

Libros de Cátedra

Lecciones prácticas de derecho romano

Hilda Renée Fingermann y Alfredo Luis Brunetti

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales


edulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

LECCIONES PRÁCTICAS DE DERECHO ROMANO

Hilda Renée Fingermann

Alfredo Luis Brunetti

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP



A nuestras familias, a los profesores y alumnos de la cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, y especialmente a nuestro querido Juan Carlos Martín, fuente de nuestra inspiración, y guía de valores compartidos.

Índice

Introducción	5
Capítulo 1	6
La historia de Roma y su aporte a nuestro derecho	
<i>Hilda Fingermann</i>	
Capítulo 2	39
La persona y la familia en Roma	
<i>Alfredo Luis Brunetti</i>	
Capítulo 3	63
Tutela y curatela	
<i>Alfredo Luis Brunetti</i>	
Capítulo 4	72
Derechos reales y personales	
<i>Alfredo Luis Brunetti</i>	
Capítulo 5	97
Derecho sucesorio	
<i>Hilda Fingermann</i>	
Capítulo 6	111
Derecho procesal	
<i>Hilda Fingermann</i>	
Bibliografía	119
Autores	120

Introducción

“Nadie puede decirle a otra persona cómo debe pensar, pero sí darle la oportunidad para el desarrollo consciente y serio del pensamiento reflexivo” (Dewey, 1930). Esa es la pretensión de esta obra que está dedicada con todo amor a ustedes, nuestros estudiantes, para que una vez que hayan adquirido los conocimientos teóricos (lo que es insoslayable) puedan afianzarlos de modo práctico, para evitar el aprendizaje por repetición y lograr uno significativo, gratificante y duradero, que les sirva no solo como base de las asignaturas de derecho privado que deberán cursar y/o rendir más tarde en su carrera, sino para lograr el entrenamiento que les servirá para cualquier meta que se propongan en sus vidas: aprender a pensar.

La idea de esta propuesta, complementaria de la bibliografía sugerida para la parte teórica (*Lecciones de Derecho Privado Romano. Segunda edición ampliada*, publicada en SEDICI, y *Lecciones de Derecho Privado Romano. Tercera edición ampliada*, publicada en formato papel por editorial Lex; ambas de autoría de los profesores, Juan Carlos Martín, Hilda Renée Fingermann y Alfredo Brunetti) es que reflexionen sobre los contenidos, los relacionen, comparen y saquen conclusiones, elaborando soluciones a problemas que se les planteen, ya que como dijo Couture, en *Los mandamientos del abogado*: “El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”.

Se les ofrecerán cuadros comparativos, guía de preguntas con sus correspondientes respuestas, casos prácticos, algunos tomados de las fuentes (en especial del Digesto de Justiniano) para que se familiaricen con ellas; y otros ficticios, pero no deben retener su contenido repitiendo lo que allí se consigna, sino que son modelos, para que ustedes los analicen de modo crítico, pudiendo repensar otras maneras de respuestas correctas, parafraseando lo que les damos ya hecho. Recuerden que ustedes, son los artífices de su conocimiento, y las respuestas son solamente para que comparen las suyas con las dadas, para autoevaluarse.

CAPÍTULO 1

La historia de Roma y su aporte a nuestro derecho

Hilda Fingermann

Comenzar a estudiar la historia de la ciudad de Roma es caminar su destino de gloria. Juntos realizaremos su recorrido de inicio, luchas, formas de gobierno y el nacimiento de un derecho que todavía se mantiene vigente. Lo haremos de manera práctica, sustentándonos en los textos teóricos referidos. En este capítulo abordaremos de acuerdo al programa de la cátedra III de Derecho Romano: la Unidad 1: La Monarquía, la Unidad 2: La República, la Unidad 3: El Imperio; la Unidad 4: la codificación y la Unidad 5: La vida ulterior del Derecho Romano.

Unidad 1. La Monarquía

Tabla 1.1

Los reyes romanos y su obra

Reyes de la Roma monárquica	Legado
Rómulo	Fundó la ciudad de Roma el 21 de abril del año 753 a. C. siendo por designio de los dioses, el primer rey, de origen latino. Estableció el senado, integrado por 100 hombres, fundadores de Roma; y los comicios curiados, integrados por las tres tribus originarias (latinos, sabinos y etruscos) dividida cada una de ellas en 10 curias. Durante su reinado, se incorporaron a Roma, los sabinos.
Numa Pompilio	Rey sabino, que organizó los colegios sacerdotales.
Tulio Hostilio	Rey latino, que destruyó Alba Longa.
Anco Marcio	Rey sabino, que construyó el puerto de Ostia y aumentó la población de Roma al vencer a pueblos vecinos, a quienes incorporó como plebeyos.
Tarquino el Antiguo	Rey etrusco que realizó grandes obras de ingeniería, como la cloaca máxima.

Servio Tulio	Rey etrusco por adopción, ya que había sido hijo de una esclava del palacio de Tarquino el Antiguo. Realizó grandes reformas, como la creación del censo, distribuyendo a la población de acuerdo a su riqueza, en centurias; lo que determinó el nacimiento de los comicios centuriados, y de acuerdo al lugar de residencia, dando origen a los comicios tribados. A partir de sus reformas, los plebeyos, obtuvieron el derecho de participar en las asambleas populares o comicios (salvo en los curiados, que siguieron siendo patricios).
Tarquino el Soberbio	Rey etrusco, quien se ganó el odio popular por sus abusos, y gobernar, al igual que sus dos antecesores, sin consultar al senado ni a los comicios. Su reinado terminó aparentemente con una revuelta popular, que determinó el inicio de la República en el 509 a. C.

El primer período fue la Monarquía, que duró 244 años, para dar paso a la República, que abarcó 536 años, y culminó en el Imperio, última etapa de la historia de Roma, que debió resignar en su ocaso, a sus conquistas territoriales, pero nos dejó el legado de su genio jurídico: el *Corpus Iuris Civilis*.

En las páginas siguientes, observarán un cuadro comparativo de las distintas etapas por las que Roma transcurrió su existencia, en cuanto a los aspectos más relevantes, pero se sugiere leer previamente la parte teórica (en sus capítulos titulados: Monarquía, República e Imperio) para luego poder visualizar la continuidad y los cambios ocurridos. Pueden intentar volcar esos contenidos en otras técnicas de estudio, por ejemplo, en cuadros sinópticos o mapas conceptuales, de elaboración personal, para no realizar un aprendizaje por repetición, sino significativo.

Recuerden, y no es en vano reiterarlo, que este libro es complementario de la parte teórica, a la que no suprime, sino, al contrario, la teoría se constituye en su soporte, y tiene la pretensión de que sean ustedes capaces de elaborar sus propios gráficos y esquemas, para lo cual se sugiere que intenten otros tipos de comparaciones. Lo que les presentamos es solo un modelo, pero ustedes pueden y deben, convertirse en estudiantes autónomos.

Unidades 1, 2 y 3. Monarquía, República e Imperio

Tabla 1.2

Datos distintivos de los diferentes períodos históricos de la historia de Roma desde su fundación hasta la muerte del emperador Justiniano en el año 565

	Monarquía	República	Alto Imperio	Bajo Imperio
Época	753 a.C-509 a. C (244 años).	509 a.C-27 a. C (536 años).	27 a.C-284 (311 años).	284-565 (281 años).
Características	-Vitalicia. -Monocrática (el rey era uno solo) -Irresponsable. -La figura del rey era sagrada. -Probablemente no hereditaria. Participaban en la elección, el senado a través del <i>interrex</i> y los comicios curiados.	-Anualidad de las magistraturas (salvo la censura). -Magistraturas colegiadas. (salvo la pretura). -Responsable. -Los magistrados no eran sagrados. -Electivas (los magistrados eran elegidos por los comicios).	-El emperador no tenía limitación en la duración de su mandato. -En apariencia era una diarquía, gobierno compartido entre emperador y senado, aunque en la práctica el emperador tenía todo el poder. -Irresponsable -Al emperador se lo investía de la <i>sacrosanctitas</i>, que le otorgaba a su persona una inviolabilidad civil y religiosa. -Hereditaria, mediante el sistema de cooptación. El emperador durante su mandato adoptaba a su sucesor. Esto se desvirtuó al final del período.	-En las tetrarquías los augustos duraban 20 años. Desaparecido este sistema, con el emperador Constantino, el cargo de emperador se tornó vitalicio. -Monocrática. El poder concentrado en el emperador. -Irresponsable -La figura del emperador era sagrada. -Con las tetrarquías, a los augustos les sucedían los césares; luego de Constantino, los cargos se heredaban.

	-No había división territorial. Aunque existían colonias, todo dependía de Roma como poder central.	-Si bien Roma se expandió con las conquistas, y se crearon provincias, Roma era la capital de todo el territorio.	-Roma siguió siendo la capital del imperio.	-Con Diocleciano hubo tetrarquía. Constantino unificó el imperio y Constantinopla fue la “nueva Roma”. División definitiva del imperio, a la muerte de Teodosio, en Oriente y Occidente.
Organización política	Rey, senado, comicios (hasta el siglo VI a. C solo curiados; luego, también, centuriados y tribados) y colegios sacerdotales.	Magistraturas ordinarias, extraordinarias y plebeyas, senado y comicios curiados, centuriados, tribados y <i>concilia plebis</i> .	Emperador, antiguas magistraturas (con poder absorbido por el emperador) comicios (casi sin funciones) senado (con función legislativa) y funcionarios imperiales.	El emperador concentraba todo el poder. Alta burocratización con funcionarios pagos.
Organización social	División social rígida, entre patricios, plebeyos y clientes. Con Servio Tulio, en el siglo VI a. C los plebeyos lograron participación comicial convirtiéndose en ciudadanos y sirviendo al ejército. Por otro lado, los esclavos, no integraban clase social alguna ya que estaban reducidos a la	Se dispó paulatinamente, hasta terminar, la división entre patricios y plebeyos, al poder éstos ingresar en las magistraturas, senado y colegios sacerdotales para el año 300 a. C. Nació una nueva división social entre <i>optimates</i> y populares que desencadenó una guerra civil y el fin de la República. La	Desde el año 212 la ciudadanía se hizo extensiva a todos los habitantes libres del impero. Surgieron diferencias basadas en la situación económica, dividiéndose la clase adinerada entre los que integraban la <i>novilitas</i> (aristocracia senatorial) y los caballeros con capital superior a 400.000	-División entre <i>honestiores</i> , miembros de la familia imperial, propietarios de grandes extensiones de tierra y ex funcionarios, y <i>humiliores</i> , que comprendían a los artesanos agrupados en corporaciones y colonos para los que se creó el sistema de colonato.

	calidad de cosas.	esclavitud creció con las conquistas.	sestercios, y la masa popular empobrecida.	
Economía	Predominantemente rural. El comercio se limitaba al intercambio con los pueblos vecinos.	La expansión territorial produjo un intenso comercio al dominar Roma el mar Mediterráneo especialmente luego de derrotar a Cartago, pero las luchas lejos de Roma, destruyeron a los pequeños campesinos, que debieron vender sus tierras a los ricos terratenientes.	Luego de Augusto que pudo lograr la <i>pax romana</i> , y el florecimiento urbano, las conquistas produjeron riquezas pero que se volcó al consumo y no a la producción, siendo las ciudades de occidente, dependientes totalmente en su economía, del ámbito rural.	-Grandes latifundios. -Mucha pobreza causada por la alta inflación y cargas impositivas.
Fuentes del derecho	- <i>Mores Maiorum</i> . - Pretendidas leyes regias.	-Ley de las XII Tablas. -Leyes dadas y rogadas. -Plebiscitos. -Edicto del pretor.	-Edicto perpetuo de Salvio Juliano. - <i>Ius publice respondendi (iura)</i> . -Senadoconsultos. -Constituciones imperiales (<i>leges</i>) en forma de <i>edicta</i> , <i>decreta</i> , <i>mandata</i> y <i>rescripta</i> .	- <i>Iura (ius publice respondendi)</i> hasta el año 426 en que se sancionó la Ley de Citas, reemplazada por el Digesto en el año 533). - <i>Leges</i> (constituciones Imperiales). - <i>Corpus Iuris Civilis</i> .
Religión	Politeísta	Politeísta	Politeísta	Politeísta hasta el año 380 cuando se adoptó el cristianismo.

Tabla 1.3*Nociones fundamentales*

Ius: En D.1.1.1. pr. se cita la definición de Celso como “el arte de lo bueno y lo equitativo”. Era el derecho humano, contingente y perfectible. Las normas dictadas por los hombres para regular la convivencia social. Al principio identificado con el <i>fas</i> , luego se independizó pero el <i>fas</i> siguió dándole sustento.	Fas: Derecho divino, inmutable y eterno, identificado con la noción de justicia ya que los dioses no podían equivocarse en dar a cada uno lo que se merecía y por ende, el <i>ius</i> no podía ser contradictorio con el <i>fas</i> , sin ser injusto.
Justicia: En D.1.1.10 pr. Ulpiano la definió como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”. Al principio era sinónimo de equidad, pero luego, ésta fue considerada como la justicia en los casos específicos, de acuerdo al caso concreto a juzgar.	Jurisprudencia: En D.1.1.10.2 Ulpiano la definió como “el conocimiento de las cosas divinas y la ciencia de lo justo y lo injusto”. Aludía a la ciencia del derecho y no a lo que hoy entendemos por jurisprudencia (reiteración de fallos judiciales sobre cuestiones similares).
Derecho natural: En D.1.1.1.3 Ulpiano nos dice que es “el que la naturaleza enseñó a todos los animales”.	Derecho de gentes: En D.1.1.1.4 se lo definió como “el común a todos los pueblos”, surgido especialmente a partir de la obra del pretor peregrino, desde el 242 a. C.
Derecho Civil: En D.1.1.19 se lee que era “el que cada pueblo constituye para sí” o sea, que era el creado por y para los ciudadanos romanos. En D.1.1.7 pr. Papiniano lo definió como “el que dimana de leyes, acuerdos de la plebe, o del senado, decretos de los príncipes y autoridad de los sabios”.	Derecho honorario: era el que surgía del honor de los pretores, por eso se lo llamó también pretoriano, aunque en realidad, también los ediles curules podían dictar edictos. Este derecho se caracterizó por humanizar al derecho civil y permitir su evolución, especialmente a partir de la creación de la pretura urbana en el año 367 a. C, y más aún desde la pretura peregrina en el 242 a. C. Los edictos anuales permitieron ese desarrollo.
Derecho público: En D.1.1.1.2 Ulpiano lo definió como “el que se refiere al estado de la cosa pública romana”. Por ende, era el que trataba de la organización y estructura del Estado y de sus relaciones con los particulares, en un plano de superioridad, por ejemplo, cuando establecía un impuesto.	Derecho privado: En D.1.1.1.2 Ulpiano nos dice que es “el que concierne al interés de los particulares”. Comprendía las relaciones de los particulares entre sí y de ellos con el Estado, pero cuando éste actuaba en un plano de igualdad.

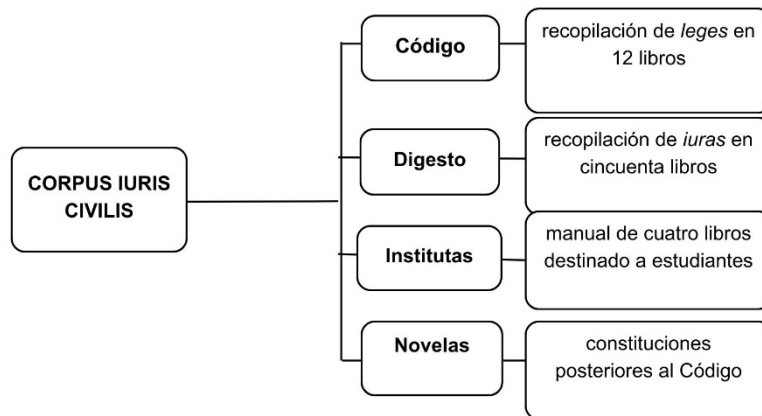
Unidad 4. La codificación

El *Corpus Iuris Civilis* (obra del emperador Justiniano entre los años 528 y 534)

El *Corpus Iuris Civilis* obra de codificación por excelencia que impactó en los códigos civiles de occidente, incluyendo el nuestro, tuvo como antecedentes, la codificación que comenzaron a fines del siglo III, los códigos Gregoriano y Hermogeniano, que buscaron poner orden a las constituciones imperiales o *leges*, por iniciativa privada, y en el siglo V en el Código Teodosiano, ordenado por el emperador Teodosio II que reunió *leges* pero también incorporó la Ley de Citas.

Figura 1.1

Las partes del *Corpus Iuris Civilis* se muestran en la siguiente figura



Unidad 5. La vida ulterior del Derecho Romano

Tabla 1.4

Destino del Corpus Iuris Civilis tras la muerte de Justiniano en el año 565

En el Imperio Romano de Occidente	En el Imperio Romano de oriente
Al ser dictado el <i>Corpus Iuris Civilis</i> el Imperio Occidental ya no existía. Estaba dividido en reinos bárbaros, que a inicios del siglo VI habían dictado las leyes romano bárbaras, en general siguiendo el sistema de la personalidad de la ley, para aplicarlas (salvo el edicto de Teodorico que era para romanos y germanos) solo a los romanos y se basaban en leyes romanas (Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, Sentencias de Paulo, etcétera).	El <i>Corpus Iuris Civilis</i> se dictó en Oriente, todavía subsistente, pero surgió la necesidad de hacerle modificaciones, a pesar de que Justiniano las había prohibido, para adecuarlo al idioma de la población que hablaba griego y para hacerlo más ágil y sintético. A tal fin se dictaron: a. La <i>Paráfrasis de Teófilo</i> del siglo VI (traducción al griego de las Institutas, que triplicó su extensión, respetando la división en cuatro libros).

Justiniano comunicó el dictado del <i>Corpus</i> al Papa de Roma, y comenzó a ser usado como subsidiario del Derecho Canónico y en los ámbitos de élite. Un manuscrito del Digesto que se había perdido, fue hallado en el Siglo XII en Amalfi, y llevado a la Escuela de Bolonia, por Irnerio, que con su estudio exegético trató de comprenderlo a través de glosas, dando lugar a la Escuela de los Glosadores. En el siglo XIV, la Escuela de los Postglosadores siguió tratando de estudiar el Digesto de modo práctico, pero usando el método inductivo deductivo o aristotélico, para conciliar la razón expuesta en el <i>Corpus Iuris Civilis</i> y en las leyes locales; con la fe, expresada en el Derecho Canónico, haciendo comentarios y sacando conclusiones. En el siglo XV, la Escuela Humanista, apegada a la interpretación racional, lo estudió como un derecho histórico. La Escuela del Derecho Natural en el siglo XVII, intentó crear un derecho universal, que fuera el basamento de los códigos a dictarse en occidente. Este derecho ideal lo encontró en el <i>ius gentium</i> romano. En base a esta idea, se dictaron a partir del Código de Napoleón de 1804, los códigos civiles de los países occidentales, siendo el argentino de 1871; y el último de los cuales fue el Código Civil alemán de 1900, ya que la Escuela Histórica de Savigny del siglo XIX, sostenía que el derecho evolucionaba y que solo debía codificarse cuando la sociedad estuviera madura.	b. Las <i>Basílicas</i> (siglo IX): obra en 60 libros, que era una traducción al griego de todo el <i>Corpus Iuris Civilis</i>, que luego fue sintetizada. c. El <i>Hexabiblos</i> (siglo XIV) obra en seis libros, en griego, basada en la síntesis de las <i>Basílicas</i>, que fue la última fuente de derecho en Oriente, hasta que esta parte del Imperio cayó en manos de los turcos Otomanos en el año 1453. En el año 1835 fue fuente legal en Grecia.
---	--

Fredrich Savigny (1779-1861) y Rudolf Von Ihering (1818-1892)

Haremos una breve mención y análisis de estos dos juristas alemanes, donde el segundo, de espíritu práctico, surgió como crítico del primero, eminentemente teórico, contrario a la codificación imprudente y temprana, y representante de la Escuela Histórica del Derecho, surgida en Alemania durante el siglo XIX. La obra más importante de Savigny es *Sistema de Derecho Romano Actual* que escribió entre los años 1840 y 1849.

Savigny y su Escuela Histórica, afirmaron que el origen del derecho había de situarse en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se expresaba como costumbres y tradiciones. Recién cuando ya estuvieran arraigadas esas tradiciones y el pueblo ya tuviera definida su identidad, podía codificarse.

Desaparecido Savigny dominó el pensamiento de la pandectística alemana, representada por Puchta, que buscó retornar a las fuentes romanas como si fuera un derecho vigente. Esto se mantuvo hasta fines del siglo XIX, donde surgió el gran crítico de Savigny, Von Ihering, que se desmarcó en su pensamiento de la doctrina de la Escuela Histórica de Savigny y Puchta, hasta entonces dominante, adoptando un pensamiento práctico y positivista. Frente a la concepción del derecho como el producto de la evolución histórica de un pueblo, Ihering establecerá un elemento individualista activo, por el cual, no es la voluntad del pueblo, sino la voluntad de “los individuos que luchan” la que hace progresar el derecho.

Cronología de los principales acontecimientos de la historia de Roma

Año 753 a. C: Fundación de Roma. Con el primer rey, Rómulo, se dio inicio a la Monarquía, cuyas autoridades políticas eran el rey, el senado patricio, los comicios curiados (compuestos por las tres tribus genéticas) y los colegios sacerdotales. Había una división social entre patricios con todos los derechos, clientes asociados a ellos; y plebeyos, personas libres sin derechos. Existían esclavos en calidad de cosas.

Años 578 a. C-534 a. C: Gobierno del sexto rey, Servio Tulio, que creó el censo, y los comicios centuriados y tribados, con participación plebeya.

Año 509 a. C: Nació la República, siendo reemplazado el rey por dos cónsules, de mandato anual y colegiado.

Año 500 a. C: Creación de la Dictadura como magistratura extraordinaria.

Año 494 a. C: Secesión de la plebe y su regreso a Roma con derechos, creando una magistratura propia: el Tribuno de la Plebe y un comicio propio: los *concilia plebis*.

Años 451/450 a. C: El Decenvirato promulgó la primera ley escrita: La ley de las XII Tablas.

Año 449 a. C: La plebe exigió más derechos en una nueva secesión, con lo que consiguió cuatro años después, la sanción de la ley *Canuleia*, que permitió el casamiento entre patricios y plebeyos, que negaba la ley de las XII Tablas.

Año 447 a. C: Creación de la cuestura.

Año 443 a. C: Se creó la censura como magistratura ordinaria, siendo los censores elegidos cada cinco años y durando 18 meses, con la misión de hacer el censo de los ciudadanos.

Año 396 a. C: Se conquistó Veyes.

Año 390 a. C: Los galos saquearon Roma.

Año 367 a. C: Se creó la Pretura urbana para dirimir conflictos entre ciudadanos y se estableció que uno de los cónsules debía ser plebeyo.

Año 365 a. C: Creación del Edilato.

Año 312 a. C: Se dictó la ley Ovinia que les permitió a los plebeyos ingresar al Senado.

Año 300 a. C: El plebeyo Tiberio Coruncanio fue elegido Pontífice Máximo.

Año 287 a. C: Dictado de la ley Hortensia que estableció que los plebiscitos tendrían efectos para toda la población, patricios y plebeyos.

Año 264 al 241 a. C: Primera guerra púnica contra Cartago.

Año 242 a. C: Se creó el cargo de Pretor peregrino para resolver los conflictos en que interviniera un extranjero.

Año 241 a. C: Sicilia se convirtió en provincia romana.

Año 239 a. C: Cartago entregó a los romanos los territorios de Córcega y Cerdeña.

Año 222 a. C: Conquista de la Galia cisalpina (norte de Italia antes de pasar los Alpes).

Años 218 a. C a 201 a. C: Segunda guerra púnica.

Año 201 a. C: Hispania se convirtió en provincia romana.

Años 149 a. C al 146 a. C: Tercera guerra púnica, con destrucción de Cartago y Corinto.

Año 146 a. C: Conquista de Grecia.

Año 133 a. C: Tribunado de Tiberio Graco, con intento de reformas agrarias para satisfacer a las clases populares, que terminó con su asesinato.

Año 123 a. C: Tribunado de Cayo Graco, con idéntico propósito y que fue asesinado como su antecesor.

Año 120 a. C: Conquista de la Galia Transalpina, franja costera pasando los Alpes.

Años 107 a. C al 100 a. C: Mario fue reelegido cónsul siete veces.

Año 88 a. C: Consulado de Sila, que se convirtió en dictador entre los años 82 a. C y 79 a. C.

Año 60 a. C: Primer Triunvirato, integrado por Julio César, Pompeyo y Craso.

Años 58 a 51 a. C: Conquista de la Galia Comata (actuales Francia y Bélgica y parte de Holanda al sur del río Rin) por Julio César.

Año 48 a. C: Batalla de Farsalia entre Julio César y Pompeyo, con el triunfo del primero, que fue proclamado dictador perpetuo.

Año 44 a. C: Asesinato de Julio César.

Año 43 a. C: Segundo Triunvirato integrado por Octavio, Marco Antonio y Lépido.

Año 31 a. C: Batalla de Accio entre Octavio y Marco Antonio, con el triunfo del primero y la anexión de Egipto, donde se había radicado Marco Antonio junto a Cleopatra.

Año 27 a. C: Nacimiento del Alto Imperio, con Octavio declarado Augusto (venerado)

Años 43 a 60: Conquista de Britania, durante el mandato del emperador Claudio.

Año 40: Anexión de Mauritania.

Año 105: Anexión de Dacia.

Año 116: Trajano logró vencer a los partos e incorporar la Mesopotamia.

Año 212: Concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio por el emperador Antonino Caracalla.

Años 235 a 238: Anarquía militar tras la muerte de Alejandro Severo.

Año 284: Asumió Diocleciano como emperador de Oriente y nombró a Maximiano como su co-emperador en Occidente, dos años después.

Año 293: Designación de Galerio como César de Oriente y de Constancio Cloro en Occidente, configurándose el sistema de tetrarquías.

Año 303: Última persecución de los cristianos.

Año 312: Constantino venció a Majencio en Puente Milvio.

Año 313: Se dictó el Edicto de Milán que estableció la libertad religiosa.

Año 324: Batalla de Crisópolis donde Constantino venció a Licinio y se convirtió en único emperador.

Año 330: Constantinopla fue la nueva capital del Imperio romano unificado.

Año 380: Teodosio promulgó el Edicto de Tesalónica que proclamó al cristianismo como religión oficial del imperio romano.

Año 395: Muerte de Teodosio I y división definitiva del imperio entre sus hijos Arcadio (al que le adjudicó el Oriente) y Honorio, quien quedó a cargo del Imperio Occidental.

Año 426: Sanción de la Ley de Citas.

Años 438/439: Sanción del Código Teodosiano.

Año 476: Caída del Imperio Romano de Occidente.

Desde el año 500: Leyes romano-bárbaras en el antiguo Imperio Occidental.

Año 527: Asunción del emperador Justiniano en Oriente.

Años 528 a 535: Sanción del *Corpus Iuris Civilis* (Código, Institutas y Digesto).

Años 535 a 565: Dictado de las Novelas.

Año 1453: Caída del Imperio Romano de Oriente.

Unidad 1. La monarquía. Guía de estudio a través de preguntas

1. Explica los conceptos de *ius*, *fas*, derecho público, derecho privado, derecho natural, derecho civil y derecho de gentes.
2. Expone los conceptos de justicia, equidad, jurisprudencia y los preceptos de Ulpiano
3. Narra el nacimiento de la Monarquía, incluyendo la leyenda, su fecha de inicio y la reunión de las tres tribus ¿Qué era la *gens* y cuál fue su importancia?
4. Explica las características de la Monarquía, las atribuciones de los reyes y su forma de elección.
5. Analiza la composición y funciones de los comicios curiados y del senado en la Monarquía.
6. Explica las reformas de Servio Tulio.
7. Realiza una interpretación crítica de la división social en la Monarquía.
8. Describe las teorías que analizan las causas de la caída de la Monarquía.

Respuestas

1. El *ius* era el derecho humano, el *fas* era el derecho divino, inmutable y perfecto que le daba contenido al *ius*, al principio identificado con él. El derecho público es el conjunto de normas que regulaban la constitución, la actividad del Estado y la relación de éste con los particulares. El derecho privado se refiere a los intereses de los particulares, fijando las condiciones y límites de la actividad individual. El derecho natural es aquel que la naturaleza

enseñó a todos los animales, y no es privativo solo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. El derecho civil era el propio de los ciudadanos romanos. El derecho de gentes era el derecho común a todos los hombres, procediendo de la naturaleza racional de éstos, y de las relaciones comunes que entre ellos establecieran.

2. La justicia, para Ulpiano “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (D.1.1.10 pr.). La equidad, en la época preclásica y clásica, equivalía a justicia, como valor ideal. Según Cicerón, el derecho era la concreción de la equidad. Su otro valor, del período de Justiniano, apareció como criterio regulador de los conflictos. La jurisprudencia, para Ulpiano, “es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto” (D.1.1.10.2). Los preceptos de Ulpiano fueron: no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo y vivir honestamente.
3. El periodo de la Monarquía transcurrió desde la fundación de Roma, el 21 de abril del 753 a. C., hasta el 509 a.C., con la caída del monarca Tarquino el Soberbio. La leyenda, dice Plutarco (historiador y ensayista griego) se puede tomar con algo de certeza, cuando apareció en escena Eneas, huyendo de Troya, vencido por los griegos, y trasladando sus dioses a la zona del Lacio; donde hizo un pacto con el rey Latino que gobernaba a los aborígenes de la zona. Eneas, se casó con Lavinia, hija de Latino, descendiente de Hércules, y tuvieron un hijo, Ascanio, el cual fundó la ciudad de Albalonga; y luego de sucesivos reyes, recibió el trono, Proca, quien después, les entregó los territorios a sus hijos, Numitor y Amulio. Este último destronó a su hermano, haciendo sacerdotisa de Vesta, a la princesa Rea Silvia, hija del rey Numitor. No obstante, su condición de virgen vestal, Rea Silvia, se unió secretamente al dios Marte, y tuvo dos hijos mellizos, Rómulo y Remo, quienes, por orden de Amulio, fueron arrojados al río Tíber, donde fueron rescatados, milagrosamente, cerca del Monte Palatino, siendo amamantados por una loba y cuidados por el pastor Faustulo y su mujer. Cuando llegaron a ser adultos, destituyeron a Amulio y repusieron en el poder a su abuelo Numitor, quien los autorizó a fundar una ciudad en el monte (colina) Palatino. Rómulo, elegido por designio de los dioses para ser rey, procedió a diseñar la ciudad de Roma, marcándola con una reja de bronce, estableciendo un surco sacramental, prescribiendo, que aquel que lo violara, sería muerto. Remo, se burló de ello, y Rómulo lo mató. De esta forma, nació Roma, según la leyenda, fundada por Rómulo en el 11 antes de las calendas de mayo, es decir el 21 de abril del 753 a.C. Este relato duró hasta el siglo XVIII, donde los historiadores comenzaron a cuestionarlo, sosteniendo que el nacimiento de Roma no fue en un solo acto, sino que se formó de modo gradual. Mommsen y otros destacados romanistas, han demostrado, que, en esta leyenda es poco lo que hay de verídico. El hecho real es que, al momento de la fundación de Roma, el núcleo principal de los habitantes eran los Italtotas, formados por los Latinos o Ramnenses, los Sabinos o Titienses y los Etruscos o Luceres. La *gens* fue de mucha importancia para la organización del Estado monárquico. Autores modernos dicen que fue una organización autónoma, pero lo importante era que, para ejercer

los derechos políticos y privados, se debía pertenecer a una *gens*. La *gens* era un grupo de familias, que descendían, real o supuestamente de un antepasado común.

4. Las características de la monarquía fueron: a) Vitalicia e irresponsable b) Monocrática c) Sagrada; d) Muy probablemente no hereditaria. El rey tenía las siguientes atribuciones: a) Era el Supremo Sacerdote de la comunidad (Pontífice Máximo). b) Dirigía la defensa y comandaba las fuerzas. c) Representaba a la comunidad en sus relaciones con otros Estados, declarando la iniciación o el fin de las hostilidades. d) Organizaba la *civitas*. e) Mantenía el orden Interno y usaba el derecho de castigar a los que no cumplían las normas. f) Nombraba los sacerdotes y los auxiliares del poder real. g) Distribuía el *ager publicus* (tierra pública). h) Acompañado o asesorado por los colegios sacerdotales, señalaba las normas jurídicas, en virtud de la interpretación de las *mores maiorum* (costumbres de los mayores). i) Tenía a su cargo la represión penal de los delitos que afectaran las relaciones con la divinidad, la paz y seguridad del Estado. Interventía en la regulación de la defensa privada y es muy probable, que, a los litigantes, los obligara, previa declaración de las normas aplicables, a someter sus cuestiones a árbitros, a los que investía de un poder específico. En cuanto a su designación, muerto el rey, se producía un proceso, llamado *interregnum*, donde los poderes volvían al senado, quienes elegían a uno de entre ellos, para que, por el término de cinco días, ejerciera el *imperium*, como *interrex*, que entregaba luego a otro senador, y así sucesivamente hasta que, reunidos los comicios curiados, el *interrex* de turno, proponía un nuevo rey: si era aceptado y los auspicios le eran favorables, el propuesto recibía el nombramiento como nuevo rey.
5. Los comicios curiados estaban organizados de acuerdo a la primitiva estructura política romana, compuesta de tres tribus, cada una dividida en 10 curias, es decir 30 curias. Los comicios eran convocados por el rey, o, en su defecto, por el *interrex*. Los días fijados de reunión, eran el 24 de marzo y el 24 de mayo, aunque el rey en casos de urgencia, podía convocarlos en otras fechas. El rey era quien presentaba la propuesta, llamada *rogatio*; la asamblea, sin disenterla, debía aprobar o rechazar; cada curia tenía un voto y se requería mayoría simple, es decir 16 votos. Las leyes sancionadas se denominaban leyes curiadas, que se volvían perfectas, con la sanción por el senado (*auctoritas patrum*). En realidad, es dudoso que los comicios curiados hayan desempeñado función legislativa.

El principal asunto que trataban los comicios, era la elección del rey, también los asuntos políticos muy importantes, la concesión de la ciudadanía, las disposiciones testamentarias, y la *adrogatio*, dada su importancia social y política.

El primitivo senado era una representación de las *gens* (gentes), compuesto de 100 senadores, número que después aumenta a 300, por obra de Tarquino el Antiguo.

En sus inicios, los jefes de las *gens* constituían el senado por derecho propio, pero, pronto, adquirió el rey, el derecho de nombrar a los senadores, siendo necesario, para su elección, ser patricio. La función del senado era la preparación de las propuestas que se sometían a los comicios, y, además era quien las confirmaba por medio de la *auctoritas patrum*. También, entendía en los asuntos religiosos, políticos y los de carácter internacional, que afectarían la

seguridad del Estado, estando obligado el rey a consultar al Senado, siendo su voto decisivo en la declaración de la guerra, aunque sus opiniones no eran vinculantes. Otra de las funciones esenciales de los senadores era la de oficiar como interrex, en el caso de vacancia real, donde cada senador no podía estar en el cargo más de cinco días. La designación del primer *interrex* se efectuaba por sorteo, y éste designaba a su sucesor, hasta la elección del nuevo rey.

6. El rey Servio Tulio llevó adelante reformas a la antigua organización gentilicia basada en los orígenes, creando una nueva división de acuerdo a la fortuna de cada ciudadano, y otra por su lugar de residencia. Estas reformas facilitaron la participación en la vida ciudadana de los plebeyos, hasta entonces sin ningún derecho político y pocos derechos privados. Servio Tulio creó el censo (*census*) que era un registro en el que los jefes de familia debían inscribirse, anotar las personas de su familia y sus bienes. Éste se realizaba cada cinco años y servía para conocer la población de Roma y la fortuna de los ciudadanos. Con el censo se distribuyó al pueblo en clases, basadas en la riqueza de cada persona, y así se formaban las centurias (número de familias capaces de aportar cien soldados). Cada clase tenía un número de centurias: Los que iniciaban el censo era las 18 centurias de caballeros. Luego le sucedían: Primera clase: 80 centurias. Segunda clase: 20 centurias. Tercera clase: 20 centurias. Cuarta clase: 20 centurias. Quinta clase: 30 centurias. En total eran 193 centurias.

La reforma serviana tuvo por consecuencia una nueva asamblea popular, el comicio centuriado, donde se mantuvo la hegemonía de los patricios y los plebeyos ricos, porque al corresponder votar en primer término a las 18 centurias de caballeros y a las 80 de la primera clase, ambas hacían la mayoría; y, además, como son llamados a votar en primer término, y el acto se interrumpía cuando se había llegado a un pronunciamiento mayoritario de 97 votos, podía ocurrir que ni siquiera la segunda clase fuera requerida para el voto. Dividió a la población también en tribus, según su domicilio, lo que originó los comicios tribados, con mayor número de tribus rurales que urbanas.

7. Existió, en esta etapa, una evidente desigualdad de derechos. Había una clase superior y dominante que eran los patricios, quienes ejercían el monopolio político, judicial y religioso, y los plebeyos, casta inferior, quienes no podían acceder a estos privilegios. Entre ambos, estaban los clientes, que estaban vinculados al patrono, de cuya *gens* formaban parte. El de patricio, era un título y un honor; y eran patricios, los descendientes de los *paters*, o sea, de los fundadores de Roma, primeros miembros del senado de Rómulo. Contaban con el *ius civitatis*, tenían todos los derechos públicos y privados, y el *ius sacrorum*, que era el derecho de ejercer el culto, y alcanzar la jerarquía sacerdotal. La clientela, era una institución pre-romana. Se dice que los plebeyos estaban agregados a las casas patricias en calidad de clientes; plebe y cliente eran en sus inicios la misma cosa, después se separaron, los clientes quedaron sumisos a los patricios y los plebeyos libres de todo lazo. Otros consideran que fueron los habitantes de los pueblos vencidos, que prefirieron ser clientes a esclavos. Los clientes gozaban de libertad de hecho, ocupando un lugar intermedio entre los libres y los esclavos. La relación entre el cliente y el patrono, de clase social superior, que los

incorporaba como parte de su familia, se establecía a través de un convenio llamado *applicatio*; Como todo miembro de la familia, los clientes estaban sometidos a la autoridad familiar del *pater* y compartían los ritos religiosos; siendo la condición de cliente, transmisible por herencia. Ambos, patrono y cliente, eran personas, pues se trataba de hombres libres. Sin embargo, ser cliente no les daba el estado de ciudadanía. Integraban la servidumbre doméstica, debiendo en caso de guerra, acompañar al patrono; ofrecerle su trabajo, prestarle alimentos si el patrono lo necesitaba y ayudarlo a costear los gastos del culto familiar. En los comicios el cliente no podía votar en contra de su patrono. Contaba el cliente entre sus derechos, que le eran brindados por el patrono; también la prestación de alimentos, el asesoramiento jurídico y la representación en juicio. Recibía a su ruego, tierras para trabajar, con carácter precario. La plebe fue creciendo y llegó a tener una importancia preponderante en la vida institucional de Roma. Su situación en la sociedad romana, era que no formaban parte de la *civitas*, y aunque eran tenidos como habitantes de la urbe, estaban separados, y ocupaban las colinas adyacentes (eran siete las colinas). No contaban con derechos públicos, y los derechos privados les estaban restringidos en su ejercicio, ya que no gozaban del *ius connubium* con los patricios. En lo religioso, no participaban del culto de la ciudad, teniendo su divinidad propia, la diosa Diana. Servio Tulio los elevó a la categoría de ciudadanos activos, con la creación del censo y los comicios centuriados y tribados.

8. La monarquía culminó en el 509 a. C, producto de que el rey buscó emanciparse de la influencia de los patricios, y la reforma serviana había dado un gran golpe a la supremacía de razas. Tarquino el Soberbio profundizó la lucha entre la aristocracia y la realeza; jugando un papel importantísimo la plebe, la que se encontraba oprimida y vejada y ahora reconocidos por los reyes tarquinos. Motivados por el senado, los patricios, se volcaron en contra del rey. Según la leyenda, el levantamiento popular se produjo a raíz del atentado contra el pudor cometido contra la casta Lucrecia, por parte del hijo de Tarquino el Soberbio, primo del esposo de Lucrecia. Ésta se suicidó al ver mancillado su honor, siendo según esta versión tal situación el resultado la desaparición de la Monarquía y la institución de la República consular, donde sustituyeron al rey por dos magistrados patricios, elegidos anualmente y con los mismos poderes que el rey, separándose las funciones políticas de las religiosas.

Unidad 2. La República. Guía de estudio a través de preguntas

1. Compara los rasgos distintivos (época, características, división social, órganos de gobierno y fuentes del derecho) de la Monarquía con las de la República.
2. ¿Cuáles eran las magistraturas ordinarias? Explica las funciones de cada una.
3. Enumera y explica las funciones de las magistraturas extraordinarias y de la magistratura plebeya.
4. Describe la composición y funciones de los comicios curiados, centuriados y tribados en esta etapa y la de los *concilia plebis*.

5. Explica en orden cronológico las luchas y las conquistas plebeyas en la República romana.
6. Compara las fuentes del derecho de la Monarquía y la República, definiendo cada una, y explicando especialmente el edicto del pretor.

Respuestas

Tabla 1.5

	Monarquía	República
Período	753 a. C – 509 a. C	509 a. C – 27 a C.
Características	Monocrática. Irresponsable. Vitalicia. Electiva.	Generalmente colegiada. Responsable. Generalmente anual. Electiva.
División social	Muy marcada entre patricios, plebeyos y clientes.	Las diferencias entre patricios y plebeyos fueron desapareciendo hasta equipararse hacia el año 300 a. C. Apareció una nueva división social al final del período entre optimates y populares.
Órganos de gobierno	-Rey. -Senado. -Comicios curiados a los que se le suman en el siglo VI a. C los centuriados y tribados. -Colegios sacerdotales.	-Magistraturas ordinarias y extraordinarias y el tribuno de la plebe como magistrado plebeyo. -Senado -Comicios curiados, centuriados y tribados, y <i>concilia plebis</i> . -Colegios sacerdotales.
Fuentes del derecho	<i>Mores maiorun</i> . Pretendidas leyes regias.	Leyes dadas y rogadas. Plebiscitos. Ley de las XII Tablas. Edicto del pretor.

1. Las magistraturas ordinarias fueron: **A. El Consulado:** Fue la primera magistratura con competencia ilimitada, con *imperium* y *potestas*. En un principio, los cónsules, en número de dos, eran jefes militares y también tenían competencia judicial, la que luego pasó a manos de los pretores, que inicialmente fueron auxiliares de los cónsules. Los cónsules se turnaban mensualmente para gobernar, poseyendo el que no ejercía el poder, la *intercessio* por la cual podía vetar las decisiones del cónsul en actividad. Si ambos iban a la guerra se turnaban el mando de las tropas, diariamente, aunque en general, uno solo iba al frente, llamado cónsul armado y el otro permanecía en Roma, y se denominaba cónsul togado. Duraban un año en

su cargo. **B. La Pretura:** En el año 367 a. C, en el momento que se les permitió ingresar a los plebeyos al consulado, también se creó la pretura urbana, que tenía la jurisdicción civil. El pretor, que había comenzado siendo auxiliar del consulado, al separarse el poder militar de los jurisdiccionales, tomó rango independiente. Su designación era hecha al principio por el cónsul, y luego por los comicios centuriados. El pretor duraba un año en su cargo. En principio era uno, pero a partir del año 242 a. C, aproximadamente, se designó al pretor peregrino, que entendía sobre las controversias donde intervenían los extranjeros, o un ciudadano y un extranjero. El número de pretores aumentó a ocho, llegando a 16 en época de Julio César, pero no era un organismo colegiado. La función principal era la de administrar justicia, ordenando y dirigiendo el proceso. La pretura era muy importante ya que creaba normas jurídicas, que con la influencia del Derecho de Gentes mitigaron el rigorismo del Derecho Civil, llenando sus lagunas, contribuyendo a la formación del Derecho Honorario o Pretoriano. **C. La Edilidad:** Era una magistratura menor, sin *imperium*, cuyas funciones se vinculaban con la vida urbana. Había dos ediles curules elegidos por los comicios tribados y dos plebeyos, elegidos por los *concilia plebis*. **D. La Cuestura:** Surgieron los cuestores como magistratura, en la República, aunque es probable que ya existieran durante la Monarquía, desempeñándose como jueces en materia criminal. Administraban el tesoro público y eran auxiliares de los cónsules en las campañas militares. Al principio fueron dos, y luego, cuatro; más tarde 10, llegando a ser 40 con Julio César; en el año 409 a. C aproximadamente, los plebeyos accedieron a la cuestura. **E. La Censura:** Si bien el censo fue creado por el rey Servio Tulio, y la misión de confeccionar el censo era tarea encomendada por los reyes y luego hecha por los cónsules a inicios de la República; como magistratura independiente, nació en el año 443 a.C. Era de carácter ordinario, y no permanente, desempeñada por dos censores, elegidos por los comicios centuriados y propuestos por los cónsules. Sus funciones eran realizar el censo (se hacía cada cinco años) y duraban como máximo 18 meses, plazo que era menor si la función del censo se terminaba antes.

2. La creación de las magistraturas extraordinarias obedeció a diversas causas, derivadas de la necesidad especial de las circunstancias. Fueron: **A. La Dictadura:** ante situaciones de extrema gravedad, provocaba la suspensión de todas las garantías de la libertad ciudadana, y quedaba abolida la nota de colegialidad. La designación del dictador, le correspondía al cónsul, con autorización del senado; y por excepción, al tribuno militar con potestad consular. La duración era de seis meses, pero era menor, en caso de que concluyera su misión antes. El desempeño era limitado a la ejecución de negocios determinados, especialmente a la dirección y prácticas de la guerra. **B. El Decenvirato legislativo:** fue una magistratura extraordinaria, del siglo V a. C, creada con la misión de redactar una ley escrita, lo que se plasmó en la Ley de las XII Tablas, y concentrar todo el poder; luego dicha magistratura fue suprimida a causa de los abusos cometidos. **Magistratura plebeya:** Por la lucha de clases, en este período histórico, encontramos que los plebeyos lograron el **Tribunado de la Plebe**, después de un gran descontento general, dado que se encontraban en una gran desigualdad social, política y económica. De esa lucha obtuvieron la creación de este tribunal, defensor

de los plebeyos, ante los patricios dominantes y absorbentes. Estaba integrado en sus inicios (494 a.C.) por dos miembros, que luego aumentaron a 10 (457 a.C.) los que duraban un año en su mandato. La función especial que cumplían, era defender a los plebeyos, pero, con el tiempo se fueron apartando, teniendo mayores atribuciones que jerarquizaron este tribunal. Su principal poder, que solo ejercían dentro de la ciudad de Roma, era el derecho de veto, con el que podían impedir cualquier decisión de los magistrados o del senado. Convocaban a los concilios de la plebe, siendo quienes los presidían, proponiéndoles las normas, llamadas plebiscitos. Se les otorgaron más tarde, mayores garantías, como el atributo de las *sacrosanctitas*, que impedía toda violencia o intimidación dirigida contra estos magistrados. No integraban el *cursus honorum*, en un principio, aunque según Peña Guzmán y Argüello, luego se los incluyó antes de la pretura.

3. El pueblo tenía su representación en los comicios. En esta etapa perdieron su antigua jerarquía los comicios curiados, tomando fuerza el centuriado, con potestades legislativas, al igual que el comicio tribado. En la pérdida de sus atribuciones, el comicio curiado, que representaba a los ciudadanos de la *gens*, quedaba con el derecho de investir de imperio mediante la *Lex Curiata de Imperium* a los magistrados elegidos en los comicios centuriados. También se ocupaba de adrogaciones y testamentos. Los comicios centuriados, nacidos de la reforma de Servio Tulio, adquirieron, en la República, una gran importancia, al ir asumiendo distintas atribuciones. En lo legislativo, emitían resoluciones generales referentes a la concesión de la ciudadanía, y votaban las leyes; en lo electoral, tenían la facultad de elegir cónsules, pretores y censores. En lo judicial, estaban autorizados a intervenir en los casos de sentencia de pena de muerte, y en lo internacional, les competía decidir en lo concerniente a la guerra, la paz y en los tratados. Al ser organizado según la riqueza que tenían los ciudadanos, los ricos contaban con mayoría, estando excluidos los plebeyos pobres, los que no podían imponer sus posturas. Los plebeyos, se incluían más democráticamente en los comicios tribados, organizados por el lugar de residencia, de acuerdo a la reforma de Servio Tulio, con funciones legislativas y de designación de los magistrados inferiores. Los *concilia plebis*, eran las asambleas donde exclusivamente intervenían los plebeyos que dictaban los plebiscitos que “es lo que la plebe ordena y establece”. Los patricios no estaban obligados por los plebiscitos, pero la *Lex Hortensia* en el año 287 a. C. estableció que eran obligatorios para el pueblo entero.
4. En lo social, se profundizó el conflicto entre patricios y plebeyos, hasta que estos lograron sus reivindicaciones. Para ello, luego de emigrar de Roma para formar su propio Estado, fueron invitados a volver por los patricios, ya que los necesitaban para integrar las legiones y pagar los tributos. Paulatinamente, pudieron tener una ley escrita (la Ley de las XII Tablas), casarse con los patricios por la ley *Canuleia*; su propio comicio (el *concilia plebis*) la creación de su propia magistratura: el tribuno de la plebe, e integrar el *cursus honorum* a partir del año 409 a. C cuando lograron ingresar al primer escalón, que era la cuestura, En principio solo podían ingresar al consulado, los patricios, pero en el año 367 a. C, la *Lex Licinia de Consulatu*, permitió el ingreso de los plebeyos, siendo el primero en ser designado, Sextius

Lateranus. Ingresaron en el 312 a. C al senado y llegaron por fin en el año 252 a. C, aproximadamente, a ocupar el plebeyo Tiberio Coruncanio, el cargo de pontífice máximo.

5. Las fuentes de derecho en la Monarquía fueron las *mores maiorum* (costumbres de los antepasados) y las pretendidas leyes regias recopiladas en el *ius papirianum*. En la República surgieron las leyes comiciales o rogadas; las leyes dadas, que con autorización de los comicios, dictaban los magistrados; la ley de las XII Tablas, primera ley escrita; los plebiscitos, que era lo que la plebe mandaba y establecía; y el edicto del pretor, norma que dictaba al principio de su mandato anual, cada pretor, que podía reproducir las disposiciones contenidas en el edicto de su antecesor (edicto traslaticio), dictar las propias (edicto nuevo) o establecer reglas para casos específicos no contemplados en su edicto a medida que se iban presentando los casos (edicto repentino).

Unidad 3. El Imperio. Guía de estudio a través de preguntas

1. Relata los hechos que llevaron al nacimiento de la autoridad imperial.
2. Explica los poderes del emperador y el senado en la Diarquía o Alto Imperio ¿Corresponde el nombre de Diarquía? ¿Por qué?
3. En un cuadro comparativo muestra las diferencias entre las características, época y fuentes del derecho, del Alto y Bajo Imperio, describiendo sintéticamente en qué consistieron las tetrarquías y cuándo terminaron.
4. Explica las reformas de Diocleciano y Constantino
5. Enumera y analiza las fuentes del derecho del Alto y Bajo Imperio

Respuestas

1. Durante la República, existió un progreso de la plebe con acceso a las magistraturas; también la formación del derecho pretoriano y cobró importancia la labor de los jurisconsultos, agregado a un desarrollo comercial, que condujo a una era de particular esplendor; pero esto fue aparente, ya que los beneficios eran para una reducida clase social, en desmedro del proletariado. La clase adinerada (*optimates*) cometió abusos, cayendo en el lujo y la dilapidación, lo que profundizó las diferencias sociales y se corrompieron las creencias religiosas. Las clases campesinas y el proletariado (populares) se fueron empobreciendo, pues eran quienes aportaban el mayor número de tributos y guerreros. Algunos magistrados trataron de modificar estas situaciones, como los hermanos Graco (130 a. C) que realizaron una importante reforma agraria, distribuyendo cereales a bajos precios, imponiendo mayores impuestos a las mercaderías suntuarias y entregaron tierras a los más humildes; pero fracasaron por la oposición de los aristócratas, terminando cruelmente asesinados. El pueblo quedó separado en tres grupos sociales: la aristocracia terrateniente, los comerciantes y el

proletariado (masa popular empobrecida). En estas circunstancias era difícil salvar a la República, dado los grandes enfrentamientos internos provocados por caudillos que llevaron al pueblo a guerras civiles, siendo esto aprovechado por los extranjeros, que, habiendo perdido su territorio, vieron la debilidad de Roma, y trataron de reconquistarlo. Hacia el año 60 a.C. adquirió destacado relieve, Cayo Julio César, que, en pocos años, por su condición de gran militar, escritor y hábil político, se convirtió en jefe único de la decadente República. Por sus virtudes llegó a Roma, formando el Primer Triunvirato, que lo integró junto a Pompeyo, el militar, y Craso, el capitalista. Dadas las conquistas de Julio César, principalmente de las Galias (actualmente Francia, Bélgica, el oeste de Suiza y zonas de Holanda y Alemania), despertó recelo en Pompeyo, que pretendió quedarse con todo el poder, ya que había muerto Craso, en su intento de vencer a los partos. Esto llevó a Julio César a volver a Roma, huyendo Pompeyo junto a otros senadores a Egipto, donde lo asesinaron. Solo en el poder, Julio César realizó una obra destacada, en lo social, administrativo y político, mejorando a las clases bajas, con distribución de las tierras, castigando el lujo, favoreciendo a las familias numerosas, perfeccionando el sistema penal, y realizando la organización de los tribunales de justicia. Julio César fue designado dictador perpetuo, adquiriendo la sumatoria del poder, lo que llevó a desvirtuar el sistema republicano. Podía designar a los magistrados sin consultar a los comicios, acuñó moneda con su efigie, y en lo religioso, se lo reconoció como divino protector de Roma. Julio César fue asesinado en el año 44 a.C., por una revuelta organizada por el senado, reiniciándose las luchas civiles. Apareció en escena Marco Antonio, quien junto a Cayo Octavio (sobrino de Julio César) y Lépido, formaron el Segundo Triunvirato (43 a.C.) que duró pocos años, ya que en el año 36 a.C. fue eliminado Lépido; Marco Antonio se estableció en Alejandría, habiéndose casado con Cleopatra; Octavio inició una campaña de desprestigio contra Marco Antonio, y le declaró la guerra, vencéndolo en *Actium*. Esta batalla naval se produjo el 2 de septiembre del año 31 a. C., entre la flota de Cayo Julio César Octaviano, dirigida por Agripa, y la de Marco Antonio y su aliada Cleopatra, frente al golfo de Ambracia, y el promontorio de Accio. La batalla culminó con la victoria absoluta de Octaviano y la retirada de Marco Antonio y Cleopatra.

2. El Emperador gozaba del *imperium* proconsular, con el gobierno total de todas las provincias, teniendo a cargo todos los ejércitos; tenía la potestad tribunicia, con derecho de veto sobre todos los magistrados, pudiendo convocar a los comicios y al senado; y el poder censorial, por el cual podía confeccionar la lista de senadores. Al emperador se lo investía de la *sacrosanctitas*, que le otorgaba a su persona una inviolabilidad civil y religiosa. Contaba con el poder sobre todos los ejércitos, tanto estuvieran en Italia o en las provincias. Además, tenía el derecho a gobernar las provincias no pacificadas. El emperador nombraba a los magistrados, aunque se mantuvo la costumbre de consultar a la asamblea y al senado, pero era una aprobación formal, ya que no podían modificar la propuesta. Con respecto a las funciones judiciales, tenía autoridad para intervenir en las contiendas civiles y penales, a través de funcionarios delegados. Los emperadores no se sucedían por elección popular, sino que el sistema fue de una monarquía hereditaria, en general, por cooptación, adoptando

el emperador a su sucesor, y asociándolo a su gobierno. Con relación a los comicios, que eran la representación de la voluntad popular, se encontraban en un estado avanzado de decadencia, perdiendo rápidamente su importancia, cumpliendo una función formal de aprobar a los magistrados propuestos por el emperador, sin poder cambiar nada. El senado tampoco escapó a la acción absorbente y absolutista del emperador. Logró importancia al comienzo, al habersele transmitido facultades de los comicios, como las funciones electorales, y la más importante: el poder dictar resoluciones con fuerza de ley (senadoconsultos). Esto llevó a considerar que en tiempo de Augusto y de Tiberio, el poder fue una diarquía, es decir, un gobierno de dos entes o cabezas, pues, por un lado, se encontraba el poder del príncipe, y por el otro, el poder del senado, sobre las provincias pacificadas y el dictado de senadoconsultos con fuerza de ley. Sin embargo, entre el príncipe y el senado no existía división de poderes, ambos órganos no estaban colocados en un mismo plano, sobresaliendo la indiscutible preeminencia del príncipe, que podía intervenir en la esfera de la competencia senatorial, y directamente, era él quien los designaba y removía, dejando de lado, lo que había dispuesto la Ley Ovinia, que le daba la facultad a los censores, de elegir a los senadores.

Tabla 1.6*El Alto y Bajo Imperio*

	Alto Imperio	Bajo Imperio
Período	27 a. C -284	284-565
Características	-Diarquía (aparente reparto de poder entre el emperador y el senado). No había división territorial, salvo en provincias. -Se conservaron las formas republicanas pese	-Tetrarquía impuesta por Diocleciano donde el poder se repartió entre dos augustos (de oriente y occidente) y sus respectivos césares. La división era solamente administrativa. Al cabo de 20 años los augustos renunciarían y asumirían los césares como augustos nombrando nuevos césares. Constantino unificó el imperio bajo su mando fundando en el año 323 la ciudad de Constantinopla y terminando con las tetrarquías. -Se anularon las formas republicanas.

	a la concentración de los poderes en el emperador. -Alta burocratización. -Politeísmo a pesar del nacimiento de Cristo bajo el reinado de Augusto y su muerte en el reinado de Tiberio y el aumento de sus seguidores.	-Alta burocratización e impuestos excesivos. - Politeísmo en sus inicios. Adopción del cristianismo en el año 380. -División definitiva del imperio en oriente y occidente a la muerte de Teodosio I.
Fuentes del derecho	<i>-Ius publice respondendi.</i> -Edicto perpetuo de Salvio Juliano. -Senadoconsultos. -Constituciones Imperiales: <i>Edicta, rescripta, mandata.</i>	<i>Iuras:</i> <i>-Ius publice respondendi</i> hasta el año 426. -Ley de Citas desde el 426 al 533. -Año 533. Digesto de Justiniano. Constituciones imperiales.

3. Al morir Septimio Severo, renació la anarquía, que no pudo ser contenida por Alejandro Severo, hasta que hizo cargo en noviembre del año 284, Diocleciano. Es en este momento en que se considera que terminó el Alto Imperio y se inició el Bajo Imperio. Diocleciano actuó con mucha energía para mejorar el orden interno y disipar los peligros externos, principalmente hacia los bárbaros; efectuó una amplia reforma administrativa y legislativa, la que fue ampliada por Constantino. Produjo una gran reforma institucional, no solo política, sino también en lo económico, tributario y religioso. Fueron él y Constantino, quienes hicieron una importante obra legislativa en el Derecho Privado. Diocleciano estableció un gobierno absolutista, siendo el señor absoluto de personas y cosas, como única autoridad legítima, valiéndose de una burocracia jerarquizada. Se atribuyó a su persona un origen divino, llamándose emperador en lugar de príncipe, encontrándose colocado por encima de las leyes que él mismo creó, teniendo todos los poderes militares y civiles. Para administrar tan extenso territorio, dándole un principio orgánico y regular la transmisión del poder, dividió el Imperio en cuatro partes, a cargo de augustos y césares, sin fraccionar su unidad. Esto es lo que se conoce como Tetrarquía. La idea era proteger las amplias fronteras del imperio de los pueblos bárbaros, y terminar con el problema de la sucesión al mando imperial, ya que luego de 20 años, los augustos debían renunciar para que asumieran los césares como augustos, quienes nombrarían a su vez, nuevos césares. El emperador

Diocleciano se reservó una de esas porciones territoriales, el Oriente, con capital en Nicomedia, dándole a Maximiano la parte Occidental, con capital en Milán, designándose ambos como augustos; y nombrando a su vez, un César cada agosto. César de Diocleciano fue nombrado Galerio, a quien se le otorgó el gobierno de Iliria y Grecia, y César de Maximiano, a Constancio Cloro, a quien se le adjudicó la zona de Galia, España y Britania. De esta forma, Diocleciano, se aseguró el control administrativo del imperio, y el de las fronteras, quedando el gobierno imperial configurado, como dijimos, en una Tetrarquía, siendo la antigua Roma, solo una capital nominal del Imperio. Durante el Bajo Imperio o Dominado, desapareció totalmente la función del senado, estando a cargo de la administración pública, el emperador, siendo organizado sobre un sistema rigurosamente jerárquico, una especie de milicia. Se fijó, además, una carrera administrativa para llegar a cargos jerárquicos que duraban un año. La situación económica continuó siendo grave, principalmente por la pesada burocracia, los gastos de las guerras, el debilitamiento de las economías privadas, que perturbaban la agricultura, el comercio y la industria, lo que trató de resolver con pesadas cargas impositivas, emisión de moneda y precios máximos. Cuando asumió Constantino, terminó el sistema de Tetrarquías, quedando todo el imperio bajo su poder, en el año 314 d.C. Fundó Constantinopla en la antigua ciudad de Bizancio en el año 324, a la que llamó la “nueva Roma”, para tratar de convertirla en la nueva capital del imperio. Creó cuatro grandes prefecturas: Oriente; Iliria (es la parte occidental de la península balcánica en la costa oriental del mar Adriático, un territorio que hoy forma parte de Croacia, Serbia, Bosnia, Montenegro y Albania); Italia y Galia. Estas prefecturas fueron divididas en diócesis, a cargo de un vicario (*vicarii*), y éstas a su vez, divididas en provincias. También dio un vuelco en lo que se refiere al cristianismo, al dictar el famoso Edicto de Milán, donde se le reconoció al cristianismo iguales derechos que al culto pagano, pues dispuso la libertad de cultos; se estableció el descanso dominical, se indemnizó a los cristianos por los daños sufridos en las persecuciones; Constantino vio en el cristianismo el elemento vital para unir el Imperio, pero recién sería religión oficial durante el reinado de Teodosio I. Existían grandes latifundios, propiedades en manos de los colaboradores del emperador; Constantino buscó dar soluciones al abandono de los campesinos de sus tierras, y estableció el colonato, que adscribió a los colonos y sus familias, a las tierras que cultivaban, pero esto trajo como consecuencia que el colono quedara ligado a la tierra como arrendatario perpetuo, y que fuera enajenado junto con el fundo, violando los principios de libertad.

4. Fueron fuente del derecho del Alto Imperio: 1. los senadoconsultos, que es lo que “el senado manda y establece” que se realizaban a propuesta del emperador, y el senado siempre se vio obligado a tener que aceptar las proposiciones del príncipe, pues era él quien nombraba y removía a los senadores. 2. Las Constituciones Imperiales, que eran las normas que el emperador establecía, y tenían fuerza de ley. La voluntad imperial podía asumir distintas formas objetivas que eran las siguientes: a) Edictos (*edicta*), eran disposiciones de orden general semejantes a las que dictaba el pretor, ya que el emperador tenía el *ius edicendi* (derecho a emitir edictos). Contenía reglas de derecho aplicables a todo el imperio. b)

Rescriptos (*rescripta*), eran las respuestas imperiales escritas, a las consultas de los magistrados o de los cuerpos públicos o de los particulares. Por el rescripto, el emperador interpretaba y creaba derecho. Se podían distinguir dos clases, la epístola, que el emperador enviaba a funcionarios, o corporaciones relevantes; y la *suscriptio*, que eran contestaciones a las consultas de los particulares. c) Decretos (*decreta*), eran las sentencias dadas por el emperador previo conocimiento de una causa, ya fuera en forma de interlocutoria o definitiva. En principio, tenían validez para las partes en juicio, pero si lo resuelto se aplicaba en casos similares, se convertía en jurisprudencia. d) Mandatos (*mandata*), eran órdenes enviadas especialmente a los magistrados de provincia. Para algunos autores esta voluntad imperial era discutida, Gayo en su enumeración no la incluyó. 3. El Edicto Perpetuo de Salvio Juliano: dado que el edicto del magistrado se renovaba anualmente, con el correr del tiempo, existieron ciertos números de disposiciones incoherentes y aún contradictorias, siendo indispensable su ordenamiento. Ante ello, el emperador Adriano en el año 131 d.C. le encargó a Salvio Juliano, quien era un eminente jurista de la época, la tarea de efectuar la recopilación de los edictos de los Magistrados edicentes, suprimiendo lo que considerase anticuado y agregando lo que creyese conveniente. Fue llamado edicto perpetuo, ratificado por un senadoconsulto, adquiriendo el carácter de fuente del derecho escrito, y los pretores, desde entonces, estuvieron obligados a reproducirlo, en vez de publicar su propio edicto. 4. La Respuesta de los Prudentes (*Responsa Prudentium*): eran los dictámenes y opiniones jurídicas de aquellos a los que se les había concedido la facultad de crear derecho. Primero, esta labor estuvo a cargo de los pontífices, pero en el Imperio, ya había muchos juristas laicos, y pasaron sus opiniones a tener fuerza de ley, pero no la de todos, sino a los que Augusto y sus sucesores les otorgaron el *Ius Publice Respondendi*. Con el emperador Adriano, fueron sus opiniones obligatorias, cuando eran coincidentes, pero, si diferían, entonces el juez podía seguir el parecer que quisiera, según su leal saber y entender. En el Bajo imperio las fuentes de derecho fueron solo dos: se mantuvieron las respuestas de los jurisconsultos que gozaban del *Ius publice respondendi* hasta la sanción de la Ley de Citas de año 426, la que a su vez perdió vigencia al sancionarse el Digesto del emperador Justiniano. Con respecto a las constituciones imperiales, se mantuvieron los edictos, de carácter general, y las pragmáticas, emitidas por razones de urgencia, de modo temporal, para las provincias o determinados grupos de personas.

Unidad 4. La Codificación. Guía de estudio a través de preguntas

1. Sintetiza el contenido de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, diferenciando si fueron producto de la iniciativa pública o privada.
2. ¿Cuáles fueron las características y las principales leyes romano-bárbaras? ¿Dónde y cuándo se aplicaron?
3. Explica cuándo se sancionó la Ley de Citas, hasta cuando rigió y qué disponía.

4. ¿Qué fue el *Corpus Iuris Civilis*, qué importancia tuvo y cuáles fueron sus partes? Explica cada una.

Respuestas

- En cuanto a la compilación de *leges* existieron dos obras producto de la iniciativa privada. Fueron las compilaciones Gregoriana y la Hermogeniana; y otra de carácter oficial, el Código Teodosiano. La Compilación Gregoriana fue compuesta en los últimos años del reinado de Diocleciano; correspondiendo a un tal Gregorio, y contenía constituciones imperiales, dictadas entre los años 196 y 295 d.C. Contaba con entre 14 y 16 libros divididos en títulos, donde aparecían las constituciones imperiales, en orden cronológico. La Compilación Hermogeniana, correspondió a un desconocido Hermógenes, de fines del siglo III d.C. o comienzos del siglo IV. Constituyó un apéndice de la obra Gregoriana, ya que contenía constituciones promulgadas posteriormente. Constaba de un solo libro dividido en títulos. Ambas compilaciones, muy medidas en cuanto al tiempo, hace pensar que sus autores tuvieron acceso a los archivos oficiales por ser funcionarios imperiales. El Código Teodosiano fue obra del emperador Teodosio II, quien, a partir del siglo IV, ordenó una compilación oficial de las constituciones imperiales. Dicho código fue promulgado en el año 438 d.C., por Valentiniano III en Occidente, y luego en Oriente. Teodosio II, tras un intento frustrado, ordenó suprimir de las constituciones imperiales, 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 su época. Contenía 16 libros divididos en títulos, incluyendo constituciones de Constantino y de Teodosio II.
- Durante el Siglo V, ya varias tribus germánicas estaban habitando la parte occidental del imperio, del que se apoderaron. Estos pueblos, a su modo “romanizados” y reconociendo las virtudes jurídicas de las obras legislativas romanas, demostraron sumo interés en aplicarlas. Mandaron a redactar cuerpos de leyes para sus súbditos romanos siguiendo en su mayoría, salvo el Edicto de Teodorico, el principio de la personalidad de la ley. Es por ello que se las conoció, posteriormente, como Leyes Romano-Bárbaras, y podemos citar a: 1. *Lex Romana Visigotorum*: en el año 506 d.C., Alarico II, rey de los visigodos, realizó una compilación que abarcaba tanto algunos *iuras*, como también *leges*. Se la conoce también como *Breviario de Alarico*; contenía un extracto de las compilaciones Gregoriana y Hermogeniana, y en mayor medida, partes del *Código Teodosiano* al que se agregaron constituciones posteriores; pero también un resumen de la obra de las *Institutas de Gayo*, textos de las *Sententiae* (Sentencias) de Paulo y un fragmento de Papiniano. Esta ley es muy importante para la historia jurídica occidental, ya que gracias a ella se puede conocer tanto las instituciones de la época clásica como posclásica. 2. *Lex Romana Burgundiorum*: fue dada a comienzos del siglo VI, por Gundebargo, rey de los burgundios, que se habían establecido en la zona actual

de Borgoña. Se aplicaba a los romanos que habitaban el territorio. Contenía constituciones de las compilaciones Gregoriana, y del Código Teodosiano, 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. 3. El *Edictum Theodorici*, fue dictado luego de la caída de Roma, hacia el año 500 d.C., por el rey Theodorico. Éste se consideraba gobernador de Italia, diciendo actuar en nombre del emperador de Oriente, y su edicto, rigió sobre toda la población existente en sus dominios, aplicándose tanto a romanos como a germanos. Contenía 154 artículos, basados en general en las mismas fuentes que los otros ordenamientos romano-barbaros.

3. Un anterior intento a la labor de Justiniano, y con el fin de resolver el problema que se les presentaba a los jueces para aplicar la doctrina de los juristas, llevó a dictar la Ley de Citas. Fue una constitución imperial muy breve, que se insertó en el *Código Theodosiano*, dictada en el año 426 d.C. por Teodosio II, y que Valentiniano III publicó en Occidente. Fue una ley, como dijimos, para resolver los problemas de los jueces, ya que, hasta ese momento, estos podían fundar sus sentencias en la doctrina de los juristas que gozaban del *ius publice respondendi* cuando todos ellos estuvieran de acuerdo, según lo dispuesto por el emperador Adriano, lo cual ocurría muy pocas veces. La Ley de Citas realizó una clasificación de los juristas, en dos grupos. El primero estaba formado por los más reconocidos juristas clásicos: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino. A estos cinco juristas se les atribuyó autoridad completa, y su opinión podía ser invocada siempre ante los jueces. Es decir, la ley estableció respecto a sus opiniones, que eran obligatorias para el Juez. En el segundo grupo de juristas, están representados los jurisconsultos antiguos, a cuyas obras se hubieran referido los juristas mencionados anteriormente; entre ellos podemos citar a Sabino, Juliano, Marcelo, pero sus opiniones se consideraban con fuerza de ley previo cotejo con las obras originales. El procedimiento que estableció la Ley de Citas era el siguiente: cuando se invocaba a los juristas del primer grupo y estaban todos de acuerdo con relación al tema, su opinión era obligatoria para los jueces; si no existía acuerdo, la sentencia debía inclinarse por la opinión de la mayoría; pero si dos estaban a favor y dos en contra, y el tercero en disidencia o se abstenía, prevalecía la opinión del grupo en el que figuraba Papiniano; si éste no hubiera opinado, el juez quedaba en libertad para resolver como lo creyera conveniente. La sanción de esta ley, constituyó un síntoma evidente de la decadencia del derecho, ya que la libertad de los jueces quedaba reducida a contar votos, siendo ésta una tarea mecánica, ya que no podía detenerse a analizar el fundamento de las opiniones. Además, se cristalizó la jurisprudencia como fuente de derecho. Otro aspecto discutido, fue que estas obras habían sido copiadas con interpolaciones y falsificaciones. Además, se ha dicho, que creaba un tribunal de muertos, un jurado de difuntos, ya que ninguno estaba vivo a esa fecha.
4. El *Corpus Iuris Civilis* fue la mayor obra de compilación del Derecho Romano. La compilación había sido iniciada por los anteriores emperadores, pero nunca culminada. La tarea de Justiniano fue facilitada por la labor de las principales escuelas de derecho de la época, la de Berito y la de Constantinopla, y por la gran colaboración recibida de un gran jurista, Triboniano. Así es que bajo la dirección personal de Justiniano y el control de Triboniano,

varias comisiones legislativas integradas principalmente por profesores de las escuelas de Berito y Constantinopla, se realizó una compilación general de los *iura* y de las *leges* en solo siete años (528 a 534), creando el monumento jurídico más grande de todos los tiempos, y, que, desde la edición realizada en Ginebra por Godofredo en el año 1583, es llamado *Corpus Iuris Civilis*, para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*.

Está integrado por cuatro partes:

- Una colección de 12 libros de constituciones imperiales, llamadas Código.
- Una recopilación de cincuenta libros de las obras de la jurisprudencia clásica, llama Digesto o Pandectas.
- Una exposición en cuatro libros de los principios generales de Derecho, llamada Institutas, destinada a los estudiantes
- Una compilación de las constituciones promulgadas por Justiniano después de la entrada en vigencia de su codificación, llamada Novelas.

Unidad 5. La vida ulterior del Derecho Romano. Guía de estudio a través de preguntas

1. ¿Qué sucedió en Oriente con el Derecho Romano tras la muerte de Justiniano? ¿Por qué decimos que no se respetó su decisión de no modificar el Corpus Iuris Civilis? Explica la *paráfrasis de Teófilo*, las *Basílicas* y el *Hexabiblos*.
2. ¿En qué consistió la Escuela de los Glosadores y Posglosadores?
3. Explica la Escuela Humanista y la del Derecho Natural.
4. ¿Qué fue la Escuela Histórica de Savigny?
5. ¿Cómo se introdujo el Derecho Romano en Argentina?

Respuestas

1. En la parte Oriental, la compilación de Justiniano, a poco de haberse puesto en vigencia, resultó inadecuada por las necesidades del Imperio Oriental. La principal dificultad era el idioma, ya que se encontraba escrito en latín y los habitantes hablaban en griego. Además, la organización bizantina tenía problemas muy diferentes a la antigua sociedad romana. De ahí, que, muchas instituciones del *Corpus Iuris Civilis*, resultaron inadecuadas, faltando regulaciones nuevas, surgiendo, ante ello, la necesidad que los juristas y legisladores solucionaran este problema del idioma y de la sociedad. También tenía el inconveniente de la extensión de la compilación, ya que abarcaba el Derecho Público y el Derecho Privado, lo que superaba los 13.000 fragmentos, entre Código y Digesto, sin contar las Institutas y las Novelas. Se hacía necesario sintetizar la compilación, hacerla más ágil para el conocimiento del común de la gente; pero existía un problema, ya que Justiniano había prohibido con severas penas que se realizaran comentarios sobre el Código y el Digesto, pero en la práctica

no se acató, ya que se efectuaron comentarios del Corpus de Justiniano, que tomaron el nombre de Paráfrasis. En Oriente surgieron dos obras fundamentales, que fueron la *Paráfrasis de Teófilo* y las *Basilicas*: La *Paráfrasis de Teófilo* fue una traducción al griego de las *Institutas de Justiniano*, respetando la división en cuatro libros, a las que triplicó en su extensión para darle mayor claridad. Las *Basilicas* fue una compilación comenzada en el siglo IX por el Emperador Basilio I (el Macedonio) en el 876 d.C. y fue finalizada por su hijo León VI (el Filósofo) entre 886 y 911 d.C. La labor desarrollada fue, principalmente, para depurar las leyes antiguas, dándose el nombre de *Repurgatum Veterum Legum*, que los autores modernos han llamado *Basilicas*, en honor a Basilio. Está totalmente redactada en griego, y se diferencia de las Paráfrasis, ya que es una síntesis de toda la obra de Justiniano, es decir, Institutas, Digesto, Código y Novelas. Está dispuesta en 60 libros, divididos en títulos. Dada la extensión para la época, fue reducida por nuevos Índices, llamada la *Synopsis Basillicorum*. En el último siglo de existencia del Imperio de Oriente, en el año 1345, se realizó el trabajo privado de mayor envergadura del Derecho Romano Bizantino. Fue efectuado por el juez de Tesalónica, llamado Constantino Harmenopoulos. Esta obra fue llamada *Hexabiblos*. Está formada por seis libros, redactados sobre la base de la *Synopsis Basillicorum*. Terminó siendo la forma definitiva donde perduró el Derecho Romano Oriental en la Europa Bizantina, hasta que fueron sometidos por los otomanos, aunque su vigencia en Grecia se efectivizó en el año 1835.

2. El Derecho Romano estaba oscurecido, pero, a fines del siglo XI comenzó una importante reacción cultural, que tuvo repercusión en el campo del derecho; con el hallazgo de un manuscrito del Digesto, en el año 1137 por parte de los pisanos, en la ciudad de Amalfi. A partir de este hecho, fue donde se comenzó a renovar el estudio del Derecho Romano, al fundarse, en Bolonia, una escuela de jurisconsultos, en el siglo XII, que estuvo a cargo de un profesor de letras, llamado Irnerio, quien encaró el estudio de manera consciente y sistemática, de la compilación de Justiniano, lo que hizo que esta Escuela de Artes, se convirtiera en la más prestigiosa Universidad, con estudiantes de todo Occidente, llegando a contar, en su momento, con alrededor de 10.000 alumnos. La labor de Irnerio y sus discípulos, fue de una total reverencia al texto. Debían explicarlo con toda objetividad, tratando de superar las contradicciones, aplicando un método exegético, que consiste en explicaciones, deducciones y sistematización, por medio de glosas, que son anotaciones marginales e interlineales. Los glosadores procedían a explicar, como lo hacen los gramáticos, una palabra o frase, o un pasaje del texto. La escuela fue formando un disperso y complejo bagaje de glosas de difícil acceso intelectual. Por ello, a mediados del Siglo XIII, un Profesor de Bolonia, Accursio, realizó una compilación de las glosas, componiendo un comentario total del Digesto, que fue llamada la *Glosa Magna de Accursio*, teniendo una autoridad indiscutida en la práctica jurídica hasta el siglo XIV. El objetivo de los glosadores fue la aplicación del método exegético sobre el *Corpus Iuris*, aplicado a las realidades concretas de la práctica jurídica, sin considerarlo en su aspecto histórico (o sea no lo contextualizaron en el tiempo en que se redactó). Los comentaristas o posglosadores surgieron en el Siglo XIV. Aplicaron el método

escolástico, (método inductivo – deductivo o aristotélico) adoptando una actitud ante el Derecho Romano, no solo receptiva, sino que crearon derecho. Adaptaron y transformaron el *Corpus Iuris* a las necesidades de la época, con finalidad práctica. Siguió con la interpretación ahistórica de los glosadores, pero tratando de hacerlo compatible con el derecho local y el canónico. Su principal figura fue Bartolo de Saxoferrato, y su discípulo Baldo de Ubaldis.

3. En la segunda mitad del Siglo XV apareció una corriente espiritual denominada Renacimiento, que hizo despertar el entusiasmo por el estudio de la antigüedad griega y romana. Fue una transición de la Edad Media a la Edad Moderna, naciendo dos escuelas jurídicas: la Humanista y la del Derecho Natural. La Escuela Humanista para descubrir a los clásicos, consideró necesario, liberar a las fuentes de las interpolaciones, errores y falsificaciones que habían incurrido los antiguos copistas. Fue una reacción contra el método escolástico, adquiriendo mayor importancia la doctrina, reverenciando la jurisprudencia clásica, retornando a las puras fuentes romanas, sin tomar en cuenta solamente, la aplicación práctica del Derecho Romano. Investigaron el derecho desde una visión histórica, efectuando, principalmente, un análisis para ver si los textos eran originales. La Escuela de Derecho Natural nació por la necesidad de la formación de un derecho de carácter internacional, en los distintos pueblos occidentales, que habían recibido el Derecho Romano. Fue una reacción contra el método humanista, basado en un criterio histórico. Los sostenedores del Derecho Natural, querían un derecho que pueda aplicarse a los individuos en cualquier sociedad organizada, tomando en cuenta, las normas del Derecho de Gentes romano y sus principios universales.
4. Savigny y su Escuela Histórica, afirmaron que el origen del derecho había de situarse en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se expresaba como costumbres y tradiciones. Recién cuando ya estuvieran arraigadas esas tradiciones y el pueblo ya tuviera definida su identidad, podía codificarse.
5. En el ingreso del Derecho Romano en la Argentina pueden destacarse cuatro periodos bien definidos. El primero va desde la segunda mitad del Siglo XVI, hasta la fundación de la Universidad de Córdoba en el año 1614; el segundo se extiende desde el nacimiento de esta Universidad, hasta la creación en ella, de la Cátedra de Institutas en el año 1791. El tercero, desde la creación de esta cátedra hasta el año 1834, donde Vélez Sársfield realizó trabajos sobre concordancias del Derecho Romano y el Derecho Patrio. El cuarto ciclo transcurrió desde 1834 hasta la sanción del Código Civil en el año 1869. Resalta Agustín Díaz Bialeto en su libro “La recepción del Derecho Romano en la Argentina”, que su introducción fue por el Derecho Hispano, y también se debe destacar una serie de hechos importantes que pasaremos a citar. En el año 1614 se produjo la fundación de la Universidad de Córdoba, donde el Derecho Romano estaba implícito en la legislación castellana, de indias y canónica. En el año 1791, se creó en Córdoba, la Cátedra *Instituta de Justiniano*, y donde el Derecho Romano se estudió junto con el Derecho Castellano. En el año 1821 se fundó la Universidad de Buenos Aires. En el año 1861, se creó la Cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires a cargo de Vicente Fidel López, el cual fue sucedido por importantes catedráticos romanistas. En el año 1869 fue aprobado el *Código Civil Argentino*, que fue

elaborado por Vélez Sarsfield. De sus 4051 artículos, encontramos que 2099 se tomaron del *Corpus Iuris Civilis*, 799 de forma directa y 1300, indirectamente, según consta en sus notas. Para su confección, Vélez tomó partes del *Código Civil Francés*, del *Esboço de Freitas*, del *Proyecto de Código Civil Chileno* y del *Código de Luisiana* que fue inspirado en el *Código de Napoleón*. En el año 1897 se fundó la Universidad Nacional de La Plata. En el año 1906 se creó la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata y la Cátedra *Historia del Derecho Romano*, siendo su primer titular Salvador de la Colina. En el año 1921 la cátedra se llamó *Evolución de las Instituciones Jurídicas en Roma*, y en el año 1953, pasó a llamarse *Derecho Romano*, siempre manteniéndose en el primer año de la carrera de abogacía.

Ahora que has leído las síntesis, respondido las preguntas en base a los textos teóricos, trata de contestar verdadero o falso a las siguientes afirmaciones, justificando todas ellas. Si una parte es verdadera y otra falsa, son falsas. Al final, tendrás las respuestas, pero te recomendamos que las uses solo para la autocorrección.

1. En la monarquía romana, tanto el derecho civil como el derecho de gentes fueron aplicados a los patricios.
2. Latinos, sabinos y etruscos, fueron las tres tribus que conformaron Roma, siendo los etruscos los últimos en gobernar hasta el nacimiento de la República.
3. Los comicios centuriados, creados por el rey Servio Tulio terminaron con la existencia de los comicios curiados y tribados.
4. En la Monarquía, la principal fuente del derecho, fueron las leyes comiciales.
5. En la República romana desapareció el poder unipersonal del rey.
6. Las características de las magistraturas republicanas eran ser electivas, anuales, responsables y colegiadas.
7. El edicto del pretor se renovaba anualmente y fue la principal fuente del derecho civil republicano.
8. Los patricios y plebeyos ocuparon las magistraturas al establecerse la República en el año 509 a. C desapareciendo las diferencias entre estas dos clases sociales, tan marcadas en la Monarquía.
9. Los senadoconsultos adquirieron fuerza de ley en el Alto Imperio y fue uno de los motivos, por el que se conoce a este período, como diarquía.
10. Augusto concentró abruptamente el poder de las magistraturas en su persona, cuando asumió el poder, en el año 27 a. C, eliminando las formas republicanas.
11. El gobierno de Augusto fue de constantes luchas internas por el poder.
12. En el Bajo Imperio el emperador concentró todo el poder en su persona.
13. El sistema de tetrarquías se estableció para dividir definitivamente el imperio romano en occidental y oriental.
14. Constantino unificó el imperio y adoptó el cristianismo como religión oficial.
15. Las fuentes del derecho en el Bajo Imperio fueron las constituciones imperiales y las respuestas de los jurisconsultos.

16. El imperio occidental cayó en poder de los bárbaros el año 476 y aplicaron en ese territorio sus propias leyes, desconociendo las romanas.
17. En el imperio oriental, tras la muerte de Justiniano, se respetó su decisión de no hacer modificaciones a su obra.
18. En occidente, resurgieron los estudios sobre el derecho romano a partir del siglo XV.
19. La principal diferencia entre las escuelas de los glosadores y la de los posglosadores, fue el método que emplearon para el estudio del *Corpus Iuris Civilis*.
20. En Argentina, el derecho romano ingresó a través del derecho español y se plasmó en el Código Civil de Vélez Sársfield.

Respuestas

1. Falso. En la Monarquía no existía el derecho de gentes, que apareció en la República por obra del pretor. El derecho civil en la monarquía, representado por las *mores maiorum* sí era exclusivo de los patricios y sus clientes, ya que los plebeyos no podían consultar las fórmulas sagradas en poder del colegio de los pontífices.
2. Verdadero. Los primeros cuatro de los siete reyes alternaron su gobierno entre latinos y sabinos. Tarquino el Antiguo, rey etrusco, fue sucedido por Servio Tulio, criado en el palacio de Tarquino, aunque era hijo de una esclava de guerra. El último rey etrusco fue el déspota, Tarquino el Soberbio.
3. Falso. Si bien el rey Servio Tulio creó los comicios centuriados en base a la riqueza de los ciudadanos, también creó los tribados, atendiendo al lugar de residencia (si eran tribus urbanas o rurales) y no suprimió los comicios curiados, donde solo participaban los patricios, aunque en la República perderán importancia en asuntos de carácter público.
4. Falso. Las leyes comiciales fueron una gran fuente de derecho en la República. En la monarquía, las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*) y tal vez las pretendidas leyes regias fueron las fuentes de derecho.
5. Verdadero. En la República el poder unipersonal del rey fue reemplazado por una magistratura colegiada (dos cónsules) a los que luego se agregaron otros magistrados que fueron compartiendo el poder, de modo temporal (en general un año) siendo responsables por su gestión.
6. Verdadero. Las magistraturas eran electivas. Los magistrados superiores eran elegidos por los comicios centuriados, mientras que los tribados elegían a los inferiores. Eran en general anuales, salvo la censura, durando los censores 18 meses y reuniéndose cada cinco años. Eran responsables, pues no podían gobernar a su capricho siendo obligados a rendir cuentas. En general eran colegiadas, con algunas excepciones, como el caso de los pretores que cumplían sus funciones de modo individual.
7. Falso. Si bien el edicto del pretor se renovaba cada año al asumir el nuevo magistrado, fue la fuente principal del derecho honorario, no del derecho civil.

8. Falso. Al inicio de la República las magistraturas fueron patricias. Los plebeyos fueron progresivamente consiguiendo derechos en esta etapa a partir de su intento de secesión. Recién aproximadamente un siglo después de iniciada la República pudieron incorporarse al *cursus honorum* y en el 367 a. C, fue obligatorio que uno de los cónsules fuera plebeyo.
9. Verdadero. Los senadoconsultos, que eran las decisiones que el senado mandaba y establecía adquirieron en esta etapa fuerza de ley, así como los senadores tuvieron la potestad de gobernar las provincias pacificadas. Por esta razón Mommsen ha dicho que podría ser considerado una diarquía.
10. Falso. Si bien Augusto fue concentrando todos los poderes de los magistrados republicanos en su persona, lo hizo de modo paulatino, y sin abolir las magistraturas. Las dejó subsistentes, vaciándoles sus atribuciones.
11. Falso. El gobierno de Augusto fue conocido como el de la *pax romana*, porque logró eliminar las luchas internas y engrandeció a Roma.
12. Verdadero. En el Bajo Imperio, que comenzó con Diocleciano, en el año 284, el emperador era un *dominus*, un amo y señor, aboliéndose definitivamente las magistraturas, los comicios y el senado.
13. Falso. El sistema de tetrarquías, tuvo por objetivo dividir el territorio administrativamente, sin afectar su unidad. Los objetivos fueron custodiar las fronteras y asegurar una sucesión ordenada al trono imperial.
14. Falso. Si bien Constantino unificó el imperio, terminando con las tetrarquías, y fue defensor del cristianismo, convirtiéndose a esa religión en su lecho de muerte, el imperio romano adoptó oficialmente el cristianismo con Teodosio I en el año 380.
15. Verdadero. Con el emperador como *dominus*, la ley era lo que de él emanaba en forma de constituciones imperiales, con prescindencia de las leyes comiciales, edicto del pretor, senadoconsultos o plebiscitos. Las respuestas de los jurisconsultos (*iuras*) siguieron vigentes usándose el *ius publice respondendi*, hasta el año 426, donde comenzó a regir la Ley de Citas hasta que fue derogada en el siglo VI por el Digesto de Justiniano.
16. Falso. Si bien fue en el año 476, cuando el Imperio de Occidente cayó en poder de los bárbaros, éstos fueron admiradores de las leyes romanas, y adoptaron en su mayoría el sistema de la personalidad de la ley, creando las leyes romano-bárbaras para sus súbditos romanos, redactadas en base a los textos romanos. Incluso el Edicto de Teodorico, dictado para los ostrogodos fue de aplicación general, para godos y romanos.
17. Falso. Las modificaciones fueron necesarias para adaptar el *Corpus* a la lengua hablada por la población, el griego, y para reducir su extensión. Así surgieron entre otras obras, la *Paráfrasis de Teófilo*, las *Basílicas* y el *Hexabiblos*.
18. Falso. Resurgieron a partir del siglo XII cuando se encontró en Pisa un manuscrito del Digesto que dio nacimiento a la escuela de los glosadores fundada por Irnerio.
19. Verdadero. Los glosadores usaron el método literal o exegético y los comentaristas o postglosadores, el inductivo-deductivo, dialéctico o aristotélico, tratando de conciliar la razón con la fe.

20. Verdadero. España, conquistadora de nuestro territorio impuso sus normas basadas en el Derecho Romano en las colonias. Las universidades lo estudiaron y el Código de Vélez de 1871, tuvo una enorme influencia del Derecho Romano, especialmente en materia de derechos reales y creditorios.

Conclusiones

Hemos hecho un recorrido desde el nacimiento de la ciudad de Roma, viendo como paulatinamente, fue creciendo en extensión, mientras la figura del rey, que reunía todos los poderes del estado en la Monarquía, cedió con la creación de la República en el 509 a. C, para dar paso a las magistraturas con una verdadera división de poderes limitados y temporales. Sin embargo, hacia fin del período, las ambiciones personales de ciertos personajes, van a volver a intentar concentrar los poderes en una sola persona, lo que se concretó paulatinamente en el Alto Imperio (27 a. C) para consolidarse el poder en un *dominus*, amo y señor, en el Bajo Imperio.

También vimos como las fuentes del derecho, fueron evolucionando desde las *mores maiorum* o costumbres de los antepasados en la Monarquía, a una gran cantidad de fuentes en la República, destacándose principalmente las leyes comiciales y el edicto del pretor, las que irán desapareciendo gradualmente en el imperio, hasta culminar en el Bajo Imperio con la producción legislativa en manos del emperador (constituciones imperiales) y con las respuestas de los jurisconsultos (*iuras*). Finalmente vimos la magnífica obra del emperador Justiniano en el siglo VI, que se constituyó en fuente de nuestro derecho occidental, y cómo fue el destino de esta excelsa producción, en oriente y occidente.

Referencias

Fuente:

Justiniano. (1872). *Digesto*, Tomo 1. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Imprenta de Ramón Vicente.

CAPÍTULO 2

La persona y la familia en Roma

Alfredo Luis Brunetti

Unidad 6. La persona. Clases. Status

En el Derecho Romano, en principio, no existió una teoría general de la persona, se hablaba de los hombres, es decir los entes biológicos que consistían en la unidad psicofísica humana. En el Digesto D.1.5.2 Hermogeniano dice que “todo el *ius* ha sido constituido por causa de los hombres”, pero lo que interesa es su situación jurídica llamada *status*. Hermogeniano. D.1.5.2, libro I del Epítome del derecho. “Supuesto que todo el derecho fue establecido por causa de los hombres, trataremos lo primero del estado de las personas”.

Gayo D.1.5.3. Libro I de las Instituciones, nos dice: “La principal división que hace el derecho, es esta; todos los hombres son libres o siervos”.

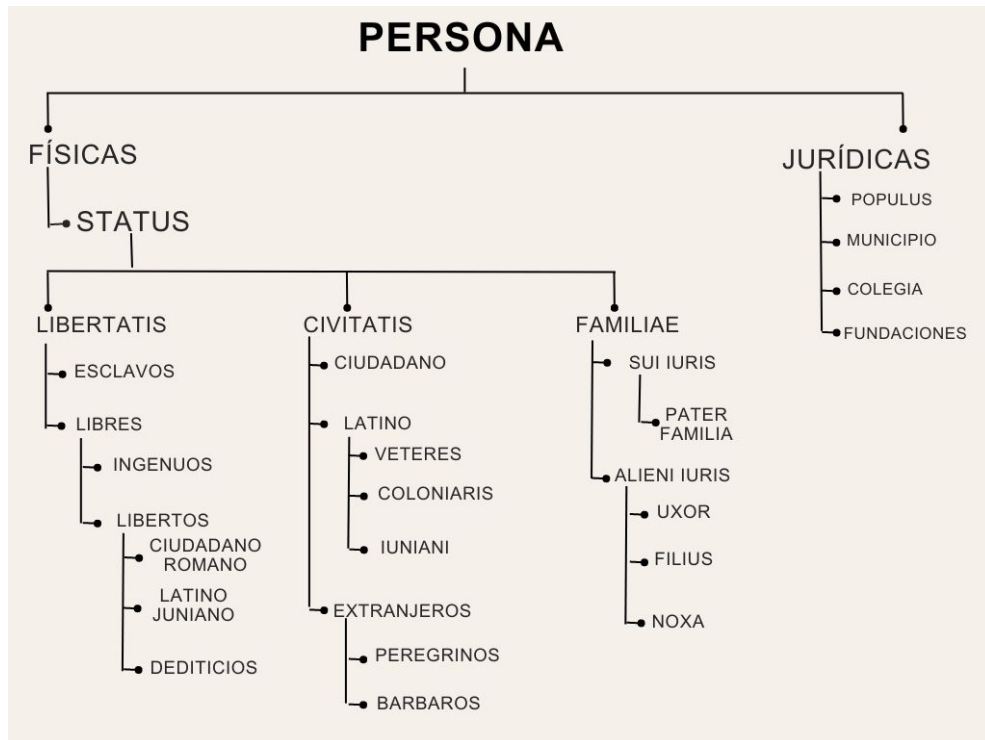
En Florentino libro IX de las instituciones se lee:

§ . 1. La servidumbre es una constitución del Derecho de Gentes, en fuerza de la cual se sujeta alguno al dominio ajeno contra la naturaleza.

§ . 2. Los siervos se llamaron y se llaman en latín *servi*, del verbo *servo*, que significa guardar, porque los emperadores solían vender los cautivos, y con este fin los solían conservar y no matarlos. (D.1.5.4).

En sentido técnico jurídico, era persona, el hombre capaz de derecho, cuya voz podía ser oída y era tenida en cuenta por las normas jurídicas, pero a ellas se sumaban, las organizaciones humanas, a las que la ley les otorgaba capacidad jurídica. Había, en efecto, dos clases de personas: las físicas y las jurídicas (lo que se mantiene en la actualidad). Las primeras gozaban de mayor o menor capacidad de derecho, según su *status*. Dentro del *libertatis*, los esclavos no poseían capacidad jurídica, pues revestían la calidad de *homos*, cosas con cualidades especiales y atributos humanos, pero objetos de derecho y no sujetos del mismo. A su vez, las personas jurídicas, aparecieron en el derecho romano como embrión, y su desarrollo fue posterior, dividiéndolas Savigny, en corporaciones y fundaciones, a las que sumó al fisco. De los diferentes *status* que podían tener las personas físicas y ejemplos de personas jurídicas, hemos hecho un resumen en la siguiente figura:

Figura 2.1



En base a lo expuesto, y el contenido teórico de los libros aconsejados, reflexiona y responde:

1. ¿Existía en el Derecho Romano una teoría sobre el significado de persona?
2. ¿Cuál era el significado primitivo de persona?
3. ¿Cuál era la principal división de las personas?
4. ¿Los hombres libres como se dividían?
5. ¿Cómo se llegaba a la esclavitud?
6. ¿Cuándo se nacía esclavo?
7. ¿Cómo se llegaba a la esclavitud por un hecho posterior al nacimiento?
8. ¿Podía ocurrir algún pacto entre una ciudadana romana y el amo de un esclavo?
9. ¿Si el liberto fuera ingrato con su patrono; ¿éste podía revocar la libertad?
10. ¿Constantino y Justiniano hicieron algunas reformas a las causas de arribar a la esclavitud?
11. ¿Con Justiniano cuáles eran las penas que llevaban a la esclavitud por el *ius civile*?
12. ¿Había alguna diferencia en la condición legal de las personas libres?
13. ¿Quiénes eran los ingenuos?
14. ¿Quiénes eran los libertos?
15. ¿Cómo se dejaba de ser esclavo?
16. ¿Por qué causales el emperador podía dar la libertad a un esclavo?
17. ¿Qué tipo de manumisiones existían?

18. ¿Cuáles eran las solemnes y cuáles las no solemnes?
19. ¿Eran ilimitadas las manumisiones?
20. ¿El hijo de una esclava era esclavo?
21. ¿Por qué a un ciudadano romano se lo tachaba de infame y qué consecuencias acarrearaba?
22. Los libres eran de dos clases. ¿Cuáles eran y qué diferencia había en su condición?
23. Si un ciudadano romano caía en cautividad y después recuperaba la libertad ¿Cuál era la ficción que utilizaban los romanos para que ese romano recuperara la ciudadanía y las cuestiones de derecho?
24. ¿Por qué causales se era ciudadano romano?
25. Si un niño nacía sin que sus padres hubieran contraído *iustae nuptiae*, ¿este niño seguía la condición del padre o de la madre?
26. ¿Si este niño nacía a comienzos del siglo I a.C. y hasta la época de Adriano, qué condición seguía?
27. ¿Los latinos podían alcanzar la ciudadanía antes de la constitución Antoniana dictada por Caracalla?
28. ¿Se podía perder la ciudadanía romana?
29. ¿Cuándo se sufría la pena del destierro?
30. ¿Qué entendemos por *deportatio insulae*?

Respuestas

1. No existía una teoría general de las personas físicas. Se decía de los hombres, es decir los entes biológicos que consisten en la unidad psicofísica humana, que lo que interesaba era su situación jurídica es decir su *status* en lo que concernía a la posición que ocupaba en la sociedad, esto es su situación de libre o esclavo; ciudadano romano, latino o extranjero, si era *sui iuris* o *alieni iuris*. El vocablo persona hacía referencia jurídica al *homo* en relación con su *status*. Gayo, en D.50.16.152: Comentarios a la ley Julia y Papia, libro X nos dice: “No se duda que bajo la palabra hombre tanto se comprende al hombre como a la mujer”.
2. Era la máscara que tenían los actores y representaban a un personaje.
3. Gayo 1.9: “Referente al derecho de las personas, la división más amplia es ésta: todos los hombres son libres o son esclavos”. Paulo, D.4.5.3.1: “Los esclavos no tienen capacidad jurídica propia, la persona del siervo no es conocida por el Derecho, y por lo tanto no puede mudar de estado”. Ulpiano, D.50.17.32. Comentario a Sabino, libro XLIII. “Por lo que pertenece al derecho civil, los siervos no se tienen por persona, pero no se dice lo mismo según el derecho natural; pues en todo lo perteneciente a este derecho, todos los hombres son iguales”. En el derecho posclásico persona se refería a los hombres libres, y a los esclavos, como *homos*.

4. Las institutas de Justiniano libro I título III párrafo V, nos dicen: “No hay diferencia en la condición de los esclavos, más entre los hombres libres hay muchas; o son ingenuos o libertinos”. Gayo 1.10: “Entre los hombres libres unos son ingenuos y otros son libertos”. Gayo 1.11: “Son ingenuos aquellos que han nacido libres, en cambio son libertos los que, sometidos a una justa esclavitud han sido manumitidos”. D.1.5.4. Florentino, libro IX de las instituciones: “La libertad es una facultad natural de hacer aquello que a cada uno le agrada, sino es que le está prohibido por alguna ley, o se lo impida la violencia”
5. Por el nacimiento o por un hecho posterior.
6. Cuando se nacía de una mujer esclava, el hijo de una esclava era esclavo como su madre, sin interesar si el padre era libre o esclavo, este hijo/a era esclavo del mismo amo de la madre, se los llamaba *verna* que significaba hijo nacido en la casa del dueño. Marciano nos comenta en el libro I de las Instituciones:

Los ingenuos son los que nacieron de una madre libre, les basta que al tiempo de nacer fuese su madre libre, aunque concibieron siendo esclavas; y al contrario concibiendo libre y pario siendo esclava, agradó que nazca libre lo que nace. Ni es del caso concebida o no legítimamente casada, porque la calamidad de la madre no debe perjudicar lo que está en el vientre. §. 3. Por esto se pregunta, si la esclava preñada se manumite, y después volvió hacerse esclava o a ser expulsada de la ciudad parió, si es libre o siervo lo que parió; y está aprobado por más recto que nace libre; y que al que está en el vientre le basta el haber nacido de madre libre, aunque solo lo haya sido en el medio tiempo de la concepción y el parto. (D.1.5.5.2).

7. Según el derecho de gentes era por el cautiverio en una guerra formalmente declarada. La declaración de guerra a un pueblo enemigo importaba la decisión política y la realización de un rito en el cual intervenía el jefe de los feciales (Di Pietro, 2015, p.131). No caían en esclavitud los prisioneros en una guerra civil ni tampoco y así lo comenta Paulo en el D.49.15.19.2: “Los que agarran los piratas o ladrones permanecen libres”. Por el *ius civile* si se cometían determinados hechos que eran castigados con la esclavitud como, por ejemplo, en el derecho antiguo, quien no se hubiese anotado en el censo, el que desistía al ejército, el que sufría la *manus iniectus* por la cual podía ser vendido como esclavo al otro lado del río Tíber. En el derecho clásico los condenados a ciertas penas graves. Éstas consistían en combatir en el circo romano que en algunas ocasiones en la era antigua, los hacían combatir con bestias feroces o a trabajar en la minas. Un senadoconsulto Claudiano del año 54 de nuestra era, castigaba a la mujer libre que mantenía relaciones sexuales con el esclavo de otro, después de una triple advertencia del amo de este esclavo y si hacía caso omiso, se la castigaba con la esclavitud, por lo cual el amo del esclavo ahora también era amo de la mujer. También caía en esclavitud el hombre libre que se hacía vender como esclavo por un cómplice suyo, y después se repartían el dinero por la compra de este (Di Pietro, 2015, p.132). Dice Ulpiano:

Los hombres libres, en especial si los que pasaban de veinte años permitieran ser vendidos, o incurrieron en servidumbre por cualquier otra razón, pueden también reclamar la libertad; a no ser que hubiesen sido vendidos para participar del precio. §. 1. Si el que era menor de veinte años consistió en ser vendido para participar del precio, esto no lo perjudicará después de los veinte años, pero si permitió ser vendido antes, y participó del precio después de los veinte años, se le podrá negar la libertad. (D.40.12.7). Pomponio, en epístolas y doctrinas varias, libro XI: A los que permitieron ser vendidos, se les deniega la licencia de reclamar su libertad. Preguntó si esta constitución del senado pertenece también a los que nacen de las mujeres que permitieron ser vendidas. No se puede dudar que a las mayores de veinticinco años que permitieron ser vendidas, se les deniegue también la licencia de reclamar la libertad. Tampoco se los ha de conceder a los que nacieron de ellas en el tiempo que estuvieron en servidumbre. (D.40.13.3)

8. Así, en efecto, según el senadoconsulto *Claudianum*:

Una ciudadana romana que se ha unido con un esclavo ajeno con el consentimiento de su *dominus*, podía por medio de un pacto permanecer libre, pero el hijo que daba a luz era esclavo, pues dicho senadoconsulto confirmaba como válido lo que convinieran la mujer y el *dominus*. Pero posteriormente el divino Adriano impresionado por la inicuidad de este acto y la inteligencia de esta solución jurídica, restableció la regla del *ius gentium* por la cual la mujer permanece libre y el hijo que da a luz es también libre. (Gayo 1.84)

9. Si, y así nos comentan Constantino y Modestino:

Dice una constitución del emperador Cómodo, si los libertos injuriaren al patrono o pusieren las manos en ellos o no los alimentaren hallándose enfermos o en necesidad, en primer lugar, volverán a la potestad del patrono y se les precisarán a que los sirvan y si no se corrigiesen de este modo, se venderán por el pretor y se dará su importe al patrono. (D.25.3.6.1).

10. Constantino suprimió la condena a combatir con las fieras en C.11.43.1 y Justiniano determinó que la condena al trabajo a las minas no aparejaba la esclavitud. (Di Pietro, 2015, p.132).
11. El caso del hombre libre mayor de 20 años que se hiciera vender como esclavo defraudando al comprador y por ingratitud del amo hacia su patrono.
12. El derecho civil establecía varias diferencias entre los ciudadanos y extranjeros y entre los ingenuos y libertos.
13. El que nació libre y continúa siéndolo.
14. Al que ha sido liberado de una esclavitud. Gayo 1.12: "Por otra parte, los libertos se dividen en tres clases: los ciudadanos romanos, los latinos y los *dediticios*".

La ley *Aelia Sentia* disponía que los esclavos que habían sido encadenados por sus *domini* a título de pena, así como también aquellos que habían sido estigmatizados con la marca, aquellos que por sospecha de infracción se los ha sometido a tormentos y han sido reconocidos culpables, aquellos que han sido entregados para combatir con armas o contra las bestias feroces, o han sido destinados a los juegos del circo, y luego manumitidos por su propio dueño se convierten en hombres libres que están en la misma condición que los peregrinos *dediticios*. (Gayo 1.13)

Gayo 1.14: “Son llamados peregrinos *dediticios* aquellos que habiendo alguna vez aceptado tomar las armas contra el pueblo romano, fueron vencidos y se rindieron a discreción”.

En efecto, el esclavo se convierte en ciudadano romano cuando concurren las tres condiciones siguientes, a saber: ser mayor de treinta años, que su *dominus* haya tenido sobre él el “dominio quiritario” y que haya sido manumitido por un modo justo y legal, es decir por vindicta, por censo o por testamento; pero si faltare alguna de estas condiciones, el esclavo se convertirá en “latino”. (Gayo 1.17).

15. Por la liberación del amo por intermedio de las manumisiones o por favor imperial.
16. Esto se daba cuando el esclavo realizaba una conducta destacada, por ejemplo, cuando denunciaba y probaba quien había matado a su amo; cuando denunciara a un falsificador de monedas; el rapto de una virgen; o si presentaba a un desertor del ejército. Con el tiempo fueron apareciendo otras formas de alcanzar la libertad como cuando Marco Aurelio que fue emperador de Roma durante los años 161 al 180 d.C. dispuso que se diera la libertad a la esclava que se la obligaba a la prostitución en contra de lo que se había pactado en la venta. En la época posclásica y a partir de Constantino al esclavo que se convertía en monje. (Di Pietro, 2015, pp. 133-134).
17. Las manumisiones eran de dos clases; las manumisiones solemnes y las no solemnes.
18. Las manumisiones solemnes eran de tres clases básicamente, con el tiempo y ya en época de Constantino se agregó una más. Eran: a. *per vindicta*, que consistía en un acto solemne ante el pretor, cónsul o gobernador de provincia; donde el amo presentaba al esclavo y el *adsertor libertaris*, que era un lictor de la guardia del magistrado. Afirmaba su libertad tocando al esclavo con una varita y el dueño guardaba silencio; b. *per censum*, que se daba cuando el amo autorizaba al esclavo a anotarse en el censo de los ciudadanos (este procedimiento se hacía cada cinco años); c. por testamento, que era cuando el dueño lo ordenaba en su testamento, declarando que el esclavo después de su muerte, era un hombre libre. Constantino agregó otra forma solemne, llamada *manumissio in ecclesia*; ésta se realizaba en las iglesias en presencia de prelados (que era el superior eclesiástico en esa Iglesia) y la comunidad cristiana reunida. Se podía hacer en cualquier momento, pero generalmente la práctica era que se hacía en pascuas. Las no solemnes eran cuando se le daba un trato

familiar o se lo hacía sentar en la mesa del señor o por carta, donde se le hacía saber que desde ese momento era un hombre libre. (Di Pietro, 2015, pp.134-135).

19. Las leyes *Aelia Sentia* (4 d.C.) y la ley *Fufia Caninia* (2 d.C.) pusieron ciertos requisitos de edad y a la cantidad de esclavos que se podían manumitir. El requisito relativo a la edad fue introducido por la ley *Aelia Sentia*. En efecto, esta ley dispuso que “los esclavos menores de 30 años no puedan, una vez manumitidos, convertirse en ciudadanos romanos, salvo el caso de que hayan sido manumitidos por vindicta después de aprobarse ante el consejo una justa causa de manumisión”. (Gayo, 1.18).

Como justa causa de manumisión, citamos, por ejemplo, la manumisión de un hijo o hija natural, la de un hermano o hermana natural, la de un niño recogido y educado, la de un preceptor suyo, la de un esclavo para que le sirva de *procurator*, o la de una esclava con la que se quiera casar. (Gayo 1.19).

Si el dueño no tenía 20 años la manumisión era nula. La ley *Fufia Caninia*, limitó las manumisiones por testamento.

En efecto, a aquel que tenga más de dos esclavos, pero no más de 10 le está permitido manumitir hasta la mitad de ese número. Al que tenga más de 10 pero no más de 30, le está permitido manumitir hasta la tercera parte de ese número. Al que tenga más de 30 pero no más de 100, le es dada la facultad de manumitir hasta la cuarta parte. Por último, a aquel que tenga más de 100, pero no más de 500, no le está permitido manumitir más que la quinta parte. Por otra parte, cuando se trate de más de 500 esclavos en esta ley no se hace ninguna mención; pero, sea cual fuera el número de esclavos, la ley prohíbe manumitir más de 100. En cuanto a aquél que sólo tiene uno o dos esclavos como esta ley nada dice a su respecto, tiene por ello la libre potestad de manumitirlos. (Gayo, 1.43).

No se aplica dicha ley a otras manumisiones que no sean las realizadas por testamento de tal modo que les está permitido a aquéllos que manumiten per vindicta, por *censum* o *inter* amigos, otorgar la libertad a la totalidad de sus esclavos, con tal que ninguna otra causa impida la libertad. (Gayo, 1.44).

20. Hay que hacer algunas diferencias según los casos:

Si una mujer esclava ha concebido de un ciudadano romano y da a luz después de haber sido manumitida y hecha ciudadana romana, si bien el hijo es ciudadano romano como lo es su padre, sin embargo, no queda bajo la patria potestad, puesto que no ha sido concebido en una unión legítima y además ningún senadoconsulto permite considerar como legítima semejante unión. (Gayo, 1.88).

En cuanto a la solución según la cual el hijo concebido de la unión de una mujer esclava y un ciudadano romano, pero que ha nacido luego de manumitida su madre nace libre, se justifica por una razón natural, en efecto, el estado de los hijos concebidos ilegítimamente se determina en el tiempo de su nacimiento; así si nacen de una mujer libre, ellos son libres y no importa que cuando la madre los concibió hubiese sido esclava; en cambio, el estado de los hijos concebidos ilegítimamente se determina en el tiempo de la concepción. (Gayo, 1.89).

Es por eso que, si una mujer ciudadana romana encinta fuese objeto de interdicción del agua y del fuego y de este modo convertida en extranjera, ocurriendo después el parto, según opiniones de numerosos autores, es necesario hacer una distinción; si se ha concebido en *iustae nuptiae*, el hijo nace ciudadano romano; si en cambio ha concebido fuera de las *iustae nuptiae*, el hijo nace extranjero. (Gayo, 1.90).

Lo mismo ocurre si una ciudadana romana encinta ha sido hecha esclava en virtud del senadoconsulto *Claudianum* por haberse unido a un esclavo ajeno contra la voluntad de su *dominus* y a pesar de sus advertencias; la mayoría distingue y estima que si el hijo ha sido concebido en *iustae nuptiae* entonces nace ciudadano romano, en cambio, si fue concebido en una unión fuera de las *iustae nuptiae*, entonces nace esclavo de aquel *dominus* a quien pertenece su madre esclava. (Gayo, 1.91).

Por esto se pregunta, si la esclava preñada se manumite, y después que volvió hacerse esclava o a ser expulsada de la ciudad parió, si es libre o siervo lo que parió, y está aprobado que nace libre, y que el que está en el vientre le basta el haber nacido de madre libre, aunque solo lo haya sido en el medio tiempo de la concepción al parto. (Marciano, D.1.5.5.3).

21. La tacha de infamia traía aparejada distintas consecuencias y consistía en la pérdida del honor civil, es decir de la *existimatio*, que era la posición de dignidad. Existía la infamia censoria que consistía en la pérdida de sus actuaciones políticas (sufragio, honores) por ser un ciudadano indigno. La Infamia consular, la sufría el ciudadano que era vetado para ser candidato en los comicios, generalmente esta tacha la llevaba a cabo el cónsul. También existía la infamia pretoria por la cual se les prohibía la representación judicial. (Di Pietro, 2015, pp. 147-148). Gayo en sus institutas dice:

En algunas acciones, como por ejemplo en la *actio furti*, la *actio vi bonorum raptorum*, la *actio iniuriam iudicium*, lo mismo que en la *actio pro socio*, la *actio fiduciae*, la *actio tutelae*, la *actio mandati* y la *actio depositi*, aquellos que resulten condenados son tachados de infames. Salvo el caso de la *actio legis Aquiliae*, donde podía ser condenado por la mera culpa. (Gayo 4.182).

22. Los libres eran de dos clases: los ingenuos y los libertos; los ingenuos eran quienes habían nacido libres y lo continuaban siendo, los libertos en la época clásica se clasificaban en tres categorías: los libertos ciudadanos romanos, los libertos latinos *junianos* y los *dediticios*. Los libertos ciudadanos romanos carecían del *ius honorum*, tenían el *ius suffragii* en los comicios tribados, votando en alguna de las cuatro tribus urbanas. Con respecto al *ius privatum* tenían el *ius commercii* y el *ius conubium*, aunque por mucho tiempo les era prohibido contraer nupcias con ingenuos. Augusto lo permitirá, pero les estaba prohibido a las libertas contraer nupcias con personas del rango senatorial. Los libertos latinos *junianos* carecían del *ius publicum* y del *ius conubii*, solo tenían el *ius commercii*, pero solo limitado a los actos *inter vivos*. Los libertos *dediticios* era una categoría que se asimilaba a los peregrinos *dediticios*.
23. La ficción que utilizaban los romanos era el *ius postliminium*. Al escaparse del enemigo y llegar a suelo romano recobraba toda su situación jurídica anterior, menos las cuestiones de hecho, como el matrimonio y la posesión.
24. Generalmente se era ciudadano romano por haber sido concebido por padres romanos unidos en *iustae nuptiae*. También por hechos posteriores, por ejemplo, la manumisión de un esclavo por medios solemnes y cumpliendo con los requisitos de la ley *Aelia Sentia*. En la época republicana por concesión especial dada por el pueblo en los comicios; o por un senadoconsulto o una constitución en la época imperial. A partir de Caracalla, en el año 212 se les concedió la ciudadanía a todos los hombres libres que habitaban el imperio con excepción de los *dediticios*. (Di Pietro, 2015, pp.142-143).
25. El niño seguía la condición de la madre sin interesar la del padre, si la madre era romana el hijo seguía esa condición, sin importar la condición del padre.
26. La ley Minicia, sancionada a comienzos del siglo I a.C. cambió esta situación y dispuso que fuera da las *iustae nuptiae* si una ciudadana romana tenía un hijo con un latino o extranjero, seguía la condición del padre. Esta ley fue derogada por un senadoconsulto de la época de Adriano. Adriano fue emperador del imperio romano desde el año 117 al 138. (Di Pietro, 2015, p. 142).
27. Los latinos *veteres* tenían que cambiar el domicilio a Roma y dejar por lo menos un hijo varón en las ciudades latinas con el fin de evitar su despoblación. Los latinos *coloniaris* que hubieran sido magistrados en su ciudad y después trasladarse a Roma; esto fue suprimido por la ley *Licinia Mucia* en el año 95 a.C.; esto provocó una guerra social y para pacificar se les dio la ciudadanía romana a todos los latinos que vivían en la península de Italia, así adquirieron la ciudadanía romana. (Di Pietro, 2015, p. 144).
28. Sí, por distintas razones: cuando un ciudadano romano perdía la *capitis diminutio* máxima que era cuando caía en cautividad como prisionero de guerra; también cuando el ciudadano romano se convertía en latino *coloniarii*, o por pena, cuando se sufre el destierro.
29. Eran por cuestiones políticas y podía consistir en la prohibición del agua y del fuego que significaba la pérdida de la ciudadanía; también existió la *deportatio insulae* a quienes se lo desterraba a una isla. (Di Pietro, 2015, p. 143).
30. Debemos entender por deportados aquellos a quienes el príncipe destinó a las islas, o firmó sentencia de deportación, pero antes que confirme el príncipe la sentencia del pretor, parece que no perdió la

ciudadanía; y por consiguiente si muere antes que el príncipe confirme la sentencia muere siendo ciudadano. (Ulpiano D.32.1.1.3).

Casos prácticos Unidad 6

Caso Práctico nº1

Sticho y su esposa María tuvieron tres hijos, dos varones y una mujer. Vivían en Roma en la época de la ley de las 12 Tablas, y habían contraído *iustae nuptiae* por la *confarreatio*.

Sticho padecía una enfermedad mental, en realidad era un *furiosus*. Sus hijos y María ante esta situación, trataron de buscarle una solución a los raptos de locura de Sticho, quien estando en su sano juicio, dio la libertad a varios esclavos, algunos por *vindicta* y a otros les dio la libertad en formas no solemnes. La hija llegada a la pubertad contrajo *iustas nuptiae* con un joven adinerado, y el hijo mayor contrajo enlace por medio del *usus*, con Cornelia, ambos ya de 20 años. Sticho falleció sin dejar testamento y en un raptor de locura total.

Preguntas del caso

1. ¿Qué potestad tenía Sticho antes de su muerte en cuanto a las cosas materiales, su esposa, hijos y esclavos?
2. ¿Qué *status familiae* tenían sus hijos y su esposa antes de la muerte y después de la muerte de Sticho?
3. Ante la conmoción de ver a su padre *furiosus* ¿Qué solución pudieron encontrar?
4. ¿Pudo haber hecho Sticho testamento? ¿Y en tal supuesto hubiese sido válido?
5. ¿Los esclavos manumitidos en que categoría estaban?

Respuestas al caso

1. Sobre las cosas materiales el *dominium*; sobre la mujer, la *manus maritalis*, sobre sus hijos, la *patria potestas*; y sobre los esclavos, la dominica *potestas*.
2. Antes de la muerte de Sticho, los hijos y la mujer, que había contraído matrimonio *cum manu*, eran *alieni iuris*. Después de su muerte, eran todos *sui iuris*.
3. Ante los raptos de locura, la solución que tenían los hijos y la *uxor* era pedir un curador para Sticho.
4. Sticho pudo haber hecho testamento en sus intervalos lúcidos, pero no era válido, ya que no tenía la capacidad plena en el momento de su fallecimiento.
5. Los esclavos a los que les dio la libertad *per vindicta*, quedaron como libertos ciudadanos romanos, si cumplían con la *lex Aelia Sentia* (el esclavo tenía que ser mayor de 30 años y el amo mayor de 20 años). Sobre los esclavos a los que les dio la manumisión en forma no solemne, eran libres de hecho y su status era indefinido, hasta que la *lex Iunia Norbana* (19 d.C.) los denominó libertos latinos *iunianos*, porque están asimilados a los latinos *coloniarii*, puesto que reciben su libertad por la ley *Iunia*. (Gayo, 1.22).

Caso práctico n°2:

Lucio que era un buen ciudadano romano, fue tomado prisionero y cayó en esclavitud, en la guerra de Roma contra Cartago. Luego de un descuido logró huir y llegar a Roma, donde se enteró que su esposa se había casado nuevamente. ¿Por medio del *ius postliminun* podía alegar que el segundo matrimonio era nulo?

Respuesta al caso

Si un ciudadano romano caía en cautiverio y recobraba la libertad, recuperaba todas las cuestiones de derecho, pero no las de hecho, como lo eran el matrimonio y la posesión.

Caso práctico n°3

Cornelia, casada en *iustae nuptiae* con un ciudadano romano, dio a luz a un hermoso bebé. Por desgracia esta criatura respiró y luego se ahogó antes de que se corte el cordón umbilical ¿El bebé fue considerado nacido con vida?

Respuesta al caso

No, porque los requisitos eran tres: que haya nacido con vida, que no sea un monstruo, y que haya sido separado totalmente del seno materno; de lo contrario, se lo consideraba como una parte del cuerpo de la madre.

Caso práctico n°4

En los primeros años del imperio, Laura que había contraído *iustae nuptiae* y estaba embarazada de varios meses, comenzó a tener relaciones con un esclavo. El amo le advirtió tres veces que no tuviera más relaciones con su esclavo y le explicó lo que le sucedería si seguía teniendo relaciones. ¿En qué situación quedaría Laura después de la tercera advertencia infructuosa del amo del esclavo? ¿El hijo nacería esclavo o libre?

Respuesta al caso

Después de la tercera advertencia del amo, Laura quedaba esclava (que era una de las formas de caer en la esclavitud por el *ius civile*), el hijo nacía libre por aplicación del favor *libertatis* que decía, que, si la mujer era libre en algún momento de la concepción, el hijo era libre. Marciano, se preguntó:

Si la mujer esclava preñada se manumite, y después volvió a la esclavitud, o a ser expulsada de la ciudad y parió, ¿si es libre o siervo lo que parió?; y está aprobado que nace libre; porque el que está en el vientre le basta el haber nacido de madre libre, aunque lo haya sido en el medio tiempo de la concepción al parto. (D.1.5.5.3).

Caso práctico n° 5

Alejandro era un ciudadano griego que se dedicaba a la filosofía, por lo cual era muy culto. Al caer prisionero por el ejército romano y luego vendido como esclavo, lo compró Sempronio, un ciudadano romano de alta posición económica; al ver que Alejandro era tan culto lo mandó a educar a sus hijos. Al cabo de varios años, Sempronio le agradeció sentándolo a la mesa y dándole un trato amigable. ¿Qué significó para Alejandro ese amable trato y cuál fue su situación jurídica posterior?

Respuesta al caso

Ese trato amable le significó a Alejandro su manumisión y su situación jurídica como liberto latino *iuniano*.

Caso práctico n° 6

Una joven romana que estaba embarazada, había sido tomada como esclava en una guerra formalmente declarada por un pueblo enemigo de Roma, y al poco tiempo de estar prisionera nació el bebé. ¿Este niño recién nacido fue libre o esclavo? Fundamentar.

Respuesta al caso

Para los romanos, si la madre había gozado por un instante de libertad durante el embarazo, la criatura nacía libre. Marciano nos comenta que:

La esclava preñada que se manumite y después volvió a ser esclava o se la expulsa de la ciudad, el que está en el vientre nace libre, por haber estado la mujer libre, aunque sea un instante entre la concepción y el parto (D.1.5.5.3).

Caso práctico n°7

Se hizo un testamento por el cual el amo dejaba en libertad a Aroscusa si llegase a parir tres personas; sucedió que Aroscusa en el primer parto parió uno y en el segundo parto parió tres. ¿Cuál de estos niños también nació libre?

Respuesta al caso

La respuesta la encontramos en Trifoniano, libro X. de las Disputas, en el cual se pregunta:

Cuál de estos niños se haría libre; por qué permitió la naturaleza que salgan del vientre de la madre dos niños juntos de una vez, de forma que no se sepa por el incierto orden de los dos infantes cuál de ellos nace en servidumbre y cuál en libertad. Pues al empezar el parto, la condición, que ya estaba cumplida, hace que el que nace último, salga a luz de madre ya libre. (D.1.5.15).

D.1.5.16. Ulpiano, libro VI de las Disputas: “Lo mismo será si Arescusa hubiese parido antes dos, y después otros dos de un parto, en este caso se dirá que no pueden llamarse ingenuos estos dos últimos, sino aquel que nace el postrero”.

Caso práctico n° 8

En un naufragio murieron el padre de familia y sus dos hijos, Sticho de 13 años y Justina de 12 años. ¿Según el Derecho Romano quién falleció último si no se sabía con exactitud quién lo era?

Respuesta al caso

En la época clásica si no existían pruebas de quién falleció primero se los consideraba muertos a todos en el mismo instante. Marciano, D.34.5.18 último párrafo: “en cuyos casos si muriesen a un mismo tiempo y no se supiese quién murió antes, no parece que sobrevivió el uno al otro”. Justiniano estableció una presunción para el caso de que en un mismo accidente fallecieran juntos padre e hijo; si el hijo era púber, falleció primero el padre, y si éste era impúber falleció éste primero, salvo prueba en contrario. Trifoniano aclara, basando la presunción en la mayor o menor resistencia física:

Si Lucio Ticio muriese con el hijo púber, a quién había nombrado en el testamento por único heredero, se entiende que el hijo sobrevivió al padre, y que fue heredero por el testamento, y pasa la herencia del hijo a sus sucesores; si no se prueba lo contrario. Pero si el hijo impúber muriese juntamente con su padre, se cree que lo sobrevivió el padre, si no se probase lo contrario. (D.34.5.9.4).

Javoleno; D.34.5.22 doctrina de Casio, libro V: “si la madre pereció en un naufragio con el hijo y este era púber, como no se puede saber quién murió antes, es equitativo creer que vivió más el hijo”. Según el caso práctico la que falleció última fue Justina.

Unidad 7. La familia y el matrimonio romano

Importancia de la familia en Roma y su composición

Según Bonfante la familia romana, conformada por diferentes grupos, precedió a la *civitas* y habría sido un organismo político creado por razones defensivas y de ordenamiento, al igual que el Estado. Al crearse éste, las familias perdieron progresivamente su carácter político, a favor del Estado, lo que se concretó hacia el imperio. Autores modernos sostienen que las familias no han sido organismos autónomos, sino que siempre estuvieron reguladas por la *civitas*.

Preguntas

1. ¿Qué clases de familias existieron en Roma y qué clases de parentescos existían?
2. ¿A quién llamaban *paterfamiliae* y quienes eran los *alieni iuris*?
3. ¿Quién y sobre quiénes tenía la patria potestad familiar en un matrimonio legítimo?
4. ¿Por qué debían ser púberes los contrayentes? ¿Quiénes debían dar consentimiento para contraer justas nupcias?
5. ¿Qué era la *adrogatio*? ¿Incluía una *capitis dimitutio*?, ¿Cuál era la situación de las mujeres?
6. Livia contrajo *iustae nuptiae* con un adinerado ciudadano romano *sui iuris* por medio de la *confarreatio*, tuvieron dos hijos varones. ¿Con el ingreso de Livia a la nueva familia como quedó su situación familiar con respecto al marido y a sus hijos, jurídicamente, a los efectos sucesorios?
7. ¿Eran válidas las donaciones entre los cónyuges?
8. ¿Qué eran los bienes “parafernales”? ¿Era obligatorio que estos bienes los administrara el marido?
9. ¿Qué era la dote y que finalidad tenía? ¿El marido podía vender los bienes dotales?
10. ¿Qué se entiende por parientes con afinidad? ¿Tiene efectos jurídicos?
11. ¿Existen otros impedimentos matrimoniales por otras razones que no sea el parentesco?
12. ¿Cuál era el efecto si se producía un matrimonio con estos impedimentos?
13. ¿El matrimonio legítimo se podía disolver?
14. ¿Qué era el concubinato? ¿Existía la dote o la patria potestad en el concubinato?
15. ¿Existió el divorcio en Roma?
16. ¿Si el marido no repudiaba a la mujer adúltera que delito cometía?, ¿tenía algún tiempo para repudiar?
17. ¿Qué estableció Justiniano con el tema del divorcio?

Respuestas

1. Ulpiano diferenció entre la familia *proprio iure* y familia *communi iure*. La primera la integraban todos los que estaban sometidos a la potestad del *pater*: hijos/as, nietos/as, la mujer casada *cum manu* y los terceros que estuvieran *in mancipi*.
La familia *communi iure* eran todos los agnados que iban conformando en los primeros tiempos la *gens*; ésta reconocía un fundador común a partir del cual se fueron formando familias separadas con la muerte de aquel. El parentesco civil, llamado agnación, se integraba con los que estaban sometidos a la potestad del *pater*, y hubieran continuado en ella si éste estuviera vivo. Se transmite por línea del varón únicamente; y el parentesco de sangre llamado *cognatio*, era el vínculo natural o nexo biológico, constitutivo del parentesco de sangre. Aquellos cuyo parentesco provenía del sexo femenino, no eran agnados, sino parientes de derecho natural o cognados. (Di Pietro, 2015, p. 461).

2. *Paterfamiliae* era el hombre libre y ciudadano y que no estaba sujeto a potestad alguna, su *status* personal, era ser *sui iuris*. Tenía plena capacidad jurídica tanto en el derecho público como privado; no necesariamente debía ser padre de familia, podía ser un impúber y hasta sujeto a curatela. Ulpiano nos dice:

Padre de familia se llama al que tiene dominio en la casa; y con razón se llama así, aunque no tenga hijos; porque no solo demostramos la persona de ellos, sino también el derecho. Finalmente, también llamamos padre de familia al pupilo; y cuando muere el padre de familia, otros tantos como estaban sujetos a él, empiezan a constituir otras tantas familias, porque cada uno adquiere el nombre de padre de familia, y lo mismo se dirá respecto del que es emancipado, porque éste queda libre de la patria potestad, y tiene familia propia (D.50.16.195.2).

Los *alieni iuris*, eran personas libres, sujetas al poder de un *sui iuris* varón, que era el *pater*. Eran los *filius familiae*: hijos varones o mujeres, y los descendientes por vía masculina siempre que fueran legítimos; los extraños que habían sido adrogados o adoptados; las mujeres que se habían casado con el *pater* o con los hijos legítimos o adoptivos que hubieran contraído *iustae nuptiae cum manu*.

3. Solamente la tenía el *paterfamiliae* sobre sus hijos y sus nietos o descendientes ulteriores nacidos de un hijo de familia a consecuencia de un matrimonio legítimo. Pero los hijos de la hija pasaban a la potestad de su padre o del abuelo paterno. La mujer no tenía la *patria potestas*. Por eso dice Ulpiano que la mujer *sui iuris*, tiene una familia que empieza y termina con ella. Ulpiano, D.50.16.195.5: “La mujer es principio y fin de su familia”. Gayo, D.50.196. Comentario al edicto provincial, libro XVI: “En la palabra familia se comprende la cabeza de ella. §. 1. Es claro que los hijos no son de la familia de las madres; porque los que tienen siguen la familia del padre, y no de la madre”.
4. Porque antes de la pubertad eran incapaces de engendrar que era el objeto primordial del matrimonio. En la época primitiva eran los *paters* los que determinaban el casamiento de sus hijos; con el tiempo fue necesario el consentimiento de los contrayentes. En el año 18 a.C. se estableció que en caso de negativa injustificada por parte del *pater*, la *filia* podía por un procedimiento, compelerlo para que diera su consentimiento; en cambio esa posibilidad no la tenía el *filius*, porque los nietos que le diera a su *pater*, serían herederos suyos y la regla era que nadie podía tener herederos contra su voluntad. (Di Pietro, 2015, p.495).
5. La *adrogatio*, era la adopción de un *pater* a otro *pater*. Producía la *capitis diminutio* mínima ya que el adrogado pasaba de ser *sui iuris* a ser *alieni iuris*, en la nueva familia. (Di Pietro, 2015, p. 468).

Hasta la época posclásica las mujeres no podían ser adrogadas ni adrogar. A partir de esta época, se fue transformando la naturaleza de esta figura y se permitió adrogar a las mujeres. Incluso “Diocleciano permitió a la mujer adrogar a su hijastro como consuelo si ha perdido un

hijo” (C.8.47.5). Leemos a Gayo, citado en D.1.7.21 en el libro único de las reglas, “por decreto del príncipe también las hembras pueden ser adrogadas”.

6. Con respecto al marido quedaba ubicada, sucesoriamente, si éste era *pater*, como su hija, y, por lo tanto, heredaba como hermana agnada de sus propios hijos. Si el marido de Livia era *alieni iuris*, la *manus* era del *pater* del marido, y ella lo heredaría junto a sus hijos. Por ejemplo, si el marido de Livia llamado Cornelio estaba bajo la patria potestad de su padre, llamado Cneo, Livia heredaría a la muerte de Cneo, como su nieta.
7. No, porque lo que se trataba de prevenir era que uno de los cónyuges se aprovechara de los sentimientos del otro y poder sacar ventajas económicas por medio de las donaciones. Ulpiano D.24.1.1. Comentario al libro XXXII: “Está recibido en práctica que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer, para que el amor recíproco no sea causa de que se despojen de sus bienes con donaciones excesivas”. Paulo en Comentarios a Sabino, libro VII, nos dice:

Que estas donaciones no procurarían la mejor educación de los hijos. Sexto Cecilio también añadía otra causa, porque acontecerían muchas veces que hubiese discordia en los matrimonios, si el que podía hacer donaciones no las hiciese; y sucedería por esto que los matrimonios fuesen venales, es decir que se puedan comprar. (D.24.1.2).

Ulpiano aclara en Comentarios a Sabino, libro XXXII:

Esta razón es la comprendida en la oración de nuestro emperador Antonino: dice que nuestros mayores prohibieron las donaciones entre marido y mujer, juzgando que el amor honesto consistía en el ánimo, mirando también su propia estimación, para que no pareciera que la unión era por interés y para que el rico no se hiciera pobre y el pobre rico. (D.24.1.3).

8. Eran los bienes propios de la mujer que había contraído matrimonio *sine manu*. Era común que la mujer le diera al marido estos bienes para su administración, debiendo ser devueltos en caso de disolución del matrimonio. Ulpiano nos dice:

Pero las cosas que no se llevan en dote, que los griegos llaman “parafernales”, y los franceses peculio, veamos si se hacen al instante del marido; y juzgo que se harán si se entregan con esta condición; y en caso que se anulase el matrimonio, conviene que no se vindiquen sino que se use de condición, no que se pidan por acción de dote, como respondían los “emperadores Marco y el nuestro”. Más si se entregase al marido la carta de dote, como regularmente se practica en Roma, las cosas que tiene la mujer para su uso en la casa del marido y no las dio en dote, las suele detallar en la carta de dote, y entregársela al marido para que la firme y la mujer la retiene en su poder como escritura del marido; en la cual se dice, que llevó a la casa del marido las cosas que contienen en ella; juzgo que esto no se trató entre marido y mujer para que se

le transfiera el dominio de ellas, sino para que conste que se llevaron a su casa, no sea que se niegue en caso que se separasen y porque las más veces se encarga el marido de su custodia, la mujer podrá pedir por la acción de depósito o mandato”. No era obligatorio que los administrara el marido. Tan es así que la mujer de Cicerón administraba por su cuenta sus bienes parafernales que hoy los llamamos bienes propios. (D.23.3.9.3).

9. La dote eran los bienes o una suma de dinero, que la mujer, su *pater* o un tercero aportaban al marido para solventar los gastos del matrimonio; después, y en época de la República servía como una función protectora al disolverse el matrimonio ya que ella podía exigir su devolución. Al ser también la dote un fondo de reserva para la mujer en caso de divorcio, se le prohibió al marido la venta de fundos itálicos. Gayo en sus institutas nos dice:

Así por la ley *Iulia* se prohíbe enajenar al marido el predio dotal contra la voluntad de la mujer, aun cuando el mismo sea suyo por haberle sido mancipado por causa de dote o adquirido por la *in iure cesio* o por haberlo usucapido. Al respecto, sin embargo, se duda sobre si este derecho se aplica solamente a los predios itálicos o debe extenderse también a los provinciales. La ley *Iulia* a la que se hace referencia es la *lex Iulia de adulteris*, por medio de esta ley se le prohíbe al marido disponer de los inmuebles itálicos dotales sin contar con el consentimiento de la mujer y tampoco se le permite gravarlos con hipoteca. (Gayo 2.63).

10. La afinidad es el lazo que se forma entre un cónyuge y los parientes del otro. Mientras los cónyuges estén unidos en matrimonio, el impedimento para casarse es absoluto, porque si no estarían cometiendo bigamia. Paulo nos comenta cómo se entiende este parentesco:

Madrastra, hijastra, suegra y nuera, para que entendamos con quién no nos es lícito casarnos. Algunos entienden que madrastra es la mujer del padre, nuera la mujer del hijo e hijastra la hija de su mujer habida en otro marido; pero en cuanto a esto es cierto que no se puede contraer con la mujer del abuelo o bisabuelo y el hijo adoptivo no puede casarse con la mujer del padre natural, ni con la del adoptivo; y si mi padre tuviese muchas mujeres, con ninguna de ellas podré contraer matrimonio; y así bajo el nombre de suegra no solo se entiende la madre de mi mujer sino también la abuela y bisabuela de forma que no puedo casarme con ninguna de ellas. Bajo el nombre de nuera no solo se entiende la mujer del hijo, sino también la del nieto y biznieto, aunque algunos la llaman “pronueras”. Por hijastra se entiende la hija de mi mujer, y también la nieta y biznieta de forma que no puedo casarme con ninguna de ellas. A más de esto el emperador Augusto interpretó, que no podía casarme con la madre de la que fue mi esposa porque ella había sido mi suegra. (D.23.2.14.4)

También en D.23.2.15. Papiniano; respuesta, libro IV: “No conviene que el padraastro contraiga matrimonio con la mujer del hijastro, ni tampoco la madrastra con el que fue marido de la hijastra”.

11. Si, existen muchos otros. Algunos absolutos, que no permiten casarse con nadie, y otros relativos como el citado caso del parentesco. El tutor no podía contraer matrimonio con la pupila hasta los 25 años por temor de que el tutor se aprovechara de este matrimonio para no rendir las cuentas o para darlas en forma inexactas. El gobernador de provincia no podía contraer nupcias con una mujer domiciliada en esa provincia, durante el año de su mandato, por el temor de que se abusase de su autoridad. Un ingenuo no podía contraer nupcias con una prostituta o actriz, ni un senador ni sus hijos, con una liberta.
12. El matrimonio era nulo, los miembros de la pareja no tenían el título de *vir* y *uxor*, y el padre no tenía la patria potestad sobre los hijos nacidos de estas uniones.
13. El matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges, si uno había caído en esclavitud y por el divorcio.
14. El concubinato era la unión de vida sexual duradera entre un hombre y una mujer, pero carente de la *affectio maritalis*. Era una unión lícita pero no legítima. Modestino, D.48.5.34; reglas, libro I: “Comete estupro el que tiene a la mujer libre por causa de costumbre y no de matrimonio, excepto si fuera concubina. §. 1. El adulterio se comete con la mujer casada, el estupro con la viuda, la doncella o el “muchacho”. Se conocía como doncella a la mujer virgen. Aclaración: por estupro se tenía un concepto muy amplio además del acceso carnal con mujer virgen o viuda honesta o cuando se efectuaba con mujeres con las que no se podía contraer justas nupcias.
No existía ni dote ni patria potestad en el concubinato. Los hijos en un principio fueron llamados *spuri*.
15. Desde un principio existió el divorcio, ya Rómulo implantó el repudio a la mujer por ciertas conductas y ellas eran envenenamiento de la prole, sustraerle las llaves de la bodega y el adulterio.
16. El marido si no repudiaba a su mujer adúltera cometía el delito de *lenocinium* que se trataba de inducir a la mujer casada a tener relaciones extramatrimoniales. Ulpiano nos dice:

Se comprendió en la *lex Iulia*, que trata de los adulterios, el delito de lenocinios, porque hay ciertas penas establecidas contra el marido que recibió alguna cosa por el adulterio de su mujer; y también contra el que no se separó de ella habiéndola encontrado en adulterio. §. 3: pero el que permite que su mujer peque y se separa de ella y sufre su delito, no incurre en la pena de adulterio. §. 4: El que dice que cometió el delito de adulterio consintiéndolo el marido y con esto pretende excusarse de su delito, no se le admite esta compensación, por lo cual si el que cometió el adulterio quisiese acusar al marido de lenocinio, después que él fue acusado, no será oído. (D.48.5.2.2).

Ulpiano, D.48.5.4.1pr: “Los extraños que pueden acusar lo hacen en defecto del marido o del padre, porque después de sesenta días, se dan a los extraños cuatro meses más”.

17. Justiniano restringió la voluntad del divorcio y distinguió distintas formas de divorciarse: a. Con justa causa: Éstas fueron enumeradas taxativamente: el marido podía divorciarse si la mujer supiera de una conspiración al emperador y no se lo hizo saber; por adulterio, si hubiese atentado contra su vida, si el marido le prohibiera que comiera con extraños, o se bañara con ellos, que se quedara fuera de su casa a no ser la de los padres o asistir al circo o al teatro sin el permiso del marido. La mujer con justa causa se podía divorciar; y estas eran cuando el marido hubiera conspirado contra el emperador, haber atentado contra la vida de la mujer o si otros hubiesen intentado atacar contra su vida y el marido no la defendiera, si la hubiese incitado al adulterio, si éste la hubiese acusado falsamente de adulterio o si el marido tuviera otra casa y conviviera con otra mujer. En este caso la mujer o sus padres le advirtieran al marido por dos veces que no siga con la otra mujer. b. Divorcio sin causa: acá lo que cambian son las penas; la mujer si se divorcia sin causa pierde la dote y la internan en un monasterio. Si es el marido el que repudia sin causa pierde la dote y las donaciones *propter* nupcias. En el año 556 en las novelas 134.11 se amplían las penas, y tanto el hombre como la mujer terminan internados en un monasterio. Quedó abolido en el año 542 el divorcio por mutuo consentimiento; salvo por razón de castidad. El divorcio *bona gratia* ocurría cuando ninguno era culpable y estaba libre de penalidades, las causales eran el ingreso de uno de los cónyuges al monasterio, impotencia del hombre luego de transcurrido tres años del matrimonio sin poder realizar la unión sexual; cautiverio de uno de los cónyuges sin tener noticias después de transcurrido cinco años y en caso de milicia del hombre que hayan transcurrido 10 años y que no haya certeza de que el marido quiera permanecer en matrimonio. (Di Pietro, 2015, pp. 518-519).

Casos prácticos Unidad 7

Caso práctico n° 1

Hay un caso famoso citado por Cicerón de orat. 1.40.183, 1.56.238 en el cual un ciudadano romano, padre de familia, después de permanecer una larga temporada en España y de haber contraído matrimonio con una española, regresó a Roma dejando en España a su mujer que se encontraba embarazada. Al llegar a Roma contrajo matrimonio con una ciudadana romana que pertenecía a la clase patricia, sin antes notificar a la española que quería divorciarse de ella. De la unión con la mujer española nació un hijo y otro de la unión con la romana. (Garrido, 2010, p. 167).

Aclaración: Cicerón nació en el año 106 a.C. y murió en el año 43 a.C. y fue Augusto quién estableció por la *lex Iulia de adulteriis*, que el divorcio debía ser formal en el caso de adulterio, pero recién en el derecho posclásico se sienta el principio de que el segundo matrimonio no

invalida automáticamente al primero y con este criterio se abre la posibilidad del delito de bigamia.

Preguntas sobre el caso

1. ¿Cuáles eran los requisitos para contraer matrimonio?
2. ¿El romano cometió el delito de bigamia?
3. ¿El hijo nacido del primer matrimonio es natural, ilegítimo, legítimo o espurio?
4. ¿Y el segundo hijo es legítimo?
5. ¿El romano pudo haber realizado algún impedimento matrimonial con la romana? ¿Cuál?
6. ¿El romano debía ser sancionado? ¿Que debía devolver y a quién?

Respuestas

1. Existía una capacidad natural que consistía en que los contrayentes fueran púberes. También debían tener el *ius connubium*, que según Ulpiano era la facultad de tomar *uxor* de acuerdo con el *ius* (en los comienzos de Roma sólo lo tenían los patricios, luego se les concedió a los plebeyos en el año 445 a.C. por la *lex Canuleia*). En cuanto a los latinos y peregrinos, se les debía ser concedido por la autoridad. Se debía contar con “el consentimiento de los contrayentes que debía ser libre y sin violencia”. (D. 23.2.21; C.5.4.14). En D.23.2.21. Terencio Clemente; comentario a la ley *Iulia* y *Papia*, libro III: “No se puede obligar al hijo de familia a que contraiga matrimonio”.
2. No, porque en esta época, la falta de aviso no era un requisito jurídico, solo era una costumbre de hecho, entonces el segundo matrimonio era válido y ocasionó la disolución del primer matrimonio; Cicerón nos aclara que si la notificación fuera un elemento esencial el segundo matrimonio sería un concubinato. Lo notable es que Cicerón en ningún momento habla de bigamia; la segunda unión o era matrimonio o era concubinato. (Di Pietro, 2015, p. 491).
3. El hijo con la española era legítimo, ya que fue concebido en *iustae nuptiae*.
4. El hijo con la romana también era legítimo porque en esta época el solo hecho de haber contraído con una ciudadana romana de buena reputación daba por hecho que el primero se disolvía por falta de *affectio maritalis*.
5. No, ningún impedimento hubo en esta segunda unión.
6. Debía devolver íntegramente la dote a la española.

Caso práctico n° 2

En el año 325 d.C. dos jóvenes romanos vivían en concubinato hacía varios años. Un día decidieron casarse y tres meses después del matrimonio nació una hermosa niña llamada Clemencia. ¿La niña era legítima? ¿Se podía legitimar a esa niña? ¿Si este caso hubiese pasado en la época de República se hubiera podido legitimar a la niña?

Respuesta

Esa niña era ilegítima porque fue concebida durante el concubinato, el período de gestación para los romanos era de 180 días hasta los 300 días. En el año 325 el emperador era Constantino, y brindó a los concubinos la posibilidad de legitimar a sus hijos mediante matrimonio posterior. En la época de la República no se podía legitimar a los hijos nacidos de concubinato, recién se pudo con la llegada de los emperadores cristianos. (Di Pietro, 2015, p. 473).

Caso práctico n° 3

Sticho contrajo matrimonio con Julia en el año 565 d.C. Después de varios años Sticho decidió divorciarse porque Julia le era infiel. ¿Julia perdió la totalidad de la dote o una parte? ¿Y las donaciones *propter nuptiae*?

Respuesta

En este caso como Julia fue la culpable, perdió la dote y no pudo exigir las donaciones *propter nuptias* la cual quedó en propiedad de su marido o en usufructo si había hijos. (Nov.117.8 pr.)

Caso práctico n° 4

Lucio al cumplir 14 años estaba totalmente enamorado de Lucrecia, una joven de 12 años. Ambos descendían de familia patricias, querían contraer nupcias por *confarreatio* pero no sabían bien como era ese rito un tanto religioso, entonces se dirigieron a la casa de Cornelia, tía de Lucrecia, para pedirle que se encargara de la boda, ya que ellos no sabían bien todos los ritos que se llevarían a cabo. ¿Cuáles eran estos ritos y como se llevaron a cabo?

Respuesta

El día antes de la boda Cornelia le preparó la túnica blanca a Lucrecia, que le llegaría hasta los pies, con un cinturón de lana atado con un nudo especial que significaba el nudo del matrimonio llamado *modus Herculeus*, cubrió su cabeza con una cofia anaranjada y así se acostaba.

Al día siguiente, Cornelia le preparó el cabello en el cual le hizo seis rodetes postizos entrelazados con cintas y le cubrió el cabello con un velo anaranjado y reluciente (éste le cubría la parte superior de su rostro). Los zapatos eran del mismo color que el del velo. Sobre el velo le puso una corona de azahares que fueron recogidas por la propia Lucrecia.

Esperó la llegada de su prometido rodeada de su familia y aguardó la llegada del novio, que lo hizo acompañado con familiares y amigos; todos ellos se trasladaron al *atrium* (lugar al aire libre, sin techo donde se colectaba el agua de la lluvia). Allí el padre de la novia ofreció un sacrificio para saber si los auspicios eran favorables (si así ocurría quería señalar que los dioses aprobaban esta unión).

Luego actuó una matrona que era la madrina de la boda (ésta podía ser casada o viuda pero solo haber estado con su marido); ella juntó las manos derechas de los novios y todos los invitados gritaron “que la felicidad sea con vosotros”. Se hizo un sacrificio por los novios y luego un banquete que se extendió por un largo tiempo.

En cierto momento los invitados empezaron a levantarse. La novia se abrazó con la madre o con la madrina de la boda y el novio la sacó de los brazos de la madre. Se comenzó a organizar el cotejo nupcial, el novio se adelantó para recibirla en la puerta de su casa. La novia iba acompañada por su madrina, sus amigas y familiares, cantando de forma alegre, los niños arrojaban nueces que era el símbolo de la fecundidad.

Al llegar a la casa, se adelantaron tres amigos del novio; uno de ellos era el padrino de la boda y mostró la antorcha nupcial. Estaban presentes tres amigas de la novia que le llevaban “el huso y la rueca” que era una herramienta que se utilizaba para el hilado, que era el primer paso en la manufactura de una textil. Con ella se torcían las fibras para formar el hilo sobre el huso (una larga varilla) y después, con ayuda del devanador, formaban los ovillos, lo que simbolizaba trabajo o laboriosidad de la mujer.

Al llegar la novia a la puerta de la casa del novio, éste le ofreció una vasija de vidrio que contenía aceite con el cual pintó la puerta de la casa. Antes de entrar el novio le preguntó a la novia ¿quién eres tú? Y ella respondió “donde tú eres Gayo yo seré Gaya”, entonces los amigos del novio procedieron a levantarla e introducirla en la casa sin pisar el umbral, dedicado al dios *Ianus*. El marido le ofreció el agua y el fuego y luego de rogar a los dioses lares, la madrina la condujo hasta el lecho nupcial donde la esperaba su marido y los concurrentes se fueron retirando. (Di Pietro, 2015, pp. 496-497).

Caso práctico n° 5

Laura de 11 años se fue a vivir a la casa del marido, un romano de 20 años llamado Mevio, ¿Este matrimonio resultó válido?

Respuesta

Nos dice Pomponio, D.23.2.4. comentando a Sabino libro III: “La que se casó siendo menor de 12 años será mujer legítima cuando cumpla los 12 años en poder del varón”.

Caso práctico n° 6

Laura totalmente enamorada de Cornelio ambos de 25 años de edad, se conocieron en el mercado de Roma. Ambos trabajaban todo el día para tener un gran futuro, por eso contrataron un arriendo de un predio para poderlo a trabajar y tener hijos; cuando estaban a punto de contraer nupcias *sine manu*, a Cornelio lo llamaron al ejército en forma urgente. Se tenía que presentar al día siguiente de la notificación. Cornelio se fue al frente de batalla, a España, y decidieron contraer nupcias por carta. Laura fue llevada a la morada del marido por un gran amigo de ambos, Apenas entró a la casa, se enteró que Cornelio había fallecido después de la cena con sus compañeros de batalla. ¿El matrimonio de Laura y Cornelio era válido?

Respuesta

Nos dice Pomponio, e Comentarios a Sabino libro IV:

Es común opinión, que la mujer se pueda casar con el ausente o por cartas suyas, o por nuncio, si se llevase a la mujer a la casa del marido; pero la que estuviese ausente no se puede llevar a la casa del marido por carta o nuncio, porque se ha de llevar a la casa del marido, y no a la de la mujer, como domicilio de los que contrajeron matrimonio. (D.23.2.5).

Ulpiano, D.23.2.6, comentarios a Sabino libro XXXV, nos comenta de un caso parecido, donde el marido se casó estando ausente (puede ser como este caso por carta), fue a cenar pereció en el Tíber y la mujer debía traer luto.

Caso práctico nº7

Vespasiano, que se había establecido en Alejandría, Egipto, durante el invierno de 69/70 d.C., encomendó la tarea de reanudar la operación contra los rebeldes judíos en Judea. Ya para ese entonces, Cornelia había contraído matrimonio a sus 14 años con Claudio de 17 años, un joven que ya prometía ser un gran soldado para el imperio romano. Una mañana cuando Claudio salió a labrar su hermoso predio, le avisaron que se tenía que alistar en el ejército, porque Roma reanudaba el combate en Jerusalén. No era una tarea fácil para los romanos ya que Jerusalén estaba rodeada por tres murallas y había detrás cerca de un millón de judíos; a Cornelia le llegó el rumor por parte de un amigo de su marido llamado Sticho, que Claudio después de derribar la segunda muralla había muerto, y al poco tiempo contrajo matrimonio con Sticho ¿Cometió adulterio Cornelia?

Respuesta

Leemos en Papiniano:

La mujer habiendo oído que había muerto su marido, que estaba ausente, se casó con otro, después volvió el marido, se pregunta que se ha de determinar con esa mujer. Ulpiano respondió, que en este caso se trata de una duda tanto de hecho como de derecho, porque si pasó mucho tiempo sin probar que se había cometido estupro, y movida de falsos rumores contrajo segundas nupcias, como si se hubiese disuelto la primera; es verosímil que padeció engaño y no parece que es digna de castigo. Pero si se justificase que fingió que había muerto el marido para casarse por segunda vez, como esto es en perjuicio de su honestidad, debe ser castigada según la calidad de su delito. (D.48.5.11.12).

Aclaración: el estupro en Roma era muy amplio; comprendía además del acceso carnal con mujer virgen o viuda honesta, el adulterio, la pederastia o el estupro *sine vi*, es decir, cuando la acción se efectuaba con mujeres con las que no se podía contraer justas nupcias.

Justiniano en las Novelas, 22.7, en el año 536 aclaró que por cautividad en guerra de uno de los cónyuges el matrimonio no se disolvía, “el que está en Roma no puede contraer nuevas

nupcias hasta después de cinco años desde la cautividad y no se tengan noticias ciertas del cautivo”. Si se casase igual se incurre en divorcio *sine causa*, lo que ocasionaba las penas pecuniarias correspondientes.

Caso práctico n° 8

Sticho de 25 años, y Laura de 23 años, eran marido y mujer, ambos romanos de muy buena posición económica. Tuvieron la mala suerte de caer prisioneros ambos en el mismo momento y llevados como esclavos al pueblo enemigo. Siguieron conviviendo, pero como prisioneros. Laura, en una hábil maniobra, logró escaparse y llegar hasta los límites de Roma. Al tiempo logró escapar Sticho y volvió a Roma, pero se encontró con que Laura había contraído nupcias con su cuñado.

¿Mientras ambos estaban en cautividad juntos, seguían en *iustae nuptiae*? ¿Y cuándo Laura escapó? ¿Y cuando volvió Sticho?

Respuesta

Mientras estaban cautivos seguían estando en *iustae nuptiae*, porque los requisitos del mantenimiento del matrimonio eran la convivencia y la *afectio maritalis*. Cuando Laura escapó y volvió a Roma, ese vínculo se rompió, porque ya no convivían. El matrimonio de Laura con su cuñado estaba prohibido porque era uno de los impedimentos relativos para contraer matrimonio.

Referencias

Di Pietro, Alfredo. (2015). *Derecho Privado Romano*, 2° edición. Editorial Abeledo-Perrot.
García Garrido, Manuel Jesús. (2010). Casos prácticos, quinta edición abreviada. Editorial Ediciones Académicas.

Fuentes:

Justiniano. (1873). *Digesto*. Tomo 2. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Imprenta de Ramón Vicente.
Justiniano. (1874). *Digesto*. Tomo 3. Traducido y publicado por el Licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Imprenta de Ramón Vicente.
Gayo. (1967). *Institutas*. Texto traducido, notas e interpretación por Di Pietro Alfredo. Editorial Librería Jurídica.

CAPÍTULO 3

Tutela y curatela

Alfredo Luis Brunetti

Unidad 8

Según Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el 51 a.C: la tutela es la “fuerza y potestad sobre una persona libre, dada y permitida por el *ius civile* para proteger a aquel que por razón de su edad o de su sexo no puede defenderse por sí mismo”. (Inst., 1.13.1 Paulo, D.26.1.1pr.). Paulo, en comentario al edicto, libro XXXVIII; nos explica la tutela como la define Servio es:

Tener potestad en un hombre libre, para defenderlo en las cosas que él no se puede defender; dada y permitida por el Derecho Civil.

§ .1. Tutores son los que tiene fuerza y potestad, y recibieron el nombre de su propio cargo, por esto se llamaron tutores, como defensores, así como se llaman ediles los que defienden las casas. § .2. El mudo no puede ser nombrado tutor porque no puede prestar su autoridad. § .3. El sordo no puede ser nombrado tutor porque no solo debe hablar sino también oír. (D. 26.1.1).

En cuanto a la curatela, la lista de los casos contemplados no es taxativa, ya que comprende cualquier situación, donde el que ha alcanzado la pubertad, no puede, por alguna razón de hecho, administrar y disponer de su patrimonio, como el caso de los débiles mentales, los furiosos o los pródigos, entre otros. También hay curadores para las personas por nacer carentes de *pater* e incluso para patrimonios sin dueño.

Preguntas

1. ¿Quiénes necesitaban tutores?
2. ¿Cuáles eran los modos de delación de la tutela?
3. ¿El tutor podía desistir de la tutela?
4. ¿La función del tutor de los menores impúberes era igual cualquiera fuese su edad?
5. ¿El tutor se encargaba del cuidado personal del pupilo?
6. ¿El tutor podía por la *gestio* o la *auctoritas* realizar o consentir donaciones?
7. ¿El pupilo podía ejercer algún acto por su cuenta sin la *auctoritas* del tutor?

8. ¿Tenía alguna obligación el tutor antes de comenzar su trabajo?
9. Si no hacía el inventario y empezaba su gestión ¿Cuál era su responsabilidad?
10. ¿Las mujeres estaban autorizadas para ejercer la tutela? ¿Qué sucedía si la madre tutora, hubiera jurado no casarse y lo hacía?
11. ¿Si el tutor cometía abusos o una mala administración en el ejercicio de la tutela, el pupilo que acciones tenía?
12. ¿Quiénes tenían la facultad de nombrar tutores dativos?
13. ¿En qué momento debían los tutores dar cuenta de su gestión?
14. ¿Qué sucedía si un pupilo de 12 años hacía una compraventa sin la *auctoritas* de su tutor?
15. ¿Quiénes estaban sometidas a la tutela *mulierum* cómo actuaba el tutor, y cómo se lo elegía?
16. ¿En qué época y por qué circunstancias las mujeres gozaron del *ius liberorum*? ¿Cuándo cayó en desuso esta tutela?
17. ¿Qué se conoció como curatela?
18. ¿Cuál fue la curatela más antigua?
19. ¿Existió la curatela testamentaria del *furiosus*?
20. ¿El curador del furioso tenía que cuidar también de la persona del furioso y cómo actuaba?
21. ¿Quiénes eran los pródigos y cómo se los protegía?
22. ¿la *lex Laetoria* a quiénes protegía y por qué?

Respuestas

1. Necesitaban tutores los impúberes de uno u otro sexo *sui iuris* y las mujeres cualquiera fuese su edad llamada tutela *mulierum* o perpetua. Esta tutela *mulierum* fue desapareciendo con el tiempo y en el derecho clásico prácticamente quedó en desuso.
2. La tutela se podía dar de tres maneras: a) Testamentaria: aquí el tutor era elegido por la voluntad del *pater*, en su testamento. b) Legítima: la designación ya apareció en la Ley de las XII tablas, y designaba, a falta de tutor testamentario, al agnado más próximo. c) Dativa: a falta de las anteriores el pretor designaba al tutor.
3. La tutela era una carga pública pero el tutor ejercía la tutela de manera privada. En un principio era irrenunciable y tampoco se podía ceder a otro su ejercicio, pero en contadas ocasiones y por motivos fundados, podía el tutor excusarse; estas eran por tener muchos hijos, por ejercer una magistratura, por ser pobre, por no saber escribir, por ser mayor de 70 años, por no tener salud, por tener tres tutelas. Estas excusas se hacían ante el magistrado dentro del término de cincuenta días corridos desde que se enteró de su carga pública.
4. No, para el menor de 7 años que era un impúber *infans* el tutor llevaba a cabo la *gestio*. Esta gestión implicaba que los actos eran realizados por el tutor ya sea como propietario, acreedor o deudor, y luego de finalizar la tutela, los derechos debían ser transferidos al pupilo. Para los impúberes mayores de 7 años, el tutor llevaba a cabo la *auctoritas*, esto es que el tutor

aprobaba aquello que hacía el pupilo, por lo cual tenía que estar presente en el mismo acto, no podía dar la *auctoritas* por carta, ni por otros medios.

5. No, solamente de la administración y disposición de sus bienes según fuere el caso, pero del cuidado personal del pupilo se encargaban sus familiares.
6. El tutor en ningún caso podía ni realizar ni consentir donaciones de los bienes del pupilo, ni hacer regalos de boda a su madre y tampoco dotar a una hermana, solo se le permitía realizar algún regalo menor, proporcionalmente a su fortuna.
7. Sí en tanto y en cuanto este acto sea para mejorar su fortuna, la regla era que si el pupilo actuaba solo puede hacerlo para mejorar su situación no para empeorarla.
8. Tenía que cumplir ciertas obligaciones, la principal era hacer el inventario de los bienes que va a gestionar o administrar. Los tutores legítimos debían prestar caución como garantía del patrimonio que iban a gestionar. Los tutores testamentarios no estaban obligados a prestar caución ya que la *fides* y la diligencia estaba reconocida por el propio testador. Cuando la tutela era dativa tampoco se pedía caución porque el magistrado ha puesto de tutor una persona idónea.
9. El tutor no tenía excusa para hacer dicho inventario, una vez finalizada la tutela era responsable por dolo y debía indemnizar a su pupilo por los perjuicios que pudo haber ocasionado. Este perjuicio se calculaba por la estimación que realizaba el pupilo bajo juramento del mismo pupilo. Según Ulpiano:

El tutor que no hiciese repertorio, que vulgarmente se llama inventario, parece que cometió dolo, a no ser que pueda alegar alguna causa necesaria y justísima para no haberlo hecho, en este supuesto, si alguno por dolo no hiciese inventario, se hace responsable a lo que importa al pupilo, según jurase judicialmente, y no debe administrar cosa alguna ínterin, si no ha hecho inventario, sino solo lo que no admite ni una corta dilación. (D.26.7.7).

10. Desde el nacimiento de Roma hasta Teodosio (año 390) las mujeres no podían ser tutoras. A partir de Teodosio, la madre podía ejercer la tutela de su hijo, Justiniano amplió más esta figura para la mujer y quedó establecido que la madre o la abuela podían ser tutoras cumpliendo ciertos requisitos: que sean mayores de veinticinco años; que juraran no volverse a casar y que no se obligara por terceros. Si la madre tutora se casaba habiendo jurado no hacerlo, perdía la tutela (Di Pietro, 2015, p. 529).
11. La *actio rationibus distrahendis* era contra el tutor legítimo. El pupilo, una vez terminada la tutela podía ejercer esta acción que lo amparaba contra los perjuicios ocasionados por el tutor y la pena era por el *duplum*. La *accusatio suspecti tutoris*, era acción que podía ejercer cualquiera mientras el tutor estaba ejerciendo, y se daba contra el tutor testamentario ya sea por actos dolosos o por culpa grave. Por la *actio tutelae* se responsabilizaba al tutor por la mala administración y tenía una pena infamante.
12. En un principio en Roma perteneció al pretor urbano y a la mayor parte de los tribunos por la *lex Atilia*, y en las provincias a sus presidentes según la ley *Iulia* y *Ticia*. Con el tiempo se dio

esta facultad a los cónsules por el emperador Claudio y después a los pretores por Antonio el Piadoso. (Di Pietro, 2015, pp. 527-528).

13. Debían dar cuenta al fin de su gestión ya sea porque el pupilo llegó a la pubertad o por cualquier otra causa (sospechoso de llevar mal la administración) y podía ser obligado por la acción *tutelae*.
14. Sucedió que la parte que había contratado con el pupilo quedaba obligada a cumplir la obligación y el pupilo no, pero por el principio de que nadie se debía enriquecer en perjuicio de otro, si la otra parte cumplió el pupilo estaba obligado por la parte en que se benefició.
15. Esta tutela también llamada perpetua era solamente para las mujeres *sui iuris* púberes, que no estuvieran sujetas a la *manus* ni dadas en causa *mancipi*. La ley de las XII tablas 5.1, disponía: “las mujeres, aunque de edad plena, se mantendrán bajo tutela salvo las vírgenes vestales, que, se mantendrán libres”. Gayo en sus institutas afirma que:

No hay ninguna razón seria para que las mujeres que han alcanzado la mayoría de edad en tutela, porque la creencia popular de que estuviesen sometidas a la *auctoritas* de un tutor debido a su ligereza de espíritu las lleve a frecuentes engaños, nos parece una razón más especiosa (aparente) que verdadera. En efecto, las mujeres mayores tratan ellas mismas sus negocios y en aquellos casos en que el tutor interpone la *auctoritas*, ello ocurre por simple formalidad y muchas veces contra su voluntad, constreñido a ello por el pretor (Gayo 1.190).

El tutor llevaba a cabo su función por intermedio de la *auctoritas* solo en aquellos casos que podían ser perjudiciales para ella o sus herederos ab intestato, pero podía obrar sin la *auctoritas* de su tutor cuando enajenaba una *res nec Mancipi* o hacía o recibía algún pago. Esta tutela era deferida por testamento, legítima o dativa que era cuando el magistrado nombraba al tutor. Gayo en sus institutas 1.144 dice: “A los ascendientes les está permitido dar tutores por testamento a los sometidos bajo su patria potestad; a los varones mientras sean impúberes y a las mujeres cualquiera fuera su edad aun estando casadas”.

16. Fue a partir de Augusto que por medio de las leyes *Iulia* y *Papia Poppaea* se dispuso que las mujeres ingenuas que tuvieran tres hijos vivos y las libertas que tuvieran cuatro hijos vivos quedaban exceptuadas de esta tutela. Por una constitución de Honorio y Teodosio en el año 410 de nuestra era, se concedió el *ius liberorum* a todas las mujeres incluidas las que no tuvieran hijos.
17. La curatela era una figura jurídica que se daba en ciertos casos no taxativos para la administración de los bienes de un incapaz púber, un no nacido, o aún se la otorgó para la protección de un patrimonio.
18. La de los *furiosis* ya era contemplada en la ley de “las XII tablas 5.7a: “Si alguien está loco, la potestad sobre él y sobre sus cosas la tendrán sus agnados y sus gentiles”. (Di Pietro, 2015, p. 538).

19. No, Gayo nos comenta en el “D.27.10.13 comentario al edicto provincial, libro III: “Muchas veces, por la ley de las XII tablas, la curaduría del furioso o el pródigo pertenece a uno, y el pretor da la administración a otro, esto es, cuando el legítimo pareciera inhábil para ella”. Papiniano, D.27.10.14; respuestas al libro V: “No es conveniente que al marido se le nombre curador de su mujer demente”. Trifoniano, D.27.10.16. Disputas, libro XIII: “Si el padre nombró tutor en el testamento al púber furioso, aunque sea mayor de veinticinco años, lo debe dar el pretor, pues permanece el nombramiento del curador del pretor, según expresa el rescripto del emperador Marco”.
20. El curador tenía que cuidar de la persona a cargo y su patrimonio, actuaba por la *gestio* de negocios, pero el furioso podía actuar válidamente en sus intervalos lúcidos.
21. Los pródigos eran quienes dilapidaban los bienes heredados en la sucesión ab intestato de su padre o abuelo. La ley de las XII tablas 5.7c, dice que “A un pródigo le estará prohibido administrar sus propias cosas y estará bajo curatela de sus agnados”. El pretor amplió este concepto y abarcó también al pródigo que heredaba por testamento y al liberto. (Di Pietro, 2015, p. 539)
22. Esta ley vino a proteger a los menores púberes tanto mujeres como hombres menores de veinticinco años y estableció una sanción penal contra aquel que se aprovechara de su inexperiencia y traía aparejada la tacha de infamia. Pero esta ley no anulaba el negocio, sino que imponía una pena, por eso se la llama ley imperfecta. El pretor creó dos remedios que podía interponer el menor; la *exceptio* que actuaba cuando el que contrató con el menor quería efectivizar el negocio, y el menor podía oponerse; y la *integrum restitutio*. Por esta acción se consideraba el negocio como no sucedido. Ulpiano, en el libro XI sobre el edicto:

Siguiendo el pretor la equidad natural, propuso este edicto, en el cual mira por la defensa de los menores. Porque constatando a todos, que en los de semejante edad es el consejo muy frágil y débil, sujeto a muchos engaños, y expuestos a los fraudes de muchos; por este edicto les prometió socorrer contra fraudes y engaños.

§ .1. Dice el pretor conoceré según las circunstancias del caso, sobre lo que se diga haberse tratado con el menor de veinticinco años.

§ .2. Expresa que este socorro promete a los menores de veinticinco años, porque después de este tiempo se perfecciona la edad del hombre (D.4.4.1).

Ulpiano, D.4.4.3. El mismo, libro XI, sobre el edicto: “Finalmente el emperador Severo, y el nuestro declaran por ambiciosos semejantes decretos de los cónsules o presidentes, y rara vez concedieron a los menores la administración de sus bienes antes del tiempo ordinario, y así lo practicamos”. Aclara Ulpiano:

Si alguno contrató con un menor; y el contrato se perfeccionase a tiempo que ya era mayor ¿acaso se mirará el principio de él o el fin? Que, si alguno después de la menor edad ratificase lo que hizo siendo menor, no tiene lugar la restitución. (D.4.4.3.1).

En la actualidad un estudio realizado hace algunos años en EEUU sobre 1800 niños y adolescentes de los Institutos Nacionales de Salud de los EEUU reveló que el área del cerebro especializada en dotar de prudencia a los comportamientos madura plenamente a los 25 años, aunque en las mujeres puede ocurrir hasta dos años antes.

Casos prácticos unidad 8

Caso emblemático

Este caso, para ser comentado en clase, está tomado de Nueva Constitución CLV. De que las madres estén sujetas a la rendición de cuentas de la tutela. El emperador Justiniano, Augusto, Belisario.

La muy esclarecida María elevó a nuestra potencia súplica en la que se expresaba que Sergio, de magnífica memoria, su padre, al morir la dejó a ella siendo ciertamente de tierna edad, pero que su muy esclarecida madre Auxencia, que había manifestado en actas que no pasaría ella a segundas nupcias, se encargó de la tutela, y habiendo prestado el juramento definido sobre este particular en nuestras leyes administró los bienes, pero que hecho esto por ella, y como si no hubiese prestado ningún juramento y se hubiesen dejado bienes despreciables, designó unos pocos en el inventario hecho por ella, y contrajo después segundas nupcias, habiéndose nombrado como tutor a Pedro, y tuvo ciertamente dos hijos de este segundo matrimonio, mas no hubiera sentido aquella el debido afecto hacia ella misma, desistió de la administración el tutor nombrado por aquella, poco después de haber entrado ella en su décimo tercer año, y la persuadió a que pidiese curador para su segunda edad, e inmediatamente la indujo a que otorgase a favor de ella un pacto, y renunciara con tal transacción a toda acción que con arreglo de las leyes pudiera competirle a la misma por razón de las cuentas de la tutela, pero que ella, estando todavía en la casa materna, ignoró ciertamente lo que se hacía. Porque no pudo ser, que, estando en casa de ella, y no pudiendo decir a alguien cosa alguna sobre lo que contra si misma se ejecutaba, hiciera, aunque hubiese comprendido el perjuicio que a ella se le causaba, algo con que impidiese lo que se había imaginado en esa chanza de sí misma. Más cuando el tiempo hizo que comprendiese lo que contra ella se hubiese tramado, ella se valió ciertamente de súplicas dirigidas a su madre, para que no abusara de lo que contra ella se había ejecutado, sino que le diera lo que correspondía a una madre, y le restituyera, conforme le place a la ley, los bienes paternos, para que aquella, consagrándose por completo a los hijos del segundo matrimonio, no hizo caso alguno de tales pláticas, y opuso, por el contrario, una sacra ley nuestra, que expresa que no podía ella utilizar contra la misma el derecho de restitución, siendo así que aquella no sancionara, a la verdad, nada semejante respecto a las madres que se encargaran de la tutela de sus

hijos y que contraen segundas nupcias, sino que fue publicada por nuestra piedad en otros términos y modos. Y por esto nos suplicó que hiciéramos manifiesto e indudable el sentido de la sacra ley, y que abusando de lo que en ella se contiene no convirtiera su madre Auxencia en lucro propio los bienes dejados por su padre.

CAPÍTULO I

Conteniendo pues, esto la súplica, con razón nos determinamos a dar esta sacra pragmática sanción, por la cual mandamos, que, puesto que no hace ninguna mención de la que toman a su cargo la tutela de sus hijos y contraen segundas nupcias, no le sea lícito a la muy esclarecida Auxencia valerse de nuestra sacra ley por las causas dichas y por la otorgación de las actas, en virtud de la que se encargó de la tutela de su hija María, pues era evidente que ella prestó el juramento determinado en las leyes, de que no pasaría a segundas nupcias, y que como preciado el juramento se unió a otro marido, y habiendo tenido de él hijos hizo que su muy esclarecida María le otorgase a ella misma un pacto sobre la restitución de los bienes.

Mandamos, pues, que a la muy esclarecida María le sea absolutamente lícito utilizar el derecho de restitución por entero, puesto que dice todavía en el vigésimo año de su edad, no obstandole de ningún modo la sacra ley dada por nosotros, que dispone que no pueden utilizar el derecho de restitución por entero los descendientes contra los ascendientes, ni los libertos contra sus patronos, por cuanto la ley no habla de ningún modo de los que tomaron a su cargo la tutela de sus hijos, y por el contrario se dio después por nosotros también otra sacra ley, que dispone que los tutores nombrados no tienen a su cargo la tutela de los menores de otra suerte, sino al tiempo de su nombramiento hubieren declarado que ellos no dejarán indefensos a los menores y si, aconteciendo que la madre también se encarga de la tutela de sus hijos, también ella hiciera esto, y quedara obligada a todas las cuentas de la tutela y, si quisiera nombrar a otro para sus hijos, esto lo hiciera bajo su propia responsabilidad y la de sus bienes. Por lo cual, también en este caso es absolutamente conveniente, que la muy esclarecida María, se probare que no transcurrió el tiempo dentro del que le competen a la misma los derechos de la restitución, utilice la restitución y todo lo demás con que nuestras leyes les conceden venia y auxilio a todos los que son de edad incompleta. Y dispone ciertamente nuestra potestad, que a los ascendientes se les guarde por los descendientes la debida reverencia, y todo honor y culto, si verdaderamente no se le infriese por ellos ningún daño, pero juzgamos que no es lícito que sean desatendidos los hijos del primer matrimonio, y que tampoco conviene que tales madres puedan lucrar para sí, o para sus segundos maridos y para los hijos nacidos de tal matrimonio, las cosas que de los bienes paternos fueran a poder de ellos.

EPÍLOGO

Por tanto, procure tu gloria juntamente con el beatísimo arzobispo de Teopolía llevar ejecución y efectos lo que nos ha parecido bien y ha sido declarado en esta sacra pragmática ley.

Dada en Constantinopla el día de las calendas de febrero, en el imperio del señor Justiniano, Augusto perpetuo, bajo el consulado de..... varón muy esclarecido. (García del Corral, 1898, Novela CLV, p. 511).

Caso práctico n° 1

Trifoniano, Disputas libro XIV: “Se nombraron tres tutores al pupilo, uno administró la tutela y no era abonado (solvente), el segundo mandó a Ticio que la administrase, y este administró algunas cosas y el tercero no administró cosa alguna. ¿Se preguntó en qué forma estarían obligados? ¿Qué acciones le corresponderían al pupilo cuando llegase a la pubertad? (D.26.7.55).

- 1) *Actio rationibus distrahendi*
- 2) *Accusatio suspecti tutoris*
- 3) *Actio tutelae*
- 4) *Actio tutelae contrari*

Respuesta

Trifoniano, Disputas libro XIV: “La responsabilidad de los tutores en la administración de la tutela ciertamente es común y todos se obligan *in solidum*; pero si el dinero del pupilo se dividió entre ellos, no se obligarán por más de lo que recibieron” (D.26.7.55). La acción que corresponde es la *actio tutelae* que comenzó aplicándose a la tutela dativa y luego se extendió a toda clase de tutela, en esta acción el tutor no solo responde por dolo sino también por culpa o negligencia.

Caso práctico n° 2

Juliano nos comenta este caso: un ciudadano romano antes de morir había nombrado tutores para sus hijos, pero puso en el testamento que los tutores estén exentos de rendir cuentas. ¿El testamento era válido?

Respuesta

Sí, el testamento es válido. Lo que se invalidaba era la parte que decía que los tutores estaban exentos de rendir cuenta, porque nadie puede alterar el Derecho Público con cláusulas de este tipo ni cambiar las reglas desde antiguo. Según Juliano:

Uno al tiempo de su muerte nombró tutores a sus hijos, expresando que los libertaba de dar cuentas. Dice Juliano que si no administrasen con buena fe

deben ser condenados, no obstante lo expresado en el testamento; y que por esta razón no deberán conseguir cosa alguna por causa de fideicomiso, cuya sentencia verdadera; porque ninguno puede excusar a otro de lo que es de Derecho Público con semejantes condiciones ni mudar la forma de las antiguas constituciones. (D 26. 7. 5. 7).

Referencias

Di Pietro, Alfredo. (2015). *Derecho Privado Romano*, 2° edición. Editorial Abeledo Perrot.
García del Corral, D. Hidelfonso (1898) *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Editorial de los Hermanos Kriegel.

Fuentes

Gayo. (1967). *Institutas*. Texto traducido, notas e interpretación por Di Pietro, Alfredo. Editorial Librería Jurídica.
Justiniano. (1872). *Digesto*. Tomo 1. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.
Justiniano. (1873). *Digesto*. Tomo 2. Traducido y publicado por el Licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.
Justiniano. (1976). *Institutas*. Edición bilingüe, traducción de Francisco Pérez de Amaya y Meliquiades Pérez Rivas. Editorial Bibliográfica Omeba.

CAPÍTULO 4

Derechos reales y personales

Alfredo Luis Brunetti

Unidades 12 a 15

Tabla 4.1

Diferencias y semejanzas entre los Derechos Reales y los Personales

	Derechos reales	Derechos personales
Relación jurídica	Entre el titular y todos los otros miembros de la sociedad.	Entre sujetos activos y pasivos de una obligación.
Deber de cumplimiento	Sujeto pasivo indeterminado: todos obligados a un deber de abstención.	Sujeto pasivo por una obligación originada por un contrato, un delito, un cuasicontrato o un cuasidelito.
Acciones	Al ser <i>erga omnes</i> se acciona contra cualquier individuo que interfiera.	Contra el deudor que no cumpla en tiempo y forma la prestación debida.
Objeto	Cosas determinadas y cuya existencia sea actual.	Contra el patrimonio que es la prenda común de los acreedores.
Relación con el objeto	Es inmediata.	Es mediata, se necesita que el deudor cumpla el objeto de la prestación: <i>dare, facere o praestare</i> .
Oponibilidad	Absoluta, persecutoria, y contra cualquiera que quiera interferir sobre la cosa y el señorío.	Solo sobre el deudor y sus herederos y concurrentemente con los otros créditos que obliguen al mismo deudor.
Estructura y contenido	El ordenamiento jurídico no se puede modificar por las partes.	Juega la libertad de las partes.
Tipos	Son taxativos y definidos por el derecho objetivo.	Son variados y sus límites están dados por la moral y las buenas costumbres.
Extinción	Por destrucción de la cosa o su abandono.	Por los modos <i>ipso iure</i> u <i>ope exceptionis</i> .

Figura 4.1

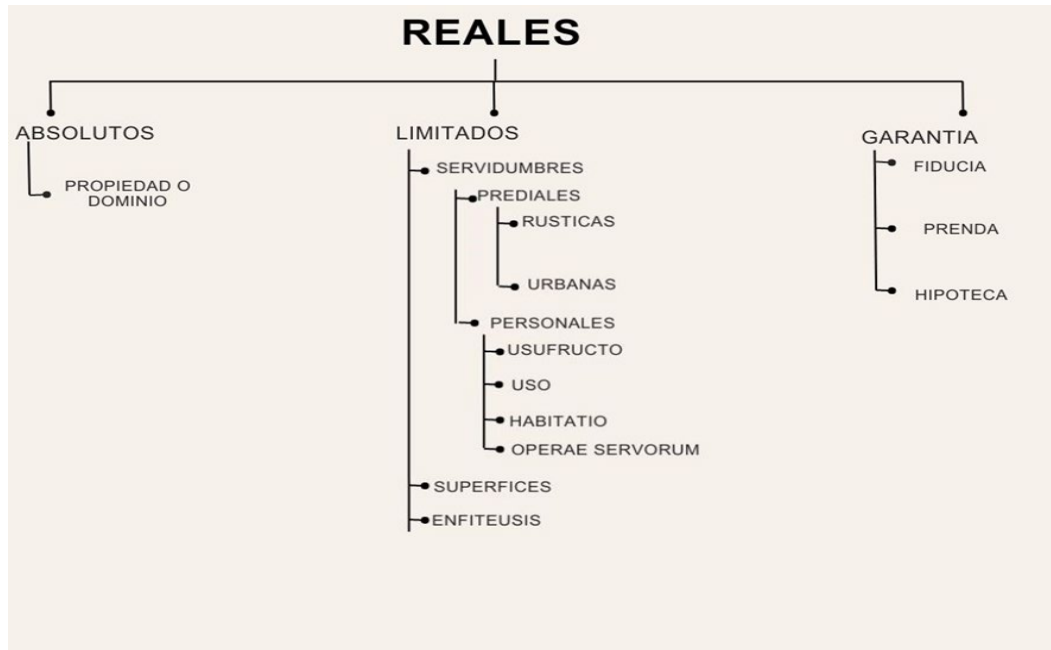
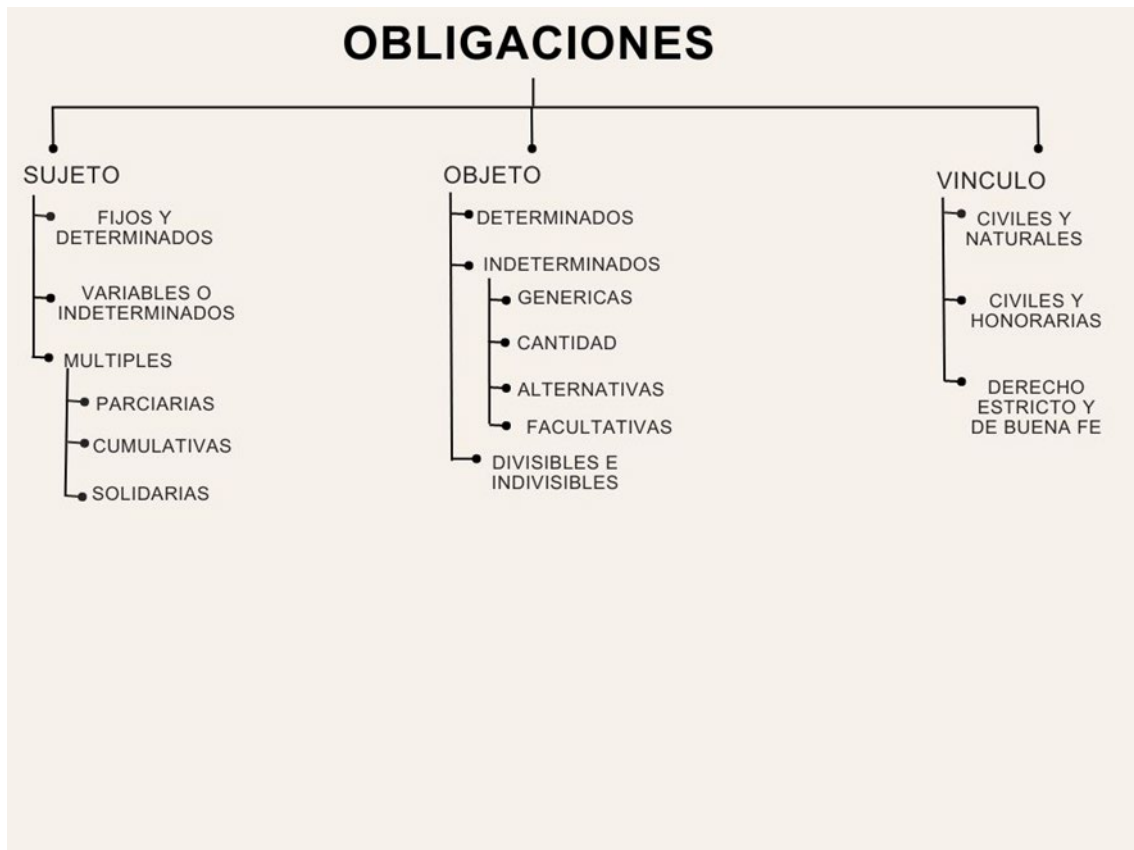


Figura 4.2



Preguntas sobre derechos reales. Unidades 12 a 14

1. ¿Qué es un derecho real?
2. ¿Qué clases de dominio existían?
3. ¿Cuáles son los caracteres de la propiedad?
4. ¿La doctrina romana definió a la propiedad?
5. ¿Existían limitaciones a este ejercicio del derecho de propiedad?
6. ¿Qué es la posesión?
7. ¿Cuáles eran en Roma los elementos de la posesión?
8. ¿La posesión servía para adquirir la propiedad?
9. ¿Qué clases de posesión se reconocían?
10. ¿Cómo se generaba una posesión clandestina o por violencia?
11. ¿Cómo se conservaba la posesión?
12. ¿Cuál era el fundamento de la protección posesoria para Savigny?
13. ¿Existían derechos reales sobre la cosa ajena?
14. ¿Cuál fue la primera garantía real que crearon los romanos y qué inconvenientes generó?
15. ¿En qué consistía la prenda?
16. ¿Cuáles eran las características de la hipoteca?
17. ¿El fisco gozaba de hipotecas legales? Explica.
18. ¿Cuáles eran las hipotecas privilegiadas?

Respuestas

1. Es una relación directa entre el sujeto y la cosa. Entre el titular del derecho real y la cosa no se interpone otro sujeto.
2. A) Dominio *ex iure quiritium* que era la propiedad del *ius civile*. Solo la podían tener los ciudadanos romanos. Recaía sobre cosas muebles e inmuebles siempre que estén en suelo *italicum*. B) Propiedad *bonitaria*. Ésta se daba cuando faltaba algún requisito para que se convirtiera en propiedad quiritaria; podía ocurrir que alguien comprara una cosa mancipable por otro modo que no sea la *mancipatio* o la *in iure cesio*; o si se compraba una cosa de buena fe y el que la vendió no era el verdadero dueño. En estos casos se podía esperar los plazos necesarios para usucapir, pero, mientras tanto, se estaba en una situación de indefensión, hasta que el pretor creó remedios para ello (la acción pauliana). C) Propiedad provincial: Eran los fundos situados en suelos provinciales que no gozaban del *ius italicum*; estos fundos pertenecían al dominio del emperador o del pueblo romano. Gayo se refiere a la propiedad provincial en sus institutas 2.7: “Este suelo o es del dominio del pueblo romano, o lo es del César, por lo que se considera que nosotros solo podemos tener la posesión o el usufructo del mismo”. D) Propiedad peregrina: esta propiedad se refería a los extranjeros ya que ellos no poseían el *ius commercium*, y por lo tanto no podían ser propietarios quiritarios.

Justiniano estableció un solo concepto de propiedad, desapareciendo las diferencias entre el dominio quiritario y el dominio bonitario, como también la situación jurídica de los fundos provinciales. (Di Pietro, 2015, pp. 186-187).

3. A) Absoluta: porque el dueño tenía el *uti frui habere possidere*, esto es que el *uti* se refería al uso de la cosa, el *frui*, al disfrute de la cosa, que podía consistir en un aprovechamiento económico (lo puede sembrar, cultivar o alquilar). El *habere* se refería a que podía disponer de ella vendiéndola o gravándola, y el *possidere* era la facultad de defensa, como las acciones y los interdictos. B) Perpetua: no podía ser constituida por un plazo determinado ni llevaba una causa de extinción y el no ejercicio no traía aparejada su extinción. C) Exclusiva: No había una titularidad entre dos o más sujetos sobre la misma cosa; el condominio era la titularidad sobre cuotas ideales. (Di Pietro, 2015, pp. 184-185).
4. No, la doctrina romana no definió a la propiedad, los glosadores medievales trataron de definirla como aquella en la que el propietario tiene el *ius utendi et abutendi* y se añadió el *ius fruendi*; entonces podíamos decir que es el derecho de usar y disponer plenamente de la cosa y también el derecho de gozar de la misma.
5. Sí, y fueron numerosas. Se fueron añadiendo con el correr del tiempo, pero ya la ley de las XII tablas introdujo algunas de estas limitaciones: Tabla 7.9a: “Las ramas de un árbol serán podadas a una altura de 15 pies”. Tabla 7.9b: “Si por obra del viento cae un árbol del vecino en el territorio de alguien, esa persona tendrá derecho a accionar para que se remueva el árbol”. Tabla 7.10: “Será lícito recoger las frutas caídas en el predio de otro”. En el caso de un fundo encerrado sin comunicación y sin acceso como resultado de una acción divisoria, el juez estaba autorizado para imponer en una *adiudicatio*, una servidumbre de paso. Tenía acción contra el propietario que construía una obra que no dejaba el paso de las aguas en forma natural a los fundos vecinos. Con Justiniano se impusieron otras restricciones por razones de vecindad y más precisamente cuando se realizaban obras en perjuicio del vecino. (Di Pietro, 2015, pp.188-189).
6. Es el poder de hecho que se tiene sobre una cosa corporal con el ánimo de tenerla para sí. Hay que diferenciarla de la propiedad. Ulpiano, D.43.17.1.2: “La posesión debe ser separada de la propiedad, porque puede suceder que uno sea poseedor, y no señor; y el otro señor y no poseedor. También puede suceder que uno sea poseedor y señor”.
7. Los elementos de la posesión según Savigny y al cual sigue Vélez Sarsfield, eran dos; el *corpus* y el *animus*.
8. Servía de base a la adquisición de la propiedad por ocupación, tradición y usucapión.
9. A) Posesión civil: Es la que está protegida por el *ius civile*, pero aparte de tener el *corpus* y el *animus*, se requiere justa causa. Decimos siguiendo a Paulo:

Se pueden poseer las cosas corporales. §. 21. Hay otras tantas especies de posesiones como son las causas de adquirir lo que es nuestro, por ejemplo, a título de compra, de donación, de legados, de dote, de heredero, de haberse dado en satisfacción del daño o como cosa propia; así como lo que hicimos nuestro de las cosas que se crían en el mar o en la tierra, o agarramos de

nuestros enemigos, o las que hacemos que existan, y en suma que hay un género de poseer, e infinitas especies. Esta posesión cuenta con la protección de los interdictos y la *actio publiciana in rem*. Siendo el poseedor de buena fe y cumpliendo los años de la *usucapio*, se transformaba en propietario quiritarario. B) Posesión pretoriana: Era la posesión protegida por el pretor por medios de interdictos y podían contar con su defensa, los poseedores que eran perturbados o fueran usurpados; como, por ejemplo: el poseedor que era propietario, el poseedor de buena fe que creyera ser propietario e incluso el ladrón, no contra el dueño sino contra un tercero. §. 22. El género de posesión también se puede dividir en dos especies; porque se posee con buena o mala fe. §. 23. Quinto Mucio comprendió entre las especies de posesión lo que poseemos por mandato del magistrado por causa de custodia de la cosa, o porque entró en posesión al que no se le daba caución por daño que amenazaba; lo cual es improbable, porque cuando se pone en posesión al acreedor por causa de custodia, o no da caución por el daño que amenaza, o en nombre del que está en el vientre de la madre, no se le concede la posesión, sino la custodia y conservación de la cosa, y por esto somos puestos en posesión, porque el vecino no nos da caución por el daño que amenaza y esto fuese por largo tiempo el pretor con conocimiento de causa permite que poseamos y que adquiramos el dominio por la posesión de largo tiempo. (D.41.2.3).

10. Ulpiano, nos dice:

El que habiendo ido a la feria y no dejó a ninguno y mientras vuelve tomó otro la posesión, escribe Labeon, que éste posee clandestinamente; porque el que fue a la feria retiene la posesión, y si no admitiese el señor cuando vuelva, más bien se entiende que posee violenta que clandestinamente. (D.41.2.6.1).

Paulo, D.41.2.7; comentario al Edicto, libro LIV: “Si no quisiese volver al fundo, porque teme fuerza superior, parecerá que perdió la posesión, como también escribe Neracio”. Paulo, D.41.2.8; comentario al Edicto, libro LXV: “Así como no se puede adquirir ninguna especie de posesión sin tomar la cosa con intención de poseerla, del mismo modo no se puede perder ninguna especie de posesión sin dejar la cosa con intención de no poseerla”.

11. Se conservaba con el *corpus* y el *animus*; pero se admitió que se podía conservar solo *animus* cuando no la tenían todo el tiempo a su alcance, como, por ejemplo, un campo para pasar el verano o solo el invierno. También cuando alguien tenía el *animus* y otro el *corpus*, como, por ejemplo, cuando arrendaban un fundo. Paulo nos dice:

Para que se pierda la posesión se ha de atender al animus del que posee. §. 6. En cuanto a perder la posesión se ha de mirar al efecto del que posee; por el cual, si estás en el fundo, y no obstante no lo quieres poseer,

inmediatamente pierdes la posesión. Se pierde por solo el ánimo. §. 7. Pero si solo posees con el ánimo, aunque otro este en el fundo, aún lo posees. §. 8. Si se dice de alguno que su casa está ocupada por ladrones, y el señor temeroso no quisiese entrar en ella, se determina que perdió la posesión. Pero si el siervo o el colono por los cuales poseíamos corporalmente, se apartasen o dejaran de poseer, retendré la posesión con el ánimo. §.10. Si el siervo que yo poseía se tuviese por libre, como dice Espartaco, y estuviese pronto a litigar sobre su libertad, no parece que lo posee el señor que se previene para litigar contra él; pero esto es cierto si estuvo mucho tiempo en libertad. Pero si siendo poseído como siervo, reclamase su libertad y litigase sobre ella, esto no obstante tengo la posesión de él, y lo poseo con el ánimo hasta que se declare que es libre. §. 11. Los bosques para invierno y para verano los poseemos, aunque los dejemos por cierto tiempo. (D.41.2.3.6).

12. Era la paz pública. Lo que se buscaba con la protección posesoria era que los hombres no hicieran justicia por mano propia; por esto se otorgaban interdictos en favor del estado posesorio hasta que el tribunal reconociera al titular del dominio.
13. Si existían derechos reales sobre la cosa ajena y ellos eran: las servidumbres prediales, las servidumbres personales, la superficie, y la enfiteusis. También eran derechos reales sobre la cosa ajena, los derechos de garantías como la prenda y la hipoteca.
14. La primera garantía real fue la fiducia donde el deudor le transmitía la cosa en propiedad al acreedor, el que se comprometía de buena fe a devolverla, al cancelarse la deuda, lo que no siempre sucedía.
15. El deudor le entregaba la posesión de la cosa al acreedor que podía ser una cosa mueble o inmueble, teniendo tanto el deudor como el acreedor, la protección de los interdictos para que la cosa no pase a terceros.
16. La principal era que no se exigía la entrega de la posesión. Ésta quedaba en poder del deudor, y se podía establecer sobre cosas corporales y sobre las *res* incorpóreas y en general sobre las cosas que podían ser compradas o vendidas. Gayo, D.20.1.9.1: “Lo que se admite en la venta y compra, tiene también lugar en la prenda”.
17. Si, el fisco desde la época de los Severos gozaba de la hipoteca legal sobre los bienes de los deudores. (Di Pietro, 2015, p. 247).
18. Sí, eran en casos particulares, como, por ejemplo: el acreedor que prestó dinero para la compra de una casa que se hipotecó, tenía el privilegio de cobrar primero que otros acreedores hipotecarios sobre el valor de la venta de esa casa. (Di Pietro, 2015, p. 246).

Casos prácticos unidades 12 a 14

Caso Práctico n° 1

Cayo poseía una piara de cerdos que cuidaba uno de sus esclavos. En un descuido, los lobos arrebataron varios cerdos. Ticio, vecino de Cayo, se valió de sus perros para ahuyentar a los

lobos y poder rescatar a los cerdos. Cayo reclamó los cerdos que cuidaba su esclavo ya que habían sido capturados y cazados por los perros de Ticio. Hubo distintas opiniones de los juristas. Personas que intervienen en el caso: Cayo que es el propietario de los cerdos y del esclavo. Ticio dueño de los perros y poseedor de los cerdos que fueron rescatados.

Respuesta

Según las distintas opiniones de los juristas, los cerdos como animales domésticos no pueden cazarse. Mientras Cayo pueda recuperarlos “posesión por el ánimo” siguen en su propiedad. Si Ticio se negara a devolverlos cometería hurto.

Opiniones de los juristas

Q. Mucio Escévola:

Deja de ser nuestro lo que de nuestro patrimonio nos arrebatan las fieras del mar y tierra cuando escapan de nuestra persecución, de la misma manera que las piezas cazadas en la tierra y el mar dejan de ser de quien las ha cazado desde que han recuperado su natural libertad. Porque ¿quién pretende decir que sigue siendo nuestro lo que un ave que pasa volando se llevó de nuestro corral o de nuestro campo, o lo que nos arrebató de nuestras manos? Así pues, si luego lo pierde, si es liberado de la boca de la fiera, se hace de la propiedad de quien lo ocupa, como también el pez, el jabalí o el ave si escapa de nuestra sujeción y es cazado por otro de quien lo caza.

Pomponio: “Pienso que es más cierto que los cerdos siguen siendo nuestros, en tanto sea posible su recuperación, por más que, en el caso de las aves, peces y animales salvajes, sea verdad lo que él dice”.

Ulpiano: “Efectivamente, es mejor decir que lo que nos arrebató el lobo sigue siendo nuestro, en tanto se puede recuperar lo arrebatado”. (Garrido, 2010, pp. 31-33).

Comentarios al Edicto, libro XIX. Dice Pomponio que:

Si el lobo arrebatase al pastor los puercos que eran míos, y el colono de la casa de campo vecina que apacentaba su ganado, se los quita al lobo con sus perros, y mi pastor pidiese los puercos, se preguntaba si se habían hecho del que se los quitó al lobo con sus perros, o si permanecían míos; porque estos se habían adquirido como cierta especie de caza. Se decía también que a la manera que lo que se cogía en la tierra o en el mar, cuando adquiría su natural libertad, dejaba de ser de los que lo cogieron, del mismo modo lo que quitaban de nuestros bienes las bestias marinas o terrestres, dejase de ser nuestro cuando nosotros dejamos de perseguir las fieras; pues así como el ave que volando se sale de nuestra heredad o campo, deja de ser nuestra, del mismo modo perdemos el dominio si se libra de las garras de la bestia, y se hará del que la coge, así como el pez o el jabalí o el ave que sale de nuestro poder, si otro la coge. Pero más bien se ha de decir que permanece nuestro cuando se puede recuperar, aunque en cuanto a las aves, las bestias y las fieras es cierto

lo que se escribe. Dice también, que si se perdió alguna cosa en el naufragio, no deja de ser nuestra inmediatamente; y el que la hurta se hace responsable al cuatro tanto. Y a la verdad es mejor decir, que lo que el lobo arrebató permanece nuestro cuando se puede recuperar lo que arrebató. Este supuesto si permanece nuestro, juzgo que también compete la acción de hurto; aunque el colono no lo haya perseguido con el ánimo de hurtar; aunque lo haya perseguido con este ánimo, no entregándolo al que lo pide, parece que lo oculta y que lo quita; por lo cual juzgo que se obliga al hurto y a la exhibición, y que exhibidos puedo pedir los puercos como propios. (D.41.1.44).

Caso práctico n° 2

Tito tenía un fundo en el que trabajaba hasta altas horas de la tarde. Un día, un enjambre de abejas, hizo un panal en uno de sus árboles, Sticho, al pasar por el fundo del lado de afuera vio el panal y se lo llevó para hacer miel. Imaginemos que este hecho sucedió en el año 550 d.C. ¿Sticho cometió hurto?

Opiniones de juristas según la naturaleza jurídica de las abejas:

Próculo: las abejas son salvajes y entonces pueden ser apropiadas por cualquiera.

Celso: son amansadas si mantienen la costumbre de volver, entonces no son apropiadas.

Gayo: para este gran jurista las abejas son salvajes, pero también opina que si conservan la costumbre de volver son animales amansados. Justiniano: las considera salvajes. (Garrido, 2010, p. 38).

Respuesta

Paulo; comentarios a Sabino, libro IX 9:

Si las abejas fabricasen panal en el árbol que está en tu fundo, si alguno se llevase el panal o las abejas, no te compete contra él la acción de hurto, porque no eran tuyas; pues son semejantes a los peces que nadan en el mar y las aves que vuelan por el aire (D.47.2.26).

Caso práctico n° 3

En el año 138 de nuestra era, Sticho, padre de Tito, descubrió por casualidad, un tesoro enterrado en el fundo de César. Como la excavación le costaba, dejó su trabajo y volvió al otro día. Cuando a la mañana siguiente se prestaba a seguir el trabajo, César lo echó del predio y comenzó a desenterrar el tesoro, el cuál era de un alto valor. Sticho, ofuscado recurrió a las autoridades para que decidan de quién era el tesoro. Tener en cuenta la Constitución de Adriano quién gobernó desde el año 117 d.C. al 138 d.C. (Garrido, 2010, p. 43).

Respuesta

Justiniano dio la solución en sus *Institutas*:

Siguiendo al emperador Adriano la equidad natural, concedió a aquél que descubra los tesoros encontrados por alguno en su propio fundo, y estableció lo mismo respecto de aquellos que fuesen hallados por acaso en un lugar sagrado y religioso. En cuanto al tesoro que alguno encontrase en el fundo de otro por acaso y sin buscarlo, concedió la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del suelo. Y como consecuencia estatuyó que el tesoro hallado en la propiedad de César, fuese la mitad del descubridor y la otra mitad de César. De donde se sigue que el que descubre en un paraje correspondiente, ya sea al público, ya sea al fisco o a una ciudad, debe ser la mitad del descubridor y la otra mitad del fisco o de la ciudad. (I. 2.1.19).

Caso Práctico n° 4

Sticho era el dueño de un predio ubicado en las afueras de Roma. Este predio era elevado en altura con respecto a los predios vecinos, por lo cual había una considerable caída con respecto al agua que podía servir a los predios vecinos; Rocco dueño del predio contiguo había adquirido una servidumbre de agua para sus necesidades agropecuarias. Rocco vendió el predio a Juliano y un tiempo después este último se lo vendió a Sticho. ¿Juliano podía seguir con el beneficio de la servidumbre? ¿Por qué? ¿Y cuándo lo compró Sticho, que sucedió con la servidumbre?

Respuesta

Juliano pudo seguir con la servidumbre porque ésta, al ser un derecho real, tiene carácter permanente y no interesa quién sea el propietario del fundo. Pomponio D.8.3.20.3: “El *ius* de sacar agua, no corresponde al hombre sino al predio”. Cuando Sticho compró el fundo, la servidumbre se extinguió, porque no se puede tener servidumbre sobre la cosa propia. Paulo, D.8.2.26: “Porque a ninguno le debe servidumbre lo que es suyo”.

Caso Práctico n° 5

Casio le pidió prestado a Sticho 100.000 ases y se comprometió a garantizar el préstamo transmitiéndole sus cosas de labranzas por una *mancipatio*. Llevaron a cabo un pacto de fiducia por el cual el acreedor se obligó, una vez satisfecha la deuda a retransmitirle la propiedad. Se acostumbraba a dejarle la cosa al deudor en posesión para que pueda trabajar con sus herramientas y así pagar el préstamo; ahora bien, Casio teniendo la cosa en posesión, se aprovechó de esta situación, y al cabo de un año terminó usucapiendo las cosas de labranzas. Esta clase de *usucapio*, se llamaba *usureceptio* (Di Pietro, 2015, p. 200). ¿Qué harían ustedes si fueran Sticho, ¿Le hubieran dado la posesión o usado otra figura legal ¿Cuál?

Respuesta

Gayo, 2.60: “Para evitar esta situación, el acreedor le dejaba las cosas al deudor como arrendatario, entonces el deudor carecía de justa causa para usucapir”.

Caso práctico nº6

En el año 19 a.C. ya cuando Roma había conquistado España (después de doscientos años del desembarco en Ampurias que se produjo en el año 218 a.C.) se llevó a cabo una expedición donde varios comerciantes debían cruzar el mar Mediterráneo para comercializar piedras preciosas. Cuando ya estaban navegando y a punto de cruzar hacia España, se levantó una gran tormenta y se cayeron al mar varias piedras preciosas. Estas piedras pertenecían al gran comerciante Mario, hombre poderoso y de apreciable fortuna. Después de esta peripecia llegaron a la costa de España, pero con una gran pérdida de piedras preciosas. Al cabo de un tiempo las mareas las acercaron a la costa, y fueron rescatadas por un pescador llamado Lucio. Mario, en su búsqueda, y haciendo una minuciosa investigación, al cabo de seis meses, consiguió dar con el poseedor de estas piedras. ¿Mario siguió siendo propietario de estas piedras preciosas? ¿En algún momento perdió la posesión? ¿Contó con alguna acción que lo protegiera?

Respuesta

Nos dice Pomponio:

Que se sumergieron unas piedras en el río por naufragio, y se sacaron después de algún tiempo; acaso se retuvo el dominio el tiempo que estuvieran sumergidas; yo juzgo que sí; pero no se retuvo la posesión; porque esto no es semejante al siervo fugitivo; pues esto parece que lo poseemos para que él no nos prive de la posesión; pero respecto a las piedras es distinto. (D.41.2.13).

La propiedad no se perdió; ahora bien, Mario tuvo la acción de reivindicación contra Lucio para que le fueran devueltas, porque a Lucio no le dio el tiempo para usucapir las piedras. Para poder entender que la posesión se perdió hay que tener en cuenta que la posesión se pierde si perdemos el *animus* y el *corpus* de la cosa o ambos elementos.

Caso práctico nº 7

Supongamos el mismo caso anterior, pero Lucio tuvo en su poder las piedras por más de un año y no sabía de quiénes eran esas piedras. ¿Qué figura jurídica podría alegar Lucio para que finalmente quedaran en su propiedad?

Respuesta

Lucio que se consideraba propietario de esas piedras por ocupación, podía alegar la usucapión de esas piedras preciosas y por medio de esta figura quedar como nuevo propietario.

Caso práctico nº 8

Ahora bien, dijimos que los casos anteriores transcurrieron en el año 19 a.C. ¿qué pasaría si este naufragio, con las mismas características, hubiera sucedido en el año 535 de nuestra era. ¿Lucio podía usucapir? ¿Por qué?

Respuesta

De las usucapiones y de las posesiones de largo tiempo: Según el Derecho Civil, si por efecto de una venta, de una donación o de cualquier otra justa causa, había recibido alguno de buena fe alguna cosa de manos de una persona que creía propietaria de ella, pero que no lo era, debía adquirir dicha cosa por el uso de un año en todos los países, si era mueble, y de dos, pero sólo en el suelo de Italia, si era inmueble, y esto porque el dominio no quedase en la incertidumbre. Así lo había dispuesto la antigüedad, creyendo que estos plazos bastaban a los dueños para averiguar sus propiedades. Por lo relativo a nosotros, adoptando como un parecer más sabio que no se debe despojar con demasiada prontitud a los propietarios, ni encerrar este beneficio en una sola localidad, hemos promulgado sobre este particular una constitución que manda que las cosas sean adquiridas por el uso de tres años, y las inmuebles por la posesión de largo tiempo; es decir, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y que estos medios de adquirir el dominio por la posesión, fundada en una causa justa, tenga aplicación, no solo en Italia, sino en todos los países de nuestro imperio. (l. 2.6).

Caso práctico n° 9

Mevio contrajo nupcias *sine manu* con Laura, y al cabo de los años, Mevio, el cual era un hombre con poca salud, decidió hacer un testamento y dejar su propiedad, una pequeña finca, a su único hijo, Julio, y dejarle el usufructo a Laura mientras viviera. Laura, al poco tiempo de enviudar, contrajo nuevas nupcias, y tuvo dos hijos más, llamados Casio y Cornelia. Siendo ambos ya púberes, Laura contrajo una enfermedad y murió dejando en la finca una gran cantidad de frutos sin recoger. ¿A quiénes pertenecieron los frutos sin recoger, a Julio, a Casio o a Cornelia?

Respuesta

La respuesta la tenemos en las institutas de Justiniano:

El usufructuario de un fundo no se hace propietario de los frutos sino a proporción que los percibe. Si a su muerte los frutos, aunque maduros, no han sido todavía recolectados, pertenecen absolutamente, no a sus herederos, sino al dueño de la propiedad. (l.2.1.36).

Entonces los frutos le correspondieron a Julio.

Caso práctico n° 10

Mevio, que tenía dos hijos varones y una hija mujer, le dejó por testamento la finca donde vivían a Julio, uno de sus hijos, y el usufructo de la finca a Laura. Ahora bien, la casa era muy antigua con materiales precarios, y se vino abajo después de una gran tormenta que azotó Roma en el

año 10 a.C. ¿A quién le correspondió la reconstrucción de la casa? ¿Si Julio la reconstruyó le siguió correspondiendo el usufructo a Laura?

Respuesta

Ninguno está obligado a reconstruirla. Laura solo está obligada a los reparos necesarios para el mantenimiento de la finca. Si Julio reconstruyó la casa le sigue correspondiendo el usufructo a Laura.

Celso nos dice:

Porque le pertenecen todos los frutos de la cosa, escribe Celso en el libro 18 de los Digestos; que debo también reparar las casas, según parezca al árbitro que se nombre, de modo que estén bien reparadas; pero si alguna se arruinase por vieja, no está obligado a reedificarla; y si la reedificase el heredero, ha de permitir que la usufructúe. Por lo cual la duda de Celso es sobre el modo de cómo han de estar reparadas. Si algunas se arruinaron por viejas, no está obligado a reedificarla porque solo le corresponden los reparos cortos, pues le corresponden otras cargas al que se le legó el usufructo, v.g. el estipendio, o tributos, el salario y los alimentos de la cosa usufructuaria; y así lo escribe Marcelo al libro 13. (D.7.1.7.2).

Caso práctico n° 11

Lucrecia dio en hipoteca a Ticio un predio ajeno, y después a Mevio. Últimamente adquirió el dominio del predio y se lo dio en dote a su marido. Lucrecia le pagó la deuda a Ticio, ¿Es válida la hipoteca que constituyó a favor de Mevio?

Respuesta

Africano nos dice que no es válida:

Si bien fue pagada la cantidad debida a Ticio, no por eso se confirma la hipoteca de Mevio porque hay que tener en cuenta que ni cuando la mujer le pagó a Ticio ni cuando se obligó con Mevio el predio era de la mujer. Si bien el predio Lucrecia lo adquirió luego, se lo dio en dote al marido, y si éste es de buena fe es decir ignoraba que estuviese obligada con Mevio, no se encuentra momento alguno que se confirme la hipoteca de Mevio. (D.20.4.9.3).

Caso práctico n° 12

Sticho se convirtió en arrendatario de un baño a partir de las calendas de julio, y como garantía del pago del arriendo, pactó dar en prenda al esclavo Eros. Sticho, después de contratar este arriendo da en hipoteca a Eros por un dinero que le había prestado un tal Juliano con gran poder económico. Sticho no le pagó la deuda a Juliano, y éste pretende poner en venta a Eros y así cobrarse la deuda, ¿el arrendador pregunta si contra este acreedor que pedía a Eros, el pretor debía ampararlo a él? (Garrido, 2010, p.115).

Respuesta

Africano, D.20.4.9: Se respondió que sí, porque Eros estaba en aquel tiempo en un estado que no podía darse a otro en prenda contra la voluntad del arrendador y es mejor la condición de éste.

Caso práctico n° 13

Sticho que estaba por hacer un negocio, pero no tenía dinero, fue a pedirle prestado a Juliano 100 ases a cambio de crear una hipoteca a favor de este último. Después de varias conversaciones de negocios quedaron que le dejaba en hipoteca al esclavo Eros. Si bien a Juliano le pareció buen negocio quedaron en seguir las conversaciones; mientras tanto Sticho convino con Mevio que éste le prestaba los 100 ases a cambio de tener como garantía al esclavo Eros. ¿Quién tiene prioridad para el cobro de la hipoteca?

Respuesta

Gayo, D.20.4.11 dice que mejor derecho a hipoteca tiene el primer acreedor hipotecario, no obstante que haya precedido pacto con otro de que éste le prestase dinero, porque podía no recibir el dinero de él. Entonces tiene prioridad Mevio.

Caso práctico n° 14

Mevio, Casio y Octavio, eran tres jóvenes de unos veinte años, que se juntaban a la mañana, muy temprano, en una calle de Roma, para ir juntos al trabajo. Eran tres muchachos muy fornidos ya que se dedicaban a tareas rudimentarias. Una mañana se cruzaron con un hombre de muy avanzada edad, enfermo, hambriento y mal dormido ya que pernoctaba en las calles de Roma. Este hombre les dijo que, si no le entregaban los anillos de oro que tenían, a cambio de un par de monedas, les iba a dar una paliza que no se iban a olvidar nunca más. Este hombre no tenía ninguna clase de armas. Los tres jóvenes se miraron y les dieron los anillos, después fueron a averiguar si podían acusarlo a este hombre de amenazas y que les devolvieran los anillos.

Respuesta

No pueden acusarlo de nada ya que transmitieron la propiedad por *traditio*. Los anillos son cosas *nec Mancipi* y el acto no puede ser anulado por el vicio de amenazas, ya que por las condiciones físicas de estos tres jóvenes y la del anciano no hubo ninguna amenaza seria.

Caso práctico n° 15

El tío de Mevio concurrió a saludar a su sobrino a su casa. Éste le preparó la comida preferida del tío, que era un hombre joven de una salud impecable, pero tuvo la desgracia que cuando se fue a sentar y a degustar la comida que le preparó su sobrino, la silla se rompió y cayó de nuca, produciendo la muerte en forma instantánea, su sobrino lo enterró en su casa provisoriamente

hasta poder construirle el sepulcro definitivo. ¿La casa de Mevio se constituyó en *res religiosae*, y con ello queda fuera del comercio?

Respuesta

La casa no se volvió religiosa y no salió del comercio, para que pasara esto tendría que haber sido hecha la sepultura en forma permanente y no provisoria, y se debía enterrar los cadáveres fuera de Roma.

Preguntas sobre obligaciones. Unidades 15 a 18

1. ¿Qué es una obligación?
2. ¿En qué consistía la prestación de las obligaciones? Describe cada una.
3. ¿Cómo fue evolucionando con el tiempo?
4. ¿En el derecho antiguo se conocieron ritos jurídicos capaces de crear situaciones obligatorias?
5. ¿Qué características tenían estos ritos?
6. ¿En qué año y en qué contexto quedó abolido el *nexum* y porque fue tan importante para la evolución del derecho y la justicia social?
7. ¿Cuáles eran las obligaciones naturales?
8. ¿Cuál fue el motivo por el cual se dictó del senadoconsulto Macedoniano?
9. ¿Cuál era la diferencia entre obligaciones civiles y honorarias?
10. ¿Cuál era la diferencia entre las obligaciones de derecho, *stricto iuris* y las de buena fe?
11. ¿Cuál era la regla dentro de las obligaciones de sujetos múltiples?
12. ¿En las obligaciones de sujetos múltiples, en cuál de ellas se podía establecer que habiendo varios deudores, el acreedor le podía exigir la totalidad de la deuda a un solo deudor?
13. ¿En las obligaciones según el objeto, cuando estas eran genéricas, el deudor podía desobligarse por caso fortuito o fuerza mayor?
14. ¿En las obligaciones de objetos indeterminados, como ejemplo las de géneros, quién debía elegir la calidad de lo adeudado?
15. ¿Podía entonces entregar un objeto de menor calidad?
16. ¿En las obligaciones específicas, el deudor se podía desligar por alguna circunstancia?
17. ¿En las obligaciones alternativas a quién le correspondía la elección de la prestación debida?
18. ¿Si el deudor hubiese pagado por error los dos objetos, a quién le correspondía elegir la devolución de lo no debido?
19. ¿Quién fue el primer jurisconsulto que clasificó las fuentes de las obligaciones y cuáles eran?
20. ¿Cómo las clasificó Justiniano?
21. ¿Cuáles eran los requisitos para que haya contrato en Roma?
22. ¿En qué se diferenciaba un contrato de un cuasicontrato?

23. ¿Los protegía alguna acción?
24. ¿Según la clasificación de las fuentes del derecho a qué delitos se refirieron Gayo y Justiniano, públicos o privados?
25. ¿Cuáles eran las penas para los delitos privados?
26. ¿Si fueran varios los delincuentes, la pena pecuniaria se acumulaba por cada uno de ellos?
27. ¿En los cuasidelitos cuando se arrojase o derramare algo desde el balcón de una casa, cuál era la pena?
28. Si el dueño de la casa tenía un hijo que arrojaba piedras o colgaba cosas peligrosas en la parte externa de su habitación, ¿Había acción contra el padre?
29. ¿En qué consistió la *bonorum venditio*?
30. Define entre los medios de extinción de las obligaciones, el pago y la transacción.

Respuestas

1. La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de tener que pagar algo según el *ius* de nuestra *civitas*.
2. La prestación consistía en un *dare*, en un *facere* o *non facere* o en un *praestare*. Cuando nos referimos al *dare*, consistía en el traspaso al acreedor de la propiedad u otro derecho real sobre la cosa, como por ejemplo en el caso del mutuo en el cual se daba el dominio de la cosa fungible. Cuando nos referimos a un *facere*, era la realización de un acto positivo. Si era un *non facere*, era la obligación de no hacer, como por ejemplo en una servidumbre de paso era no hacer una pared. Un *praestare* era la entrega de una cosa, pero sin transferir el dominio, como por ejemplo cuando se entregaba algo en garantía o cuando se entregaba algo para un simple uso, como por ejemplo en un comodato.
3. En un principio se podía ejercer la venganza privada y hasta se podía dar muerte al agresor. Con el tiempo se aplicó la ley del Talión la cual consistía en ojo por ojo, diente por diente. Más adelante el agresor o sus agnados ofrecían al agredido una reparación económica, como la entrega de bienes para extinguir la responsabilidad. Más adelante el agresor o sus agnados ofrecían al agredido una reparación económica como la entrega de bienes para extinguir la responsabilidad.
4. Sí, ellos eran el *nexum* y la *sponcio*, más tarde apareció la *stipulatio*.
5. El *nexum* era un acto solemne que se llevaba a cabo utilizando el cobre y la balanza en presencia de cinco testigos, en el cual el deudor se comprometía a pagar la deuda con su propio cuerpo. Si los deudores no pagaban la deuda sufrían la *manus iniectio*, la cual consistía en la posibilidad de tenerlos presos privadamente durante 60 días, al cabo de los cuales podían ser vendidos. (Di Pietro, 2015, p. 281). A la *sponcio* se la vinculaba a la religión, y consistía en un rito verbal por el cual el acreedor preguntaba *spondes* y el deudor respondía *spondeo*. Era solamente para ciudadanos romanos. La *stipulatio* consistía en una pregunta y una respuesta congruente entre ellas y se podía utilizar

cualquier verbo como por ejemplo te comprometes si me comprometo, esta figura se creó para que puedan obligarse los extranjeros entre sí o un ciudadano y un extranjero. Según nos relata Cicerón este juramento de buena fe ante los dioses era de mucha importancia. (Di Pietro, 2015, p. 341).

6. Este arcaico concepto que creaba una evidente injusticia para el deudor y que trajo aparejado una revuelta social, motivó que en el año 326 a.C. se sancionara la ley *Poetelia Papiria* que abolió indirectamente el *nexum*, al disponer que quedaba prohibido el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte al *nexi*, y establecía que desde ese momento se respondía con sus propios bienes.
7. Las obligaciones naturales carecían de acción para ser jurídicamente exigibles como si un esclavo por su cuenta contrajera una deuda, o el pupilo sin la *auctoritas* de su tutor, u obligaciones entre los *filius*, salvo el caso de los peculios. En el período posclásico estaba prohibido por el senadoconsulto Macedoniano prestar dinero a los hijos de familia. En época de Justiniano se admitieron las obligaciones naturales impropias, estas son obligaciones morales o de buenas costumbres que una vez pagadas no se pueden repetir; en el Digesto 3.5.27.1. Modestino aclara que “Si Ticio dio alimentos a una hija de su hermana, respondí que si lo hizo por causa de piedad, no tenía acción para repetirlo de ella”.
8. Un sujeto llamado Macedón, estando todavía sometido a la patria potestad pidió prestado cierta cantidad de dinero, transcurrido cierto tiempo y con la presión del acreedor para que cumpliera con el pago, asesinó a su padre para heredarlo y así pagar su deuda. A partir de este senadoconsulto siglo I d.C. se le prohibió prestar dinero a los hijos de familia que estaban bajo potestad.
9. Las obligaciones civiles tenían su fuente en el *ius civile* y estaban protegidas por una acción del derecho civil, mientras que las honorarias tenían su fuente en los pretores y en los ediles curules, y se tornaban exigibles por una *actio in factum* creadas por el pretor.
10. En las obligaciones *stricto iuris* como una *stipulatio*, sólo puede reclamarse aquello que fue convenido. En las obligaciones de buena fe el árbitro judicial tiene la libertad para interpretar lo que las partes han querido según la buena fe, y el *iudex* podía no solo condenar a lo reclamado, sino también intereses, accesorios, y examinar si había habido dolo o violencia de alguna de las partes. Son obligaciones nacidas de los contratos de compraventa, locación, sociedades. La protección de la acción de buena fe fue obra del Pretor.
11. La regla son las obligaciones parciarias o también llamadas pro parte o prorratas, son aquellas que cada deudor solo debe su parte por la cual se obligó.
12. En las obligaciones solidarias, como la solidaridad no se presume, debía estar expresamente en el contrato o en el testamento; también había solidaridad por la ley, que era cuando ésta lo disponía, así por ejemplo en las obligaciones delictuales en la época de Justiniano o los cotutores o los fiadores.
13. No, porque el género nunca perece.

14. Si el acreedor no se reservó en una cláusula especial que le correspondía a él elegir la calidad de lo adeudado, entonces es el deudor quién determina.
15. Sí, en el derecho clásico el deudor podía entregar un objeto de menor calidad; Justiniano estableció que se debía de entregar una calidad media, ni el acreedor pedir algo de calidad inmejorable ni el deudor entregar una calidad pésima. Africano. Cuestiones, libro VIII:

Si el heredero a quien se le mandó que diese un siervo, diese uno que era ladrón, sabiéndolo, y que este hurtase alguna cosa al legatario, dice que se le puede reconvenir por la acción de dolo malo. Pero porque es cierto que el heredero está obligado a no dar el más malo, se lo precisará a que dé otro siervo, y entregará a éste por razón del daño (D.30.1.110).

16. Sí, por caso fortuito o fuerza mayor.
17. La elección correspondía al deudor, salvo que se hubiera convenido que fuera el acreedor el que deba de elegir.
18. Correspondía la elección al deudor; así lo estableció Justiniano.
19. El primer Jurisconsulto en clasificar las fuentes de las obligaciones fue Gayo, y en su primera obra expresó que estas nacen de un contrato o de un delito, posteriormente, en otra obra suya, le agregó que también nacen de varias figuras de causas, quedando una clasificación tripartita.
20. Justiniano hizo una clasificación cuatripartita y dispuso que las obligaciones nacían de los contratos o de los cuasi contratos, de los delitos o de los cuasi delitos.
21. Los requisitos eran que haya un consenso entre las partes destinado a crear una obligación, que tuviera un nombre propio y que esté protegido por una acción.
22. En que en el contrato había un consentimiento de las partes mientras que en el cuasi contrato faltaba este requisito fundamental.
23. Sí, las fue dando el pretor por una cuestión de equidad.
24. Se referían a los delitos privados ya que los públicos llamados crímenes, eran los homicidios, los sacrilegios, la traición, entre otros; y las penas iban desde el azotamiento, la *deportatio*, la muerte o la esclavitud.
25. El delito privado daba lugar a una acción mediante la cual se perseguía una pena y se podía acumular una acción reipersecutoria. Al principio esa pena fue corporal, pero con el tiempo la pena consistió en una suma de dinero. Así por ejemplo quien ha sufrido un *furtum* tenía las acciones para recobrar la cosa y además cobrar la pena pecuniaria que variaba según el perjuicio en el duplum, triplum o quadruplum del valor de la cosa.
26. Sí, supongamos que eran tres los delincuentes en un *furtum nec manifestum*; la pena era el *duplum*, la víctima podía por la *actio furti nec manifestum* ser resarcido por cada uno de ellos, entonces podrá obtener seis veces el valor de la cosa más la *rei vindicatio* de la cosa.
27. Justiniano explica:

Igualmente, el que ocupa, ya como propietario, ya gratuitamente, una habitación desde donde se ha arrojado alguna cosa que ha causado perjuicio a otro, se reputa obligado como por delito; pues no puede precisamente decirse obligado por delito, porque las más veces se halla obligado por culpa de otro, ya de su esclavo, ya de su hijo. Lo mismo sucede respecto del que en un camino público ha puesto o colgado algún objeto que al caer pudiese causar perjuicio a alguno; en este caso se halla establecida una pena de diez sueldos de oro. Pero respecto de las cosas arrojadas o esparcidas, se halla establecida una acción, que consiste en el doble del perjuicio, y si un hombre libre hubiese sido muerto, la pena sería de cincuenta sueldos de oro. Si no ha sido muerto, sino herido, se da acción por la suma que el juez estime equitativa según el caso. En efecto, el juez debe tener en cuenta los honorarios abonados al médico y demás gastos de la enfermedad, y además los trabajos que no ha podido desempeñar en adelante el herido o que no podrá desempeñar en adelante por consecuencia de la incapacidad a que haya sido reducido. (I.4.5.1)

Ulpiano aclara:

Dice el pretor, cuya caída puede hacer daño; por estas palabras se manifiesta, que el pretor no quiso prohibir absolutamente que se pusiese alguna cosa; porque para que tenga lugar este edicto no solo se ha de mirar a que haya daño, sino también a si lo puede haber; y se obliga el que tenía puesto, ya sea que haya causado daño o no lo que estaba puesto. § 12. Si lo que estaba puesto cayó e hizo un daño compete acción contra el que lo puso, no contra el que habitaba, como que no basta esta acción; pues el que lo puso, ciertamente no parece que lo tuvo puesto, si no fue señor de la casa, o habitaba en ella. Servio respondió, que a ejemplo de esta acción, se debía dar acción contra el pintor, que a la puerta de su obrador colgó un escudo o tabla, y cayó e hizo un daño a uno que pasaba; porque esta acción es claro que tiene lugar, pues la tabla no estaba puesta ni en el ala del tejado, ni en el cobertizo; lo mismo respondió que se debe observar si se cayese la vasija que estaba colgada de un cordel; porque falta la acción civil y la pretoria. § 13. Esta acción es popular y compete al heredero y a otros semejantes, pero no compete contra los herederos, porque es penal. (D.9.3.5.11).

28. Justiniano responde la cuestión:

Si el hijo de familia ocupa una habitación separada de la de su padre, y desde ella se ha arrojado o vertido alguna cosa, o tiene algún objeto colocado o colgado, cuya caída fuese peligrosa; Juliano ha declarado que no hay ninguna acción contra el padre, y que es preciso proceder contra el mismo hijo; la misma observación se aplica al hijo de familia que, siendo juez, hubiese hecho suyo el litigio (I.4.5.2).

29. Consistía en la ejecución en bloque de los bienes del deudor insolvente, quien recibía la tacha de infamia.
30. El pago era el cumplimiento de la prestación debida consistente en un *dare*, un *facere* o un *praestare*, según lo convenido. La transacción consistía en realizar entre acreedor y deudor concesiones recíprocas para dar por finalizadas obligaciones litigiosas o dudosas.

Casos prácticos. Unidades 15 a 18

Caso práctico n° 1

En un certamen de lanzamientos de jabalinas, cuando le tocaba el turno a Sticho, quien la lanzó con mucha fuerza, se cruzó Ana, una joven ciudadana romana casada y con dos hijos. Venía desprevenida y, al cruzar por el campo de competencia, la jabalina le atravesó el cuerpo y la mató. ¿En este caso Sticho es culpable de homicidio? ¿De serlo, tendría que indemnizar al marido y a los hijos?

Respuesta

En este caso Sticho no era culpable de homicidio y no tendría que indemnizar ni al marido ni a los hijos, según nos aclara Pomponio, ya que no se consideraba que sufriera un daño quien lo sufre por su propia culpa. (Garrido, 2010, pp. 87-89).

Caso práctico n° 2

Un artesano estaba enseñando a un joven su oficio de zapatero. A este joven, un poco torpe para el oficio no le salía nada bien, y el artesano furioso le dio un golpe en la nariz con la horma del zapato y le sacó un ojo, pero no fue su intención producir tamaño daño, ahora bien ¿El padre del muchacho tenía alguna acción contra el artesano ¿Cuál? ¿El artesano actuó con dolo? ¿Podría pedir injurias? (Garrido, 2010, p.91).

Respuesta

No cabe duda que el artesano debe indemnizar al padre del joven, quien tendría la acción de la *lex Aquilia* y la acción de locación pues si bien se permitía a los maestros dar un leve castigo, en este caso fue más que un simple castigo. (D.19.2.13.4 y D.9.2.5.3).

No compete la acción de injurias, porque no lo hizo por causa de injuria, sino para amonestarlo y enseñarle, duda si tendrá la acción de locación porque el que enseña solo le es permitida la moderada corrección, pero no duda que compete la de la *lex Aquilia* (D.9.2.5.3). Juliano dice:

Si el zapatero diese al aprendiz con la horma del zapato tan fuerte golpe en la nariz, porque no lo hacía bien, que le saltase un ojo, le compete a su padre la acción de locación; pues, aunque los maestros les es permitida la leve

corrección, no se contuvo en los límites que debía. También le compete la acción de la *lex Aquilia*. (D.19.2.13.4).

Juliano negaba que le competiera la acción de injurias porque no lo hizo por causa de injuria, sino para enseñarle. D.9.2.6 Paulo: comentarios a Sabino, libro XXII: “La demasiada crueldad del preceptor se computa por culpa”.

Caso práctico n° 3

Alfeno:

En la cuesta capitolina llevaban unas mulas, dos carros cargados. Los carreteros del primero lo sostenían para que las mulas lo pudiesen llevar con más facilidad, el primero empezó a caer hacia abajo y los carreteros se corrieron. El carro que venía atrás empezó a retroceder y le causó daño a un esclavo. El amo del esclavo preguntaba a quién debía pedir el daño sufrido. (D.9.2.52.2).

Respuesta

Alfeno respondió:

Que el derecho dependía del hecho, porque si los carreteros que habían sostenido el carro de arriba se apartaron voluntariamente, y por esta razón las mulas no pudieron sostenerse y la misma carga las hizo retroceder, no compete acción alguna contra el señor de las mulas, y se debía pedir por la *lex Aquilia*, contra los que sostenían el carro que volvió para atrás, porque el daño lo causaron los que los sostenían y voluntariamente lo dejaron para que cause un daño. Pero si las mulas se espantaron y los carreteros se debieron correr no se dará acción contra ellos sino contra el señor de las mulas, y si no hubo culpa en los carreteros ni defecto de las mulas porque estas no pudieron retener la carga, o al tiempo de sostenerla se resbalaron y cayeron y por eso se volvió el carro hacia atrás, y los carreteros no pudieron contenerlos, no se dará acción ni contra el señor de las mulas, ni contra los carreteros del primer carro y de cualquier manera no hay dudas que no se puede pedir contra el señor de las mulas del último carro, porque no volvieron atrás voluntariamente sino por fuerza. (D.9.2.52.2).

Caso práctico n° 4

A las afueras de Roma, Juliano dueño de un inmueble, se lo alquilaba a Cayo. El inmueble contaba con un amplio balcón y desde allí se tenía una hermosa vista. A Cayo le gustaban las macetas con rosas que dejaba colgada en el mismo balcón. Un día pasó Cornelio, hombre libre y de admirable fortuna, y se le cayó una maceta que lo dejó mal herido por un tiempo, y luego falleció. ¿Cayo cometió delito o en que figura jurídica lo encasillaríamos? ¿Los hijos de Cornelio tienen

alguna acción que les permita cobrar los daños que les produjo la muerte de su padre y si es así, contra quién sería esta acción, contra Juliano o contra Cayo?

Respuesta

Lo que cometió Cayo fue un cuasidelito ya que no tuvo intención (dolo) de causar un daño, los hijos de Cornelio tienen la acción *in factum* para cobrar una indemnización por la muerte de su padre y el responsable fue solo Cayo. Ulpiano nos dice:

Lo que se cayó al tiempo de ser colgado se lo toma como si fue arrojado, lo mismo si se derramó alguna cosa que estaba colgada se la considera como arrojada, aunque ninguno la haya derramado o arrojado. &4. Esta acción *in factum*, se da contra el que habita y no contra el dueño de la casa porque la culpa es de este. &5. Si pereció el hombre libre, la estimación del daño no es el *duplum* porque no se puede apreciar su valor, sino que se condena en cincuenta ducados. (D.9.3.1.3).

Relacionándolo con un caso actual, el tres de junio de 2002, Miguel Betros pintor y decorador de profesión caminaba por la avenida cabildo y, se le cayó una bifeira que en un principio se pensó que era del quinto piso, aunque las pericias, por las características del edificio se constató que era del séptimo piso; le dio de lleno en la cabeza provocándole graves heridas, una fractura de cráneo y la pérdida de todos los dientes. La justicia ordenó indemnizar al peatón herido, en ese momento con la suma de 270.000 pesos.

Caso Práctico n° 5

Supongamos el mismo caso que el anterior; pero Cayo era un huésped que solo se quedaría una noche.

Respuesta

El Digesto, siguiendo a Ulpiano, nos da la solución del caso:

Decimos que habita el que vive en su propia casa, o en la alquilada. El huésped no se obliga porque no habita, sino que solamente se hospeda; pero es responsable el que le da hospedaje: la misma diferencia hay entre el que habita y el huésped, como entre el que tiene domicilio y el pasajero (D.9.3.1.9).

Caso práctico n° 6

Una ciudadana romana llamada Ana, salió de compras al mercado, llevando consigo un anillo de oro que le fue regalado por su esposo antes de contraer nupcias. Después de hacer las compras se sacó el anillo que le estaba molestando y lo apoyó en un banquito. En ese momento y ante el descuido de Ana, un ladrón se apoderó del anillo y salió corriendo a toda velocidad. En ese instante tres hombres que estaban conversando vieron lo que estaba sucediendo y lo comenzaron a correr a toda prisa. Al ladrón se lo perdió de vista, pero igual se lo siguió buscando

hasta que en un momento lo encontraron, con el anillo en su poder. Le sacaron el anillo y se lo restituyeron a Ana. ¿Qué delito cometió el ladrón? ¿Es penado lo que hicieron esos tres hombres? ¿Cuál sería la pena para el ladrón?

Respuesta

Gayo en el Digesto en el libro 47. Título 2, en el capítulo de los hurtos, nos dice que los hurtos son manifiestos o no manifiestos. Acá nos encontramos en un claro *furtum* manifiesto porque así lo determinaron luego de varias teorías los juriconsultos romanos. Ulpiano comenta a Sabino, libro XLI; y nos dice “que el hurto manifiesto es como dicen los griegos, cuando se encuentra al ladrón con la cosa, importando poco por quién es capturado, si es por aquel de quien es la cosa o por otro”. Siguiendo la teoría de Juliano:

Aunque se lo capture cuando está hurtando o si se lo captura antes de que la cosa hurtada la deje en el lugar donde la había destinado es un hurto manifiesto. ¿Acaso será el hurto manifiesto si se cogiese al ladrón estando hurtando, o aunque sea cogido en otra parte? Y es más cierto como escribió Juliano, que, aunque no se lo coja cuando está hurtando, con todo es ladrón manifiesto, si se lo coge con la cosa hurtada antes que la deje adonde había determinado llevarla. (D.47.2.3.2).

Antiguamente también era *furtum* manifiesto cuando se encontraba la cosa en la casa del ladrón por una pesquisa:

La *actio prohibiti furti*, por el cuádruplo ha sido introducida por el edicto del pretor; en cambio, la ley no estableció ninguna pena por esto, ya que solo se limitó a prescribir que quién quisiera investigar el *furtum*, lo hiciera desnudo con un *licium* en la cintura y un platillo en la mano, y si de este modo encuentra algo, entonces la ley declara que se trata de un *furtum manifestum*. (Gayo, 3.192).

Era un ritual que el mismo Gayo describió como ridículo; se trataba del que quería hacer la pesquisa debía estar desnudo, cubierto por un taparrabos y llevando en la mano una bandeja o plato y debía entrar así a la casa de quién se creería que tenía la cosa hurtada. La ley de las XII tablas, tabla 8.15 b, habla de “por plato y por ropaje”. En 8.12: “Si un ladrón comete el robo de noche, y se lo mata, la muerte será legítima”. La misma ley agrega:

Los ladrones capturados en el acto si son hombres libres serán torturados y entregados a la persona contra la cual se cometió el robo, siempre y cuando hayan cometido el robo de día y sin usar un arma; los esclavos capturados en el acto de robar serán torturados con látigos y serán aventados desde la piedra; pero los impúberes serán torturados según la decisión del pretor y el daño que causen será pagado. (XII tablas, 8.14).

En el procedimiento formulario si era *furtum* manifiesto tenía la víctima la *actio furti manifestum* por el cuádruplo del valor de la cosa.

Caso práctico n° 7

Vayamos al caso anterior, pero Ana de vez de dejar el anillo en el banquito, el ladrón, que tenía en su mano un cuchillo, le arrebató su anillo. Esto fue en el año 49 a.C. ¿Estaría cometiendo *furtum*, o estaríamos ante otro delito?; y si fuera así ¿Cuál sería su pena? ¿Qué acción podía utilizar Ana?

Respuesta

Según nos cuenta Cicerón que ante las guerras sociales que estaban sucediendo a finales de la República, el pretor Terencio Lúculo en el año 76 a.C. sancionó los actos violentos que en un principio solo fueron sancionados cuando los realizaban varios hombres reunidos y armados, pero inmediatamente también se lo trasladó a un solo hombre armado o varios de estos, con armas o sin ellas. El ladrón cometió el delito de rapiña. (Di Pietro, 2015, p. 308). Ulpiano, D.47.8.2. Comentarios al edicto, libro LVI. D.47.8.2.13: “En esta acción se cuadruplicará el verdadero importe de la cosa dentro del año útil, y no lo que importa”. D.47.8.2.17: “Esta acción vulgarmente se llama *vi bonorum raptorum*”.

Caso práctico n° 8

Reunidos en el coliseo para ver una lucha de gladiadores, y ante el clamor de la gente por el aliento hacía uno u otro de los gladiadores se armó una gresca en uno de los palcos, y un hombre de baja condición social llamado Mevio y conocido en las calles de Roma por su mal carácter, le dio un golpe de puño a un senador. ¿Cometió algún delito Mevio? ¿Si así fuera que delito sería y cuál debería ser su pena?

Respuesta

Mevio cometió el delito de *iniuriae*, por agredir físicamente a un hombre libre; en el régimen de las XII tablas decía:

1b. Si alguien canta o compone un canto que puede causarle deshonor o desgracia a otro, sufrirá la pena de muerte. 2. Si arrancó o rompió un miembro, y no llegó a un acuerdo con él, que se aplique el talión. 3. Si rompe el hueso de una persona libre con la mano o con un mazo, pagará 300 ases, y si es esclavo 150 ases. 4. Si comete injuria contra otro, deberá pagar 25 ases (XII Tablas. Tabla VIII).

Gayo nos comenta que en aquellas épocas de pobreza las penas pecuniarias eran suficientes, con el paso del tiempo y la inflación, éstas penas pecuniarias quedaron ridículas. Aulio Gelio 20.1.13; cita el caso, recogido por Labeon, de la costumbre de un tal Lucio Veracio,

un hombre de malas costumbres, que iba por las calles y golpeaba a quién quisiera con la mano y el esclavo que iba atrás le entregaba al ofendido 25 ases. En la época, clásica esto fue modificado por el pretor que concedía una acción penal, cuya condena llevaba consigo la pena de infamia. Gayo, 4.182: “Esta acción penal llamada *actio iniuriarum aestimatoria*, permitió que el ofendido estimara el monto por la injuria sufrida y es el juez que una vez probada la ofensa podía condenar por el monto pedido o por uno menor”.

También existió y esta es la respuesta al caso, que se considerara a este delito injuria grave:

Nos está permitido por el pretor que estimemos la *iniuria*, y el *iudex*, según su propio criterio, condena hasta el monto que hemos estimado o por uno menor. Pero cuando se trata de una *iniuria* grave, el pretor suele estimar al mismo tiempo el monto en la fórmula, el *iudex* generalmente, a causa del respeto a la autoridad del pretor, no se atreve a disminuir dicho monto (Gayo 3.224).

Se considera injuria grave, ya sea por razón del hecho, por ejemplo, si alguien hubiese sido herido o flagelado o abatido a palos; o ya sea por razón del lugar, por ejemplo, si ha ocurrido en el teatro o en el foro; o ya sea por razón de la persona, por ejemplo, si fuera infligida una *iniuria* a un magistrado o se cometiera *iniuria* contra un senador por una persona de baja condición (Gayo 3.225).

Caso práctico n° 9

Tres romanos cayeron prisioneros de los portugueses. A uno de ellos le dieron la libertad para que traiga el dinero por la liberación de los tres, con la condición de que, si no volvía, estos dos debían pagar por los tres, así se resolvió ya que estos dos pagaron por los tres. Al llegar a Roma estos dos le quisieron cobrar al ex prisionero liberado en primer lugar y que nunca más volvió. ¿Por qué figura jurídica le podían cobrar, tenían acción?

Respuesta

Acá podría haber lugar a dos figuras jurídicas: se pudo haber considerado que hubo un mandato expreso para pagar el rescate del prisionero liberado en primer lugar o bien si no procedía porque no se consideraba que había mandato expreso se podía proceder por la gestión de negocios. Servio, respondió que era justo que el pretor diese acción contra él. Siguiendo a Paulo:

Porque como se refiere Alfeno en el libro treinta y nueve del Digesto, habiendo los portugueses hecho tres prisioneros y darle la libertad a uno de ellos para que trajese el dinero para el rescate de los tres, con la condición que, si no volvía, los dos pagasen por él, al no haber querido volver pagaron los dos por él, Servio respondió que era justo que el pretor diese acción contra él. (D.3.5.21).

Caso práctico n° 10

Mevio, un ciudadano romano, se encontraba solo al perder a su mujer, Aurora, por una grave enfermedad, que duró varios meses. Él estuvo al lado de su mujer e hizo lo imposible para cuidarla y darle unos pequeños gustos en vida. Una mañana, al despertarla con el desayuno preparado, se dio cuenta de que Aurora había fallecido. Después de unos meses se fue de viaje para poder despejarse y salir del mal momento que estaba atravesando. Decidió irse unos días a la isla de Capri que era un sueño que quería compartir con su mujer, Aurora; al emprender el viaje se fue con una gran cantidad de mercadería para ver si podía emprender un negocio en dicha isla. En medio del viaje se produjo un gran viento que trajo una gran tormenta y la nave quedó a la deriva. El capitán del barco decidió que había que aligerar la nave tirando mercadería al mar, así fue que su mercadería se perdió al ser arrojada al mar, pero tuvo la suerte de que el barco llegó a la isla y salvaron los pasajeros sus vidas. Al llegar a la isla de Capri, Mevio fue a ver a un gran abogado llamado Manio, y le preguntó si lo podía asesorar sobre lo que le pasó con la mercadería. Mevio quería saber si tenía alguna acción que lo protegiera, y en tal caso, contra quien iba dirigida esa acción.

Respuesta

Manio le explicó que se trataba de la *lex rhodia de lactu*, que trataba sobre estos casos cuando había que tirar parte de la mercadería para aligerar la nave, y que contaba con la acción que se llamaba *actio locati* contra el armador del buque para que lo indemnizaran por la echazón de la mercadería. También le explicó que el armador tenía la *actio conducti*, contra los pasajeros que habían salvado sus mercaderías para obtener la contribución de estos en forma proporcional. (Di Pietro, 2015, p. 395).

Referencias

Di Pietro, Alfredo. (2015). *Derecho Privado Romano*, 2º edición. Editorial Abeledo Perrot.
García Garrido, Manuel Jesús. (2010). *Casos prácticos*, quinta edición abreviada, Editorial Ediciones Académicas.

Fuentes

Gayo. (1967). *Institutas*. Texto traducido, notas e interpretación por Di Pietro Alfredo. Editorial Abeledo Perrot
Justiniano. (1872). *Digesto*, Tomo 1. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.
Justiniano. (1873). *Digesto*, Tomo 2. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.
Justiniano. (1874). *Digesto*. Tomo 3. Traducido y publicado por el Licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.

CAPÍTULO 5

Derecho sucesorio

Hilda Fingermann

Este capítulo se corresponde con las unidades 9 y 10 del programa de la asignatura Derecho Romano de la cátedra 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (El derecho sucesorio: su primera regulación y La sucesión en el derecho pretoriano y justiniano, respectivamente).

Tabla 5.1

Semejanzas y diferencias entre herencias y legados

Herencia	Legado
Acto jurídico por causa de muerte (<i>mortis causa</i>).	Acto jurídico por causa de muerte (<i>mortis causa</i>).
Sucesión <i>mortis causa</i> a título universal.	Sucesión <i>mortis causa</i> a título particular.
Puede ser testamentaria o <i>ab intestato</i> .	Solo por disposición testamentaria, que designe primero uno o más herederos.
Se instituía por testamento o se designaba por ley, a falta o nulidad del testamento, a uno o más herederos, que podían ser necesarios (esclavos) suyos y necesarios (los que se convertían en <i>sui iuris</i> a la muerte del causante) o extraños (parientes que no se convertían en <i>sui iuris</i> a la muerte del causante o personas ajenas a la familia).	Se instituía por parte del causante a uno o varios legatarios, parientes o no. Los legados podían ser <i>per vindicationem</i> (legado de propiedad); <i>per damnationem</i> , (legado de un crédito contra el heredero); legado de preferencia (cuando el heredero era también legatario) etcétera.
Existía el derecho de acrecer de un heredero, ante la renuncia a su parte de un coheredero, en la proporción que se hubiera adjudicado.	No existía el derecho de acrecer entre los co-legatarios en el legado <i>per damnationem</i> , y sí en el <i>per vindicationem</i> .
El heredero del derecho civil contaba, para ser reconocido como tal, con la acción de petición de herencia, cuando no estaba en posesión de la misma y contra quien la estaba poseyendo. Para pedir la división de la herencia cuando había varios coherederos contaba con la <i>actio familiae erciscundae</i> .	Con Justiniano, el legatario <i>per vindicationem</i> tenía la <i>reivindicatio</i> (acción real) contra el heredero. Si la cosa a entregar no era del heredero, el legatario contaba con la <i>actio legati</i> (acción personal).
El heredero voluntario podía aceptar o rechazar la herencia.	Si el heredero testamentario rechazaba la herencia, el legatario perdía su derecho.

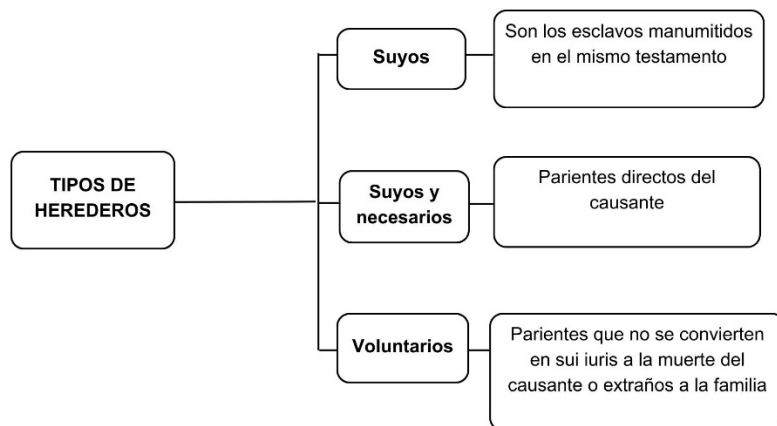
Tabla 5.2

Evolución del derecho sucesorio: Ley de las XII Tablas, Derecho Pretoriano y Derecho Justiniano

	Ley de las XII Tablas	Desde el Derecho Pretoriano	Bajo Imperio y Derecho Justiniano
Época	Desde el 451 a. C (principios de la República) hasta el siglo VI.	Desde el 367 a. C. con la creación de la pretura urbana, pero en especial desde el 242 a. C con la creación de la pretura peregrina.	Desde el siglo IV y en especial desde el siglo VI, con las novelas 118 y 127 del emperador Justiniano.
Sucesión testamentaria	-Nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. O sea, que habiendo el causante dejado testamento válido, si no repartió todos sus bienes, éstos se repartían proporcionalmente entre los herederos designados. -El heredero respondía no solo con los bienes de la herencia sino con los suyos propios si el acervo hereditario fuera insuficiente para afrontar las deudas del <i>de cuius</i>. -El causante tenía amplia libertad para disponer de sus bienes por testamento.	-Nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. O sea, que habiendo el causante dejado testamento válido, si no repartió todos sus bienes, éstos se repartían proporcionalmente entre los herederos designados. -El heredero respondía no solo con los bienes de la herencia sino con los suyos propios si el acervo hereditario fuera insuficiente para afrontar las deudas del <i>de cuius</i>. -Se exigió que si el causante quería desheredar a un hijo debía hacerlo constar expresamente en el testamento. Si el preterido (ignorado) era una hija o un nieto se lo incluía como si hubiese sido nombrado como heredero. Si concurría con otros descendientes cobraba su parte y la mitad de la	-Nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. O sea, que habiendo el causante dejado testamento válido, si no repartió todos sus bienes, éstos se repartían proporcionalmente entre los herederos designados. -Si se solicitaba el beneficio de inventario, el heredero solo respondía con los bienes de la herencia y no con los propios, por las deudas del causante. -Justiniano en el año 531, dispuso que en el testamento debía mencionarse a los ascendientes y descendientes, nombrándolos herederos o desheredándolos de modo nominativo.

	herencia si concurría con extraños.		
	-Los testamentos eran actos formales y podían hacerse ante los comicios calados (in <i>caltis comitiis</i>) por el procedimiento del cobre y la balanza (<i>per aes et libram</i>) o <i>in procinctu</i> (ante los compañeros de armas).	Los testamentos eran actos formales. Se otorgaba la <i>bonorum possessio</i> a quien presentara un testamento redactado sobre tablillas con el sello de siete testigos, pero no invalidaba los testamentos hechos de acuerdo al derecho civil. En la época de los emperadores antoninos, el heredero instituido en un testamento pretoriano podía repeler mediante la excepción de dolo, la acción del heredero <i>ab intestato</i>.	-Los testamentos eran actos formales. Se impuso el testamento <i>tripartitum</i>. El testamento se redactaba en tablillas, con la firma de siete testigos que firmaban al pie junto al testador. El testamento se cerraba y los testigos ponían su sello y su nombre.
	-El testador no debía respetar ninguna porción hereditaria destinada a sus herederos forzosos.	-Si no se respetaba un cuarto de la herencia para los herederos forzosos, estos podían iniciar una querella de testamento inoficioso para pedir su nulidad. En el siglo IV se creó la acción de complemento de la legítima, que ya no perseguía la nulidad del testamento, sino que se le otorgara al que no se le respetó su porción legítima, el derecho a recibirla.	Justiniano aumentó la porción legítima para los descendientes, ascendientes, hermanos y medio-hermanos. Subsistió la querella de inoficiosidad que anulaba el testamento si el heredero había sido omitido, pero si se lo consignó, concediéndosele una porción menor a la legítima, solo podía ejercer la acción de complemento.

			-Surgió la colación de la herencia.
Sucesión <i>ab intestato</i>	El heredero designado por la ley, a falta de testamento, o siendo éste nulo, era el agnado más próximo, y en caso de no haberlo, los gentiles.	El pretor, sin derogar lo dispuesto por la ley de las XII Tablas, les concedió a algunos parientes excluidos por dicha ley, no la calidad de herederos, pero sí la posesión (<i>bonorum popssessio</i>) de los bienes sucesorios, (hijos emancipados, cognados y esposa casada <i>sine manu</i>) pero siempre a falta de los herederos del derecho civil o cuando no reclamaran la herencia en el plazo de la usucapición.	Se dejó, en las novelas justinianeas, de lado el sistema de sucesión basado en el vínculo agnaticio y se lo reemplazó por el cognaticio, heredando primero los descendientes bilaterales; a falta de éstos, los ascendientes junto con los descendientes unilaterales; y a falta de éstos, el resto de los cognados.

Figura 5.1*Tipos de herederos*

Preguntas

1. Concepto de sucesión *mortis causa*. Interés social y particular de la herencia. Formas de determinar la sucesión.

2. Concepto de testamento. Características. Capacidad para testar y para ser instituido heredero
3. Formas testamentarias en el derecho civil, pretoriano e imperial
4. Evolución de las facultades del testador
5. Diferencias entre herencias y legados. Tipos de legados
6. Explicar en qué consistía un fideicomiso
7. Tipos de herederos y herencia yacente
8. Concepto de sucesión *ab intestato*. Orden sucesorio según la ley de las XII Tablas y según las novelas de Justiniano
9. Concepto de *bonorum possessio*, importancia y clases
10. Órdenes de *bonorum possessor*
11. ¿Qué fue la legítima? ¿Qué evolución tuvo?
12. Concepto de beneficio de inventario y colación de la herencia

Respuestas

1. La sucesión *mortis causa*, determinaba el destino de los bienes a la muerte del *pater*, lo que era muy importante, tanto a nivel familiar como social. A nivel familiar, importaba la continuidad del culto familiar, y la formación de familias *propio iuris*, encabezadas por los descendientes varones, que pasaban a ser *sui iuris* a la muerte del *pater*, que, si dejaba deudas, evitaba la tacha de infamia, al dejar a sus herederos como nuevos obligados. A nivel social, la existencia de herederos, permitía a los acreedores, tener mayor seguridad para el cobro de sus créditos, que ahora debían ser pagados por los herederos. La sucesión, podía ser testamentaria, si el *pater*, voluntariamente, expresaba lo que deseaba para luego de su muerte, en un testamento válido, lo que permitía que pudiera haber herederos universales, y legatarios de bienes específicos; o a falta de testamento o si éste era nulo, se abría la sucesión legal o *ab intestato*, donde era la ley, la que determinaba quién era el heredero (en este caso no había legatarios).
2. El testamento era un negocio jurídico solemne y de última voluntad, por el cual se instituían uno o varios herederos, pudiendo contener también otras disposiciones, como liberar esclavos, nombrar tutores o establecer además de herederos, legatarios. Entre sus características podemos mencionar que era un negocio *mortis causa*, solemne y revocable. La expresión *testamenti factio* servía para designar, la capacidad para otorgar testamento, la de ser instituido heredero, legatario, tutor, a través del testamento, y la de poder actuar como testigo, en el otorgamiento de un testamento. Los autores posclásicos hablan de *testamenti factio* activa cuando se refieren a la capacidad del testador, y de *testamenti factio passiva* respecto a la capacidad para recibir por testamento. Como principio general, para poder hacer testamento se requería ser libre, ciudadano romano, púber y *sui iuris*. En cuanto a las mujeres ingenuas y *sui iuris*, que tuvieran 12 años podían testar. Como lo indica Gayo, las

mujeres estaban en mejor situación que el varón menor de 14 años. La *testamenti factio passiva* era la idoneidad para ser beneficiario del testamento, es decir para ser heredero, legatario o tutor en un testamento. No la tenían: Los esclavos, salvo que se los manumitiera en el mismo testamento; los extranjeros y peregrinos; las mujeres, a las cuales, por la Ley Voconia, se les prohibió ser instituidas herederas por quienes figuraban en el censo, con más de 100.000 ases de fortuna, aunque sí podían adquirirla por fideicomiso; los hijos de los traidores, y, luego, en la época cristiana, los apóstatas, los herejes y los judíos.

3. Por el antiguo derecho civil se podía testar ante los comicios calados *in calatis comitiis*, los días 24 de marzo y 24 de mayo; *in procinctu*, ante los compañeros de armas, en tiempo de guerra o en cualquier momento por el *testamentum per aes et libram*. Ya en la República, en su edicto, el pretor, ofreció la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien apareciera como heredero en un testamento cuyas tablas tuvieran los sellos de siete testigos, y que fueran abiertas ante él. Con ello, hizo una simplificación de las formas del testamento civil, ya que ese número de siete resultaba de los necesarios para el acto de la *mancipatio* (los cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*, ahora reducido al nivel figurado, de testigo). En la época posclásica el testador debía presentar las tablas del testamento (abiertas, haciendo conocer su contenido, o cerradas con un hilo o una cinta, diciendo que allí constaba su testamento). Se hacía ante siete testigos romanos púberes, quienes debían sellar las tablas, y, además, firmarlas. El testador debía firmar en todas las tablas. Todo ello debía suceder en un mismo y único acto. Este testamento fue reconocido por Justiniano como testamento *tripertitum*.
4. Según las viejas reglas del *ius civile*, el testador tenía la más amplia libertad en la confección de su testamento. Podía instituir heredero o desheredar a quien quisiera. Desde el Derecho Pretoriano, se siguió pudiendo desheredar a un hijo, pero lo debía hacer de modo expreso. Si no los nombraba, se decía que los había “preterido”, lo que se consideraba contrario al deber paternal o, tal vez, a un olvido involuntario. Si se trataba de un hijo preterido, el testamento era nulo, debiéndose abrir la herencia *ab Intestato*. Si se trataba de los demás *sui heredes* (hijas, nietos, nietas o la *uxor in manu*), podían ser desheredados mediante una cláusula general colectiva: “que todos los otros sean desheredados”. Si en lugar de desheredarlos se los callaba, el testamento era válido y las personas preteridas concurrían con los herederos instituidos del siguiente modo: Si la hija concurría con sus hermanos, recibía su parte, como si el causante la hubiese nombrado heredera. Pero, si el heredero designado en el testamento, era un extraño, la hija recibía la mitad de la herencia. El testamento no se anulaba en este caso, como sí sucedía, si se trataba de un hijo varón. Luego fue obligatorio respetar una porción llamada legítima para los herederos forzosos.
5. La herencia era la sucesión *mortis causa* a título universal, donde se nombran uno o más herederos. El legado era a título particular, entregándose al legatario o legatarios uno o más bienes específicos. La validez del legado dependía de la existencia de un heredero testamentario. Si no había testamento, no podía haber legados: si el testamento era inválido, los legados también lo eran, y si el heredero no aceptaba la herencia, los legados contenidos en el testamento, caían. Originariamente existían dos formas de legados: el *per*

vindicationem: era llamado así, porque se trataba de la transmisión *mortis causa* de la propiedad quiritaria de una cosa al legatario y el *per damnationem* que imponía al heredero una deuda en favor del legatario. De este modo se creaba una obligación para el heredero, consistente en realizar una determinada prestación en favor del legatario.

6. Era un negocio que nacía basado en la confianza depositada en una de las partes. Si una persona quería dejar algo a otro, por ejemplo, a un amigo extranjero, que no tenía la *testamenti factio passiva*, recurría a este procedimiento: encomendaba a alguien, que obraba como heredero fiduciario, para que luego de su muerte le dé la herencia, o una parte de ella, a dicho extranjero, que era el beneficiario o fideicomisario.
7. Para considerar la aceptación o el repudio de la herencia, Gayo distinguió entre los herederos “necesarios” y los “extraños”. Esta diferenciación se basaba en que, los primeros, adquirían la herencia en forma automática cuando fallecía el *de cuius*. En cambio, los segundos, los extraños, también llamados voluntarios, eran libres de aceptar o no la herencia. Para aceptarla, debían expresar su voluntad de ser herederos. A su vez, los herederos necesarios podían ser: necesarios (no podían renunciar a la herencia, y era el caso del esclavo manumitido en el mismo testamento) o suyos y necesarios (son los que pasaban a ser *sui iuris* a la muerte del causante y eran herederos inmediatamente tras su muerte). Los herederos extraños, eran los que no estaban sometidos a la potestad directa del causante. También se los llamaba voluntarios, porque no adquirían la herencia automáticamente (*ipso iure*), sino que, de algún modo, tenían que expresar su voluntad, de aceptar ser herederos. Podían ser parientes, como en el caso de los hermanos, o no. Podía mediar un plazo, entre la delación de la herencia y su aceptación. Tratándose de un *suus heres* si había sido instituido bajo condición, hasta que ésta se cumpliera; o, tratándose de un heredero póstumo, hasta que se produjera su nacimiento, también transcurría cierto tiempo, donde los bienes hereditarios carecían de dueño. En los herederos extraños, se les daba un plazo para deliberar, si iban a aceptar o no la herencia, pues ellos tenían esa facultad. Al principio, el plazo duraba toda la vida del heredero, pero el pretor, a pedido de parte interesada, lo fijó en 100 días. Justiniano lo estableció en nueve meses, si la solicitud se hacía ante magistrado, y en un año si se lo pedía al emperador. Si vencía el plazo sin pronunciarse, se consideraba que la herencia se había rechazado. Durante estos lapsos, la herencia no tenía dueño. Según nos dice Gayo, desde los primeros tiempos se consideró que las herencias mismas podían ser usucapidas mediante la posesión de los bienes hereditarios que no tenían dueño. De este modo, si alguien, aun de mala fe, poseía los bienes hereditarios durante el plazo de un año, adquiriría la herencia. Lo fundaron en dos motivos: primero, para que fuese continuado el culto doméstico, y segundo, para que los acreedores tuvieran a alguien a quien dirigirse para cobrar sus créditos. Para evitar que el heredero, en el tiempo en que estaba deliberando, o se estuviera cumpliendo la condición, se viera privado de sus bienes, se creó la institución de la herencia yacente, para que estos bienes, quedaran bajo la custodia de un curador, pues fueron considerados una persona jurídica.

8. La sucesión *ab intestato* (sin testamento) tenía lugar cuando no existía un testamento válido. Si el causante no disponía de todo su patrimonio en el testamento, la parte no atribuida era repartida entre los herederos instituidos de modo proporcional, ya que en el Derecho Romano, no se podía morir en parte testado y en otra parte intestado. La Ley de las XII tablas establecía: “Si se muere intestado no conociéndole heredero suyo (*suus heres*), que el agnado próximo tenga la familia” (la familia estaba usada en el sentido de patrimonio). “Si no se conoce agnado, que la familia la tengan los gentiles”. Justiniano dictó dos novelas: la 118 (Año 544), completada y corregida por la 127 (año 548). Se abandonó totalmente el vínculo agnaticio, reemplazándolo por el vínculo cognaticio, y se estableció el siguiente orden sucesorio *ab intestato*. Primer orden: muerto alguien intestado, lo sucedían sus descendientes, sin distinción de sexo, existiendo la posibilidad de representación, por parte de un nieto, que heredaba junto a sus tíos, si su padre (o madre) estaba muerto. Segundo orden: ascendientes y hermanos bilaterales: si no existían descendientes, la herencia iba a los ascendientes, pero, con la particularidad, de que podían concurrir con ellos, los hermanos y hermanas bilaterales, y sus hijos, por derecho de representación, si correspondiere. Tercer orden: Pasaba lo mismo con los medios hermanos, que heredaban a falta de los órdenes anteriores. Luego, heredaban el resto de los cognados colaterales, sin derecho de representación, excluyendo el más próximo al de grado más remoto. Las Novelas no indicaban si era hasta el sexto o séptimo grado.
9. La *hereditas* era una institución del *ius civile*. El pretor no podía hacer a nadie heredero; pero lo que hizo fue conceder a determinadas personas la “posesión de la herencia”, ante injusticias que podía provocar la aplicación estricta de las normas del Derecho Civil, y luego ese poseedor se convertía en propietario quiritario cuando vencía el tiempo de la usucapión sin que un heredero del derecho civil reclamara la herencia. Se denominaba *edictalis*, cuando el pretor contemplaba, directamente, en su edicto, los casos en que la concedía; o *decretalis*, cuando, sin estar considerada en el edicto, el pretor la concedía a quien la pidiera, luego de haber examinado su petición por medio de un *decretum*. A su vez, por las causas de atribución a los peticionantes, se habla de: *bonorum possessio secundum tabulas*, es decir, la que se concedía al heredero instituido en un testamento con vicios formales. La *bonorum possessio contra tabulas*, que se otorgaba en contra de lo que decían las tablas del testamento, por ejemplo, para el caso de una *filia*, preterida por el *pater* en el testamento. La *bonorum possessio sine tabulas*, ocurría, por ejemplo, cuando se le daba la herencia a un cognado. En todos los casos, la concesión de la *bonorum possessio* no era automática, sino que había que peticionarla al magistrado.
10. Órdenes de *bonorum possessores*: Había cuatro órdenes de *bonorum possessores*: a. *Bonorum possessio unde liberi*: los primeros llamados a tomar posesión eran los hijos, sin exclusión de los emancipados y sus descendientes. b. *Bonorum possessio unde legitimi*: Aquí se incluía a los agnados, confirmando al derecho civil. c. *Bonorum possessio unde cognati*: Si faltaban los descendientes directos (*sui heredes*) o sea los que pasaban a ser *sui iuris* con la muerte del causante y tampoco había otros agnados, no se llamaba a los gentiles (resto

de agnados de grado distante) como disponía la ley de las XII Tablas, sino que se les abría la posibilidad a los cognados, excluyendo, como sucedía en todos los casos, el más próximo al más remoto. Si había más de uno del mismo grado, se repartían los bienes en proporciones igualitarias. d. *Bonorum possessio unde vir et uxor*. En este caso, y a falta de los órdenes anteriores, la posesión de la herencia le era concedida a la esposa casada *sine manu*, que según el derecho civil no heredaba.

11. Según las viejas reglas del *ius civile*, el testador tenía la más amplia libertad en la confección de su testamento. Cuando el *pater* hacía su testamento, dentro de la libertad que gozaba, podía instituir herederos a sus *sui heredes* o desheredarlos. De lo que debía cuidarse, desde el derecho pretoriano, era de no silenciarlos. Si ocurría esto último, se decía que los había “preterido”, lo que se consideraba contrario al deber paternal o, tal vez, a un olvido involuntario. Si se trataba de un hijo *in potestate*, debía ser instituido heredero o desheredarlo “nominativamente”, o sea, que había que designarlo con su propio nombre. En cambio, si se silenciaba, el testamento era nulo, debiéndose abrir la herencia *ab Intestato*. Si se trataba de los demás *sui heredes* (hijas, nietos, nietas o la *uxor in manu*), podían ser desheredados mediante una cláusula general colectiva: “que todos los otros sean desheredados”. Si en lugar de desheredarlos se los callaba, el testamento era válido y las personas preteridas concurrían con los herederos instituidos del siguiente modo: si era una hija que concurría con los hermanos, recibía su parte, como si el causante la hubiese nombrado heredera. Pero, si el heredero designado en el testamento, era un extraño, la hija recibía la mitad de la herencia. El testamento no se anulaba en este caso, como sí sucedía, si se trataba de un hijo varón.
12. La aceptación de una herencia se hacía mediante beneficio de inventario, cuando el heredero limitaba su responsabilidad por las cargas de la herencia a los bienes de la propia herencia, separándose el patrimonio del heredero del acervo sucesorio, para no responder con sus propios bienes. La separación patrimonial, subsiste, hasta la extinción de las deudas y cargas hereditarias. En Roma se aceptó esta posibilidad tardíamente. El emperador Gordiano en el siglo III de la era cristiana, les concedió a los militares, un privilegio, que consistía en que respondieran solo con los bienes del causante, cuando hubieran aceptado una herencia por ignorancia. El emperador Justiniano, en el año 531 dictó una Constitución, donde les concedió a todos los herederos, la posibilidad de aceptar la herencia con beneficio de inventario, resguardando su propio patrimonio, pero cumpliendo ciertos requisitos: dentro de los 30 días del llamamiento a la herencia o apertura de la sucesión, el heredero debía realizar un inventario, en un plazo de 60 días. Luego el heredero, vendía el activo sucesorio, descontaba los gastos conservatorios, que hubiera efectuado, pagaba las deudas y legados, y se quedaba con el resto si lo hubiera. Si el saldo era deudor, quedaba impago, sin comprometer sus propios bienes. En nuestro derecho, la aceptación de la herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario, sin ser necesario peticionarlo. La colación de la herencia, tiende a mantener en pie de igualdad a todos los herederos forzosos. Consiste en que el heredero, que haya aceptado la herencia, debe reunir a la masa hereditaria los valores

dados en vida por el difunto, a título gratuito, los cuales deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión. En Roma se aceptó desde el Derecho Justiniano.

Casos prácticos

Caso práctico n° 1

Falleció un deudor mío que me debía 50; tomé a mi cargo el cuidado de su herencia y gasté 10; después deposité en caja ciento, que percibí de la venta de los bienes de la herencia; esta suma se perdió sin culpa mía; se preguntó ¿podría yo acaso pedir al heredero, que algún día hubiese llegado a serlo, o los 50 que se me debían o los 10 que gasté? Juliano escribe que la cuestión estriba en esto, que veamos si tuve justa causa para depositar los ciento; porque si yo hubiera debido así pagarme, como pagar a los demás acreedores de la herencia, habré de responder de la pérdida no solo de los 60, sino también de los otros 40, pero podré retener los 10 que haya gastado, esto es, que solo habrán de restituirse 90. Mas si hubiere habido justa causa para que se guardaran los ciento, como si había peligro de que los predios fueran confiscados o de que se aumentase la pena de un préstamo a riesgo marítimo, o se incurriese en la del compromiso, puedo conseguir del heredero no solo los 10 que yo hubiese gastado en los negocios de la herencia sino también los 50 que se me deben. (D.3.5.12.13).

Preguntas

1. ¿Qué entendiste del caso? Relátalo con tus palabras explicando lo que no te resultó claro.
2. ¿Cómo resolvió la cuestión Juliano?

Respuestas

1. Existe una relación obligacional entre un acreedor y un deudor siendo el objeto de la prestación 50. El deudor falleció y el acreedor tomó a su cargo la gestión de los bienes hereditarios, gastando 10 (no explica en qué los gastó). Vendió bienes hereditarios y obtuvo 100 (no explica el motivo de la venta). Esos 100 se perdieron sin su culpa (no aclara por qué se perdieron ni por qué estaría exento de culpa). El acreedor se pregunta si cuando se designe un heredero a su deudor, podría reclamarle los 60 (o sea, los 50 de la deuda original más los 10 que gastó). No se pregunta el heredero si es responsable de los 100 que perdió.
2. Juliano establece que todo es una cuestión de determinar la culpabilidad en la pérdida de los bienes y si existió justa causa para disponer de ellos. La justa causa podría ser que existiese un préstamo y los intereses aumentaran o que los predios fueran confiscados. Si no hubo causa alguna para vender esos bienes, deberá responder por los mismos, descontando de esos 100, los 50 que le debían más los 10 que gastó siempre que el gasto haya sido necesario.

Caso práctico n° 2

Por el contrario, escribe también el mismo Juliano, si habiendo fallecido Terencio Víctor, habiendo dejado por heredero a su hermano y habiendo hurtado un tal Velico ciertas cosas de la herencia e instrumentos y esclavos, hurtadas estas cosas, fácilmente le persuadió, cual si la herencia fuese de ínfimo valor a que se la vendiera ¿podría quedar obligado por la acción de venta? Y dice Juliano, que compete la acción de venta por tanto cuanto más valiese la herencia, si no hubiesen sido hurtadas esas cosas. (D.19.1.13.5).

Preguntas

1. ¿Qué entendiste del caso? Relátalo con tus palabras.
2. ¿Qué acciones podría ejercer Cayo Víctor, además de la acción de venta que propone Juliano?

Respuestas

1. Cayo Víctor, heredero de su hermano, fue víctima de hurto por parte de un tal Velico, que al sustraer bienes del acervo sucesorio redujo su valor, y luego ofrece comprar la herencia a un precio reducido ya que cuenta con menos bienes, al descontarse los sustraídos. Cayo Víctor, sin saber que el oferente era un ladrón, acepta y le vende la herencia, pero luego comprueba que hay bienes faltantes que el comprador le había sustraído y que la herencia sumando esos bienes, vale mucho más.
2. Juliano propone que Cayo Víctor use contra Velico la acción de venta, por la cual le puede reclamar que le devuelva la herencia vendida o que le pague el valor real (sumando el valor de los bienes sustraídos). Sin embargo, también podría usar la *actio furti* y así obtendría el doble del valor de las cosas sustraídas. Si Velico poseyó la herencia por un lapso mayor a un año, podría oponer que ha operado la usucapión a su favor, y ya es propietario de los bienes. Sin embargo, esto no puede configurarse, pues falta el requisito de la buena fe, ya que su posesión está viciada por haber hurtado los bienes.

Caso práctico n° 3

“La posesión de los bienes del padre que falleció intestado se les da a los hijos, no solamente a los que estuvieron bajo la potestad de su ascendiente hasta el tiempo de la muerte, sino también a los emancipados”. (D.38.15.1.2).

Preguntas

1. ¿Qué diferencias existen entre un hijo pajo *potestas* y uno emancipado?
2. ¿La solución que nos da el Digesto vale para cualquier momento de la historia romana?

Respuestas

1. Un hijo bajo *potestas* es aquel que es *alieni iuris*, por seguir estando bajo la potestad de su *pater*. Estando vivo éste, no importa la edad que tenga, salvo que haya ingresado al sacerdocio o hubiera sido designado cónsul o pretor. Un hijo emancipado es *sui iuris*, no está bajo *potestas*.
2. Hasta la aparición de los órdenes de *bonorum possessio*, establecida por los pretores en la República, los hijos emancipados, no heredaban por sucesión *ab intestato* de sus antiguos *pateres* ya que eran *sui iuris*. La *bonorum possessio* los incluyó en el primer orden de los *unde liberi* heredando junto a sus hermanos no emancipados y con las reformas de Justiniano, se consagró esta solución.

Caso práctico n° 4

Era el año 126 a. C y Marco se sintió cansado y enfermo. Temiendo que era un presagio de una muerte cercana, se dispuso a ordenar el destino de sus bienes para cuando llegara la fecha de su muerte. Tenía tres hijos: Mario, Mevio y Valeria, y estaba casado *sine manu*, con Mucia. Mario seguía bajo su *potestas*, Mevio había sido emancipado y Valeria se había casado *cum manu*. Además, tenía un gran amigo, Cayo, al que le debía muchos favores y deseaba compensar. Varias preguntas surgieron en su mente:

- a. ¿Qué pasaría con sus bienes si moría sin dejar testamento?
- b. Si decidía hacer testamento, ¿podía disponer libremente de sus bienes o debía respetar alguna porción legal?
- c. ¿Podría reclamar su porción de la herencia el hijo emancipado? pues eso quería evitar ya que no había sido bueno con él.
- d. ¿Cómo puede hacer para dejarle a su amigo Cayo, un terreno que sabe que le agrada mucho, y que le pertenece a su vecino?
- e. ¿Cuál es la situación de su esposa en el caso de no hacer testamento?

Respuestas

- a. Para esta época, coexistían las soluciones de la Ley de las XII Tablas y la solución pretoriana. Por la ley de las XII Tablas, heredarían solo los *sui heredes*, o sea, los que estaban bajo la *potestas* del causante al tiempo de su muerte, o sea, solo Mario. Por el derecho pretorio podría pedir la *bonorum possessio unde liberi*, su hijo emancipado, Mevio. No heredaría la hija casada *cum manu*, ni la esposa. La primera podría pedir la *bonorum possessio unde cognati* si no se presentaran los *unde liberi* (Mevio) y los *unde legitimi* (Mario) la segunda la *bonorum possessio unde vir et uxor*, pero si además de los *unde liberi* y los *unde legitimi*, no se presentara tampoco la *unde cognati* (Valeria).
- b. Se debía respetar la porción legítima de Mario y de Mevio.
- c. Si se quería desheredar a un hijo debía hacérselo de modo nominativo.
- d. Cayo solo podía ser beneficiado si hacía un testamento y si quería dejarle ese terreno específico, debería nombrarlo como legatario a través de un legado *per damnationem*, para

que el designado heredero, lo adquiriera de su dueño y se lo entregue, generando un derecho de crédito de Cayo contra el heredero.

- e. La esposa no heredaría nada *ab intestato* y como ya se expuso solo podría pedir la *bonorum possessio unde vir et uxor*, si ninguno de los órdenes precedentes reclamara la herencia.

Caso práctico nº 5

Estamos en el siglo VI, y rigen las disposiciones de las novelas de Justiniano. Ha muerto Marco, y ha dejado entre sus deudos a su esposa casada *sine manu* (modalidad que ya es tradicional en esta época) a sus padres, a un hermano, a un hijo y a dos nietos hijos de una hija que ya ha fallecido.

- a. ¿Quiénes eran sus herederos *ab intestato*?
- b. ¿En qué casos heredarían los demás parientes?

Respuestas

- a. Heredarían el hijo; y los nietos, en representación de la hija premuerta
- b. Los hermanos junto con los descendientes heredarían en el caso de no aceptar la herencia los nietos. La esposa solo podría pedir la *bonorum possessio unde vir et uxor* en el caso de que no se presentaran los otros herederos, o si se presentara el supuesto de la sucesión de la esposa pobre, si Marco era rico. En este caso si la esposa era pobre, heredaba una cuarta parte, si los herederos eran menos de cuatro. Si eran cuatro o más le correspondía una porción idéntica a la de sus coherederos. Sin embargo, la viuda pobre no podía heredar más de 100 libras de oro y si los coherederos eran sus hijos, solo tenía la usucapión y no la propiedad de los bienes.

Ahora, debes leer el siguiente texto, que contiene algunas afirmaciones falsas. Debes hallarlas, subrayarlas, y luego explicar cuál es el error.

La sucesión *mortis causa* podía deferirse tanto por vía legal como testamentaria, siendo la ley la que decidía la cuestión en primer término, estableciendo tanto herederos como legatarios. No era obligatorio la existencia de legados, que podían ser *per vindicationem* si se entregaba una cosa en propiedad al legatario o *per damnationem* si se le concedía un derecho de crédito contra el heredero. La *bonorum possessio* nació por obra del pretor en la República y prevaleció frente a las rigurosas normas del derecho civil que otorgaba la herencia *ab intestato* al agnado más próximo o en su defecto a los gentiles. En el siglo VI de nuestra era, el emperador Justiniano, cambió definitivamente el sistema sucesorio al conceder la herencia a los agnados.

Texto corregido

La sucesión *mortis causa* podía deferirse tanto por vía legal como testamentaria, siendo la ley la que decidía la cuestión en primer término, estableciendo tanto herederos como legatarios. No

era obligatorio la existencia de legados, que podían ser *per vindicationem* si se entregaba una cosa en propiedad al legatario o *per damnationem* si se le concedía un derecho de crédito contra el heredero. La *bonorum possessio* nació por obra del pretor en la República y prevaleció frente a las rigurosas normas del derecho civil que otorgaba la herencia *ab intestato* al agnado más próximo o en su defecto a los gentiles. En el siglo VI de nuestra era, el emperador Justiniano, cambió definitivamente el sistema sucesorio al conceder la herencia a los agnados.

Los errores son: La voluntad del testador, expresada en un testamento válido, prevalecía frente a la sucesión *ab intestato* o legal, que solo se abría a falta de testamento válido. La ley solo instituía herederos. Para que existiera legado debía existir un testamento y la institución de uno o más herederos. La *bonorum possessio*, caía ante la aparición de un heredero del derecho civil, salvo que hubiera pasado el tiempo de la usucapión, pues otorgaba la posesión de la herencia y no la propiedad de la misma. Justiniano, cambió el sistema sucesorio al conceder la herencia mediante el vínculo de cognación. La agnación era tomada en cuenta por el antiguo *ius civile*.

Referencias

- Justiniano. (1872). *Digesto*. Tomo 1. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.
- Justiniano. (1874) *Digesto*. Tomo 3. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.

CAPÍTULO 6

Derecho procesal

Hilda Fingermann

Este capítulo se corresponde con la unidad 19 del programa de Derecho Romano de la cátedra 3, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, titulado “Sistemas procesales”.

Figura 6.1

La acción

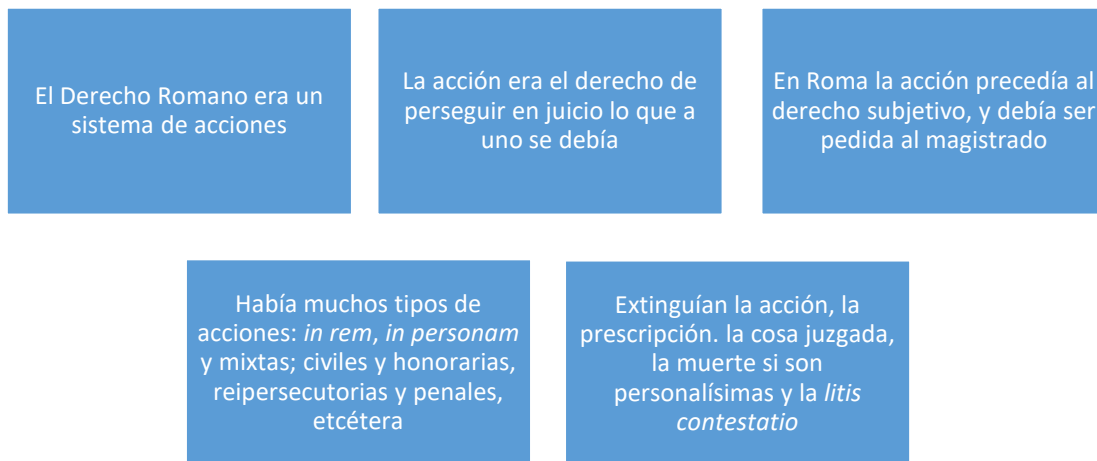


Tabla 6.1

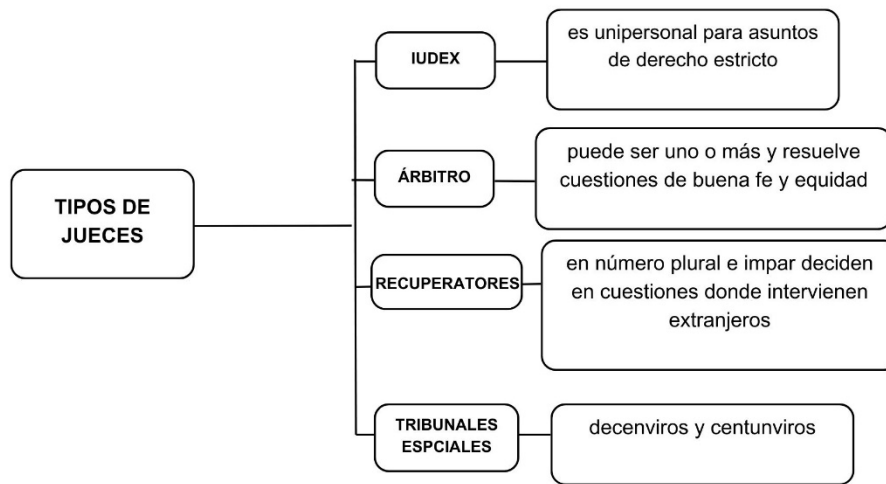
Magistrados intervinientes en el proceso judicial

	Monarquía	República	Imperio
Magistrados	Rey	Hasta el 367 a. C: Cónsules. Desde el 367 a. C: Pretor urbano. Desde el 242 a. C: Pretores urbano y peregrino.	Prefectos de la Ciudad y el Pretorio.

Tabla 6.2

Las personas intervinientes en el proceso

Partes	Auxiliares de justicia	Abogados
Al menos dos (en general actor y demandado). Recién se aceptó la representación de las mismas en el Sistema Formulario.	Asesores de magistrados y jueces, a los que se agregaron en el Bajo Imperio secretarios, cancilleres y alguaciles (<i>executores</i>).	Los <i>advocatus</i> brindaban asesoramiento técnico. Eran especialistas en temas jurídicos, con dotes de oratoria, y hablaban en nombre de sus defendidos.

Figura 6.2*Tipos de jueces hasta el Bajo Imperio***Tabla 6.3***Sistemas procesales en Roma. Comparación*

	Acciones de la ley (<i>legis actiones</i>)	Formulario	Extraordinario
Época	Desde los orígenes de Roma, hasta la ley Aebutia (años 150-120 a. C) que, sin derogar, lo explícitamente, creó el sistema formulario, más justo y simple. Fue derogada y reemplazada por el sistema formulario durante la época del emperador Augusto.	Desde la ley Aebutia donde coexistió con el sistema de las acciones de la ley, ya casi en desuso, imponiéndose en el Alto Imperio, aunque con Augusto comenzó a acentuarse la costumbre, de que el magistrado resolviera directamente la cuestión sin remitirla al juez,	Comenzó a usarse en la práctica desde el Alto Imperio y se oficializó en el año 294, sin derogar el sistema formulario, pero a fines del siglo III ya no hay registros de su uso.

		hasta que Diocleciano en el año 294 consagró el sistema extraordinario	
Características	-Solo podía ser ejercida por ciudadanos romanos, dentro de la ciudad de Roma o a una milla de ella. -Los derechos subjetivos reclamados debían estar reconocidos por el derecho civil romano. -Todo el proceso era oral, incluso la sentencia. -Riguroso formalismo, consistente en que errar una sola palabra de la fórmula en poder de los pontífices hacía perder el litigio. -Como las fórmulas sagradas estaban en poder de los pontífices, y a ellos solo podían recurrir los patricios y sus	-No era exclusivo para ciudadanos romanos. -Los derechos subjetivos reclamados podían basarse en el derecho civil o en el derecho de gentes. -Todo el proceso era oral, salvo la fórmula que era escrita. - Se atenúa el formalismo. Las fórmulas eran públicas y no debían ser recitadas de memoria. -Al ser las fórmulas públicas, expuestas por el pretor en el foro, todos las conocían y podían acceder a que se les	-No era exclusivo para ciudadanos romanos. De todos modos, desde el año 212 la ciudadanía romana se extendió por obra de la constitución antoniniana a todos los habitantes libres del imperio. Los derechos subjetivos reclamados se basaban en las fuentes del derecho prevalente, que eran las constituciones imperiales y los <i>iuras</i>. -El proceso era fundamentalmente escrito. -Libre de formalismos, con jueces públicos y gran burocracia judicial, con funcionarios pagos. -No había fórmulas preestablecidas. El actor redactaba y firmaba por sí o por un tercero a su ruego, un escrito

	clientes, los plebeyos estaban desprotegidos, al menos hasta el año 300 a. C cuando la ley Ogulnia, permitió a los plebeyos llegar al pontificado máximo y luego las fórmulas se hicieron públicas. -No existía la representación, debiendo comparecer las partes en forma personal, salvo excepciones, sin poder seguir el juicio en rebeldía. -Existían acciones declarativas, para reconocer o no el derecho pretendido; y ejecutivas, para hacer valer la sentencia condenatoria. En el año 326 a. C la ley Poetelia Papiria, dejó sin efecto la acción sobre el cuerpo de deudor. -La prueba era esencialmente oral. -La condena era siempre en dinero.	concediera una acción, incluso los extranjeros, a través del pretor peregrino que aplicaba el derecho de gentes. -Se admitió la representación, y la presencia de oradores y abogados, pero todavía no podía seguirse el juicio en rebeldía. -La declaración del derecho estaba contenida en la fórmula y a partir de la ley Poetelia Papiria del año 326 a. C, la ejecución fue sobre los bienes del demandado a través de la <i>actio iudicati</i>. -La prueba predominante siguió siendo oral, aunque apareció la documental. -La condena era en dinero.	llamado <i>libellus conventionis</i>. -Se admitió la representación y podía seguirse el proceso en rebeldía. -El juez declaraba el derecho de acuerdo a lo peticionado en el escrito presentado por el actor, la contestación del demandado y las pruebas producidas. La ejecución siguió siendo sobre los bienes a través de la <i>actio iudicati</i>. -Perdió valor la prueba oral, y adquirieron prevalencia, la documental, las presunciones, el juramento y surgió la prueba pericial. -La condena era sobre el objeto del litigio de ser posible
--	---	--	---

			-Apareció el concepto de costas a cargo del vencido
Instancias	-División en dos instancias, la primera ante el magistrado (<i>in iure</i>) y la segunda ante el juez privado elegido por las partes de la lista de ciudadanos (<i>apud iudicem</i>).	-División en dos instancias, la primera ante el magistrado (<i>in iure</i>) y la segunda ante el juez privado elegido por las partes de la lista de ciudadanos (<i>apud iudicem</i>).	Una única instancia a cargo de un juez, funcionario público.
Medios de impugnación	-Revocación por el doble.	-Revocación por el doble. -Restitución por entero.	-Restitución por entero. -Querella de nulidad (si no contenía requisitos de validez) -Apelación (hasta dos)

Preguntas

1. ¿Qué es una acción? ¿Cuál fue su importancia en Roma? Explica dos tipos de acciones dando ejemplos.
2. Compara los tres sistemas procesales que rigieron en Roma, en cuanto a su época, instancias, formalidades, oralidad, carácter público o privado y posibilidades de apelación de la sentencia.
3. Diferencia entre acciones declarativas y ejecutivas en el sistema de las acciones de la ley. Describir sintéticamente cada una.
4. Partes de la fórmula (explicar cada una).
5. Explica el procedimiento extraordinario.
6. Sabemos que la apelación surgió con el procedimiento extraordinario ¿Cuáles consideras sus ventajas y desventajas?

7. ¿Correspondería la apelación si el Presidente de provincia, hubiera consultado al Príncipe, y éste le hubiera contestado sobre la resolución del caso por rescripto?

Respuestas

1. La acción es, según Celso, “el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”. Queremos aclarar, que, en Roma, las personas no tenían derechos subjetivos, y, en base a ellos, reclamaban acciones; sino, que, por habérseles otorgado una acción, nacía para ellos, el derecho subjetivo. Existían acciones *in rem*, que se otorgaban para proteger derechos reales, o que surgieran de las relaciones familiares o sucesorias y acciones *in personam*, para defensa de derechos creditorios. Las primeras se ejercían *erga omnes* (contra todos) y las segundas solo contra el deudor. (Puede elegirse a la hora de responder el presente cuestionario, también la distinción entre acciones civiles y honorarias o entre reipersecutorias, penales y mixtas).
2. Nos remitimos al cuadro 6.3.
3. Las acciones declarativas estaban destinadas a declarar el derecho, lo que significa que se trataba de demostrar si contra quien se ejerció la acción era realmente digno de condena o merecía ser absuelto. Las acciones declarativas en las *legis actiones* eran tres: *per sacramentum*, *per iudicis postulationem* y *per condictionem*. Las acciones ejecutivas estaban destinadas a ejecutar la sentencia condenatoria, para hacer efectivo el derecho del actor. Eran dos: *per manum iniunctionem* y *per pignoris capionem*. La *legis actio per sacramentum*, era la más antigua de todas, y se aplicaba en forma general a todos los procesos para los cuales las leyes no habían establecido un procedimiento especial. Las partes, en la etapa *in iure*, después de exponer sus pretensiones ante el magistrado interventor, efectuaban una apuesta sacramental (*sacramentum*) sobre la veracidad o exactitud de sus dichos. Luego se elegía un juez de una lista de ciudadanos, el que decidía la cuestión en la etapa *apud iudicem*. La *legis actio per iudicis postulationem* consistía en el procedimiento de petición de juez o árbitro para aquellas controversias de reclamación de un crédito derivado de un contrato verbal solemne, para la división de herencia y la división de cosa común. Su ejercicio estaba reservado para esos casos citados, que la ley expresamente determinaba. Se disponía, inmediatamente, el nombramiento de un Juez, y no era necesario recurrir a la apuesta. La *legis actio per condictionem* era para las cuestiones, cuyo objetivo fuese una suma determinada de dinero. Su órbita de acción fue extendida, a todos los litigios que tuvieran por objeto una prestación perfectamente determinada. Este procedimiento se caracterizaba por la mayor rapidez de su resolución. La *legis actio per manus iniunctionem* ya no declarativa sino ejecutiva, se aplicaba a las personas que habían sido condenadas, por sentencia firme, o cuando habían confesado la existencia y legitimidad de la deuda. A falta de pago, dentro de los 30 días posteriores a la sentencia o confesión, el deudor era adjudicado (*addictus*) al actor, quien lo podía mantener cautivo. Este estado de cosas duraba 60 días. Durante ese

lapso, el deudor, era expuesto tres días consecutivos de mercado, en la plaza pública, por si alguno de sus parientes o amigos deseaba saldar su deuda o aparecían nuevos acreedores. Si esto no ocurría, vencido el plazo, el *addictus* era adjudicado definitivamente al acreedor, quién podía venderlo como esclavo a la otra margen del Tíber. Si había varios acreedores, podían matarlo y repartirse entre ellos su cuerpo. No hay ningún caso relatado en las fuentes que acredite que esto último, alguna vez haya ocurrido. La otra acción ejecutiva era la *legis actio per pignoris capio*, por la cual el acreedor, tomaba como garantía ciertos bienes del deudor, en prenda, para obligarle a pagar. A diferencia de las anteriores, no era menester la presencia del demandado ni del magistrado. Se aplicaba en ciertos casos especiales, determinados por la costumbre o la ley.

4. Las partes ordinarias de la fórmula eran: a) la *designatio*: nombramiento del juez, b) la *demostratio*, que contenía una detallada exposición de los hechos que motivaban el proceso y el derecho en que se fundaba la pretensión, c) la *intentio*, donde se expresaba concretamente la petición, d) la *condemnatio* donde se autorizaba al juez a condenar o absolver al demandado. En las cuestiones de división de bienes comunes, se incorporaba la *adjudcatio*, donde el juez asignaba en propiedad, la parte de los bienes que le correspondían a cada condómino. Las partes extraordinarias eran: a) las *praescriptiones*: cláusulas insertadas, generalmente, a favor del actor, aunque también podían estipularse en beneficio del demandado, b) las excepciones: consistían en manifestaciones extrañas al fondo de la cuestión en debate. Se las colocaba a continuación de la *intentio*. Esto ocurría, por ejemplo, si el demandado, al contestar la demanda, aducía que el contrato en virtud del cual se lo demandaba, era nulo, por hallarse viciado de error, dolo o violencia; o que sus efectos normales habían sido modificados por algún pacto accesorio, etc.
5. Este procedimiento nació de la extraordinaria *cognitio*, que consistía en un modo excepcional de resolver los litigios. El magistrado en la etapa *in iure*, creyendo innecesario pasar el asunto al juez, decidía la cuestión por sí mismo, con carácter definitivo, juzgando y sopesando todas las circunstancias que se le presentaran, sean éstas de hecho o derecho. Este procedimiento se hizo frecuente en el Imperio, y, a partir de Diocleciano, la excepción se convirtió en regla, y de esta forma nació el procedimiento extraordinario, donde había una sola instancia, donde el magistrado era el juez, funcionario público que conocía y decidía la cuestión planteada. Se admitía la representación, podía seguirse el juicio en rebeldía y se imponían costas al vencido, pudiendo apelarse la sentencia. Predominaba lo escrito sobre la oralidad, y se iniciaba con una especie de demanda que presentaba el actor, y que, evaluada su admisibilidad, era entregada al demandado, a través de un funcionario público. El demandado debía contestarla si deseaba ejercer su defensa o de lo contrario seguía el juicio en rebeldía. La sentencia recaía sobre la cosa objeto del litigio y solo si era de restitución imposible, en su valor dinerario.
6. Dice en Ulpiano; De las apelaciones, Libro I:

Nadie hay que ignore, cuán frecuente, y cuán necesario sea el uso de la apelación; porque ciertamente, corrige la injusticia o la impericia de los

juzgadores, aunque a veces reforme en peor las sentencias bien proferidas; porque no siempre falla más bien, el último que ha de proferir sentencia. (D.49.1.1).

7.

Si alguno nos hubiera enviado epístola, y después respondimos algo por rescripto, hay permiso para que los que quieran apelen de la resolución; porque si se probare que lo que se envió era falso, o no era de aquel modo, se considerará que de nada se conoció por nosotros, que respondimos por rescripto, como si las cosas escritas fueran de otro modo. (D.49.1.2).

Caso práctico

Lucio le ha vendido a Cayo un esclavo, y no recibió el pago de los 10.000 sestercios convenidos por la venta. Debes redactar una fórmula (de acuerdo a lo visto en el sistema formulario) que contenga las partes ordinarias, y una excepción como parte extraordinaria.

Respuesta

Designatio: “Marco sea Juez”

Demonstratio: “Puesto que Lucio ha vendido un esclavo a Cayo”

Intentio: “Lucio reclama el pago de 10.000 sestercios”

Exceptio: “Sostiene Cayo que ha celebrado un pacto de *non petendo*”.

Condemnatio: “*Iudex* condena a Cayo en favor de Lucio; si no aparece así, absuélvelo” (Gayo IV. 39 a 43).

Referencias

Fuentes

Gayo. (1967). *Institutas*. Texto traducido, notas e interpretación por Di Pietro Alfredo. Editorial Librería Jurídica.

Justiniano. (1872). *Digesto*. Tomo 1. Traducido y publicado por el licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.

Justiniano. (1874). *Digesto*. Tomo 3. Traducido y publicado por el Licenciado Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Editorial Ramón Vicente.

Bibliografía

Martín Juan Carlos, Fingermann Hilda, Brunetti Alfredo. (2021). *Lecciones de Derecho Privado Romano. Segunda Edición Ampliada*. SEDICI. Repositorio Institucional UNLP.

Martín Juan Carlos, Fingermann Hilda, Brunetti Alfredo. (2022). *Lecciones de Derecho Privado Romano. Tercera Edición Ampliada*. Editorial Lex.

Autores

Fingermann, Hilda Renée

Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Jursoc) de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Profesora de Ciencias de la Educación. Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Docente Universitario Autorizado (UNLP). Profesora de Derecho Romano Cátedra 3. Titular Interina. Jursoc. UNLP. Obras publicadas: *Lecciones de Derecho Privado Romano. Segunda Edición Ampliada* (2021). *Lecciones de Derecho Privado Romano. Tercera Edición Ampliada* (2022). Directora del Instituto de Derecho Romano del Colegio de la Abogacía de La Plata (CALP) hasta 2024 y subdirectora a partir de esa fecha, hasta la actualidad. Secretaria del Departamento de Derecho Romano de la Jursoc.

Brunetti, Alfredo Luis

Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Jursoc) de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialización en Gestión de la Educación Superior. Facultad de Odontología, UNLP. Profesor de Derecho Romano Cátedra 3. Auxiliar Docente de Primera Categoría Ordinario. Curso de postgrado *Actualización de la jurisprudencia multifuero* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata. Obras publicadas: *Lecciones de Derecho Privado Romano. Segunda Edición Ampliada* (2021). *Lecciones de Derecho Privado Romano. Tercera Edición Ampliada* (2022). Prosecretario de Relaciones Institucionales (UNLP). Secretario del Instituto de Derecho Romano del Colegio de la Abogacía de La Plata (CALP).

Fingerman, Hilda Renée

Lecciones prácticas de Derecho Romano / Hilda Renée Fingerman ; Alfredo Luis Brunetti.
- 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; La Plata : EDULP, 2026.
Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-950-34-2686-9

1. Derecho Romano. 2. Historia. 3. Jurisprudencia. I. Brunetti, Alfredo Luis II. Título
CDD 340.54

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata
48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina
+54 221 644 7150
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2025
ISBN 978-950-34-2686-9
© 2025 - Edulp

S
sociales


EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA