El *ius honorarium* recurrió a medios indirectos, admi-

tiendo que las partes intervinientes podían obligarse mediante una simple convención, acompañadas de una pena fijada por estipulación a respetar el ejercicio de una servidumbre o del usufructo.

El Derecho Honorario también reconoció relevancia jurídica al transcurso del tiempo como medio de constitución de las servidumbres al admitir que, si una servidumbre era ejercida en un fundo provincial un largo tiempo sin oposición del propietario (siempre que no existieran vicios, aun cuando el poseedor no pudiera invocar justo título) se consideraba legítimamente adquirida por largo uso. Su ejercicio era protegido por el pretor, mediante interdictos posesorios, y también otorgando al propietario del fundo dominante excepciones y acciones que podían ser la *confesoria utilis* y la *actio 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 reconoció la prescripción como modo regular de constituir las servidumbres rústicas y el usufructo, exigiéndose para que produjera sus efectos una cuasi 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 fuesen 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, hacía extinguir a aquella en virtud del principio de que nadie podía 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 fuera capaz de enajenar.

El no uso fue otra de las causas que provocaba la extinción, tratándose de servidumbres prediales el concepto de no uso era diferente, según fuera una servidumbre rural o una urbana. En las primeras el no uso se manifiesta en el mero hecho del 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.

Existieron otras causas de extinción propias del usufructo. Podía concluirse al vencimiento del término que se hubiera fijado para su duración, también por la muerte del usufructuario. Cuando el mismo se hubiera constituido a favor de una persona moral, cuya existencia jurídica se proyecta indefinidamente, el usufructo no podía 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 la servidumbre

En la legislación romana las servidumbres fueron 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 fue la *vindicatio servitutis*, llamada también acción confesoria en el Derecho Justiniano. Esta tenía por objeto repeler cualquier hecho que implicara un ataque o constituyera una lesión que impidiera el ejercicio del derecho de servidumbre. La acción se daba contra el propietario o poseedor del fundo sirviente y contra cualquier tercero que perturbara aquel derecho.

La acción confesoria modelada a imagen de la *reivindicatio* estaba dirigida a que el juez hiciera reconocer por el demandado el derecho que reclamaba el actor, siendo el procedimiento aplicable el mismo que el de la acción de reivindicación.

El demandante debía probar la existencia de la servidumbre y, si esta fuera predial, demostrar la propiedad del fundo dominante, así como también la lesión que había afectado su derecho. Si el demandado se allanaba a la pretensión del actor, era absuelto, pero si se oponía pretendiendo algún derecho y era condenado, al reconocer el juez el derecho del actor ordenaba la inmediata cesación de la perturbación, restituyendo al accionante la integridad de su derecho. Al mismo tiempo el juez exigía que se prestara caución que no incidiría en la turbación (*cautio de non amplius turbando*), todo ello sin perjuicio de la reparación de los daños que hubiese causado, y la restitución de los frutos percibidos por el perturbador.

Las servidumbres, además de haber sido defendidas por la *actio confessoriae*, también fueron protegidas por interdictos posesorios, desde que el ejercicio de una servidumbre fue considerada como una *possessio iuris*.

Las servidumbres personales fueron protegidas por los mismos interdictos que se daban en defensa de la posesión de las cosas.

Para las servidumbres prediales el derecho nuevo creó interdictos especiales destinados a asegurar el libre ejercicio de las mismas, interdictos que se otorgaron a los titulares de dichos gravámenes contra el propietario del fundo sirviente.

Tales fueron el *interdictum de itinere actuque reficiendo*, el *interdictum de cloacis*, el *interdictum de fonte reficendo*, el *interdictum de aqua quotidiana et festiva* y el *interdictum de rivis reficendis*.





## Bibliografía

- Ortolan, M. (1964). *Instituciones de Justiniano*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Gaius (1967). *Institutas*. Librería Jurídica. [traducido por Alfredo Di Pietro]
- Iglesias, J. (1983). *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Ariel.
- Volterra, E. (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Civitas S.A.
- Arangio Ruiz, V. (1994). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: REUS.
- Petit, E. (1943). *Tratado de Derecho Romano*. Buenos Aires: Araujo.
- Diakov, V. (1966). *Roma. Historia de la antigüedad*. México: Grijalbo.
- Jors, P. y Wolfgang, K. (1937). *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Labor.
- Mommsen, T. (1987). *Historia de Roma*. Madrid: Aguilar.
- Mojer, M. (1994). *La Ley de las Doce Tablas*. La Plata: U.N.L.P. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas.



ESTA PUBLICACIÓN SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EN EL MES DE DICIEMBRE DE 2011,  
EN LA CIUDAD DE LA PLATA,  
BUENOS AIRES,  
ARGENTINA.



La presente obra aspira a contribuir a los estudios del Derecho Privado Romano, y considera como sus principales destinatarios a los alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que se enfrentan en su primer año al apasionante universo de las Ciencias Jurídicas.

Promueve el estudio y el análisis de las instituciones romanas, que han mantenido su vigencia a través de los siglos, y continúan hoy aportando soluciones para los conflictos que se presentan no solo en nuestro país, sino en el mundo entero.

Desarrolla aspectos generales y conceptos amplios con la intención de estimular el estudio introductorio de la materia, sin la pretensión de avanzar en las discusiones profundas que sobre cada uno de ellos mantuvieron los juristas romanos.

