

ROMINA DEL VALLE ARAMBURU CÓRDOBA

# Historia e instituciones del Derecho Romano



  
EduLP

historia

# **Historia e instituciones del Derecho Romano**

# Historia e instituciones del Derecho Romano

ROMINA DEL VALLE ARAMBURU CÓRDOBA



Aramburu Córdoba, Romina del Valle  
Historia y derecho del legado romano / Romina del Valle Aramburu Córdoba. -  
1a ed. - La Plata: EDULP, 2020.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-8348-31-5

1. Derecho Romano. I. Título.  
CDD 340.09

## **Iuris Romanorum: Historia e instituciones del Derecho Romano**

ROMINA DEL VALLE ARAMBURU CÓRDOBA



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (EDULP)  
48 N° 551-599 4° Piso/ La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina  
+54 221 644-7150  
edulp.editorial@gmail.com  
www.editorial.unlp.edu.ar

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

ISBN 978-987-8348-31-5

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
© 2020 - Edulp  
Impreso en Argentina

*A mis padres Rosa del Carmen Córdoba y Domingo Aramburu*

*A mi Hijo Luis Jorge Alan*

*A mi hermano Sergio*

*A Paola Zini Haramboure*

*A todos/as aquellos/as que hicieron posible la concreción de éste libro.*

# CONTENIDO

---

PRÓLOGO .....	8
Presentación .....	14
Capítulo I	
La Monarquía .....	16
Capítulo II	
La monarquía: Orígenes. Leyenda y sus críticas .....	40
Capítulo III	
El Imperio.....	120
Capítulo IV	
Las Fuentes del Derecho: Las Compilaciones.....	151
Capítulo V	
El derecho post cultura jurídica romana.....	167
Capítulo VI	
La persona. Relevancias jurídicas.....	185
Capítulo VII	
La familia y el matrimonio romano .....	237
Capítulo VIII	
Tutela y Curatela.....	281
Capítulo IX	
El derecho Hereditario.....	296

Capítulo X	
El negocio jurídico .....	324
Capítulo XI	
Los derechos patrimoniales .....	337
Capítulo XII	
Derecho real sobre cosa propia: La propiedad .....	362
Capítulo XIII	
Derechos reales sobre la cosa ajena.....	403
Capítulo XIV	
Derechos reales sobre la cosa ajena.....	421
Capítulo XV	
Derechos personales: Las obligaciones.....	432
Capítulo XVI	
Fuentes de las obligaciones .....	443
Capítulo XVII	
Los Contratos.....	480
Capítulo XVIII	
Efectos y extinción de las obligaciones.....	494
Capítulo XIX	
El proceso judicial privado romano.....	509

**Palabras clave:** Historia, Familia, Sucesiones

La gozosa tarea de hacer la presentación de un libro a solicitud de su autora representa un honor, y al propio tiempo, un reto, ya que obliga al protagonista a hacer un ejercicio de dominio académico, de experiencia dilatada sobre una materia que sale de la imprenta con la lozanía y perfección que todo investigador persigue. Así las cosas, y como exordio a mi querido oficio de prologuista, quisiera poner de manifiesto las múltiples y heterogéneas razones que hacen especialmente atractiva a mi persona tomar la pluma para afrontar el encargo. Lo haré con brevedad siguiendo el imperativo gracianesco, porque en los banquetes exquisitos los aperitivos huelgan. Ante todo, me he sentido obligado a ello por un deber de *amiticia* lo cual, entre romanistas que comprendimos cabalmente el hondo significado de tal vocablo, constituye un deber sagrado e inviolable. Conocí a la profesora Romina del Valle Aramburu Córdoba, con motivo de los congresos anuales de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (A.D.R.A.) –de la que me enorgullezco de ser miembro de honor— de los Congresos Patagónicos de Derecho Romano y de



los relativos a “Principios Generales” que, anualmente, organiza con gran brillantez, la Universidad bonaerense de Flores. En las sesiones científicas—y en los también imprescindibles actos sociales—pude colegir su honda preparación y exquisitez en el trato. Finalmente, pero no en último lugar, porque estas líneas prologales eran dedicadas a glosar una obra escrita tras largos años de dedicación al Derecho Romano; en efecto, un texto de exclusivo alcance pedagógico como el que glosamos, sólo puede ser confeccionado al socaire de largas y frecuentes reflexiones, lo que convierte a la manualística en una técnica únicamente accesible a aquellos que han alcanzado un alto grado de madurez profesional y, por ende, biológica. Yo siempre he desconfiado, en consecuencia, de aquellos libros de texto redactados a vuelapluma por autores inexpertos... Dicho lo cual, y a modo de conclusión de mi exordio inicial, debo decir aquí y ahora que el recién salido de la imprenta: *Ius Romanorum. Historia y Derecho del legado romano* representa, ante todo y sobre todo, un ejercicio de dominio académico sólo asumible por aquellos –muy pocos– que a su experiencia dilatada añanan una *auctoritas* incontestable.

Estas lecciones fueron escritas para alumnos que inician sus estudios en Derecho y que deben ser conscientes desde el comienzo de su andadura por el proceloso campo jurídico de que la experiencia iusprivalista romana trasciende el período de tiempo imprescindible para conformar el pilar básico sobre el que se asienta el derecho privado europeo e iberoamericano. Llegados a este punto en nuestro iter expositivo, cabe preguntarnos qué sentido tiene una vez que el Derecho ha sido encerrado en los códigos, seguir enseñando y aprendiendo Derecho Romano en el tercer milenio. Y aquí retornamos forzosamente a la obra que prologamos: la calidad de un manual de una disciplina histórica depende de dos factores: su capacidad para incorporar los avances registrados en la investigación especializada y su inteligencia para interrogar al pasado sobre cuestiones que interesan al presente. Este libro de texto, así las cosas, se suma con acierto a la vasta corriente bibliográfica que reivindica con rotundidad las

enseñanzas del *Ius Romanum* en las Facultades de Derecho. El Derecho Romano es historia, pero por ser historia no puede declinar sus relaciones con el presente y su enlace con el porvenir: no es solamente un objeto de erudición, sino el elemento básico para el conocimiento del derecho privado de todos los países con cultura jurídica de progenie europea. Ante los nuevos horizontes de la unificación internacional del derecho privado, el Derecho Romano constituye la imprescindible base y reserva de concepciones y esquemas comunes de la jurisprudencia occidental. No es, pues, pura arqueología, sino parte viva del derecho moderno. En efecto, en relación con el derecho positivo, constituye el Derecho Romano un poderoso auxiliar interpretativo, ya que el Código no representa sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico y sólo puede llegarse a una cabal comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda.

Y ya descendiendo a aspectos concretos del libro que nos ocupa, la A. muy atinadamente, ha optado por abrirlo clarificando el concepto de Derecho Romano y las diversas dicotomías de *ius*. Si—como hemos tenido ocasión de señalar— el Derecho Romano sirve, sobre todo, para introducir al alumno en los conceptos básicos del derecho privado, lógicamente no es posible dedicar un tiempo excesivo a esta introducción; pero ello no obsta en modo alguno para que se tenga sumo cuidado en que las primeras nociones —indispensables— queden bien explicadas. A nuestro juicio, se trata de un momento especialmente delicado en el que se está iniciando la necesaria penetración entre el profesor y unos alumnos que acaban de entrar en la universidad y que carecen de un mínimo bagaje de conocimientos jurídicos. En segundo término, porque la profunda inserción del Derecho Romano en la realidad social —entendida en su acepción más amplia— exige una explicación del derecho privado romano en el marco de los fenómenos políticos, económicos y sociales de la época; explicación que—aunque somera en el tiempo por las razones de distribución del programa—debe servir para conferirle al alumno el

imprescindible bagaje de conocimientos acerca del derecho público romano del que —desgraciadamente— carece.

El libro se refiere en su mayor parte a las instituciones de derecho romano privado. Es obviamente la más extensa y, a la hora de estructurarla la autora ha optado por la clásica e inveterada orden expositiva en personas, cosas y acciones, la más genuinamente romana de Sabino y Gayo; en lugar de la propugnada por la pandectística que es la seguida en la mayoría de los tratados y manuales de Derecho Romano de progenie europea. Las instituciones se estructuran a su vez en diversos grandes apartados: Personas y Familia, Derecho Reales, Negocio Jurídico, Obligaciones y Contratos y se cierran con el Proceso. La Parte General, dedicada tanto a las personas tanto físicas como jurídicas y a la familia, constituye como una antesala del Derecho Hereditario y es tratada a modo de introducción del mismo ya que, como es sabido, la realidad familiar es analizada por la jurisprudencia sólo en su aspecto patrimonial y constituye al propio tiempo, el ámbito natural de la sucesión *mortis causa*. Por otra parte, se separan en el matrimonio los aspectos personales de los matrimoniales, dedicando un apartado específico a éstos últimos e incluyendo en el mismo, lógicamente, la dote y las donaciones *propter nuptias*. A esta misma sede se lleva también la tutela, en razón básicamente de su evidente desconexión con la familia, por cuanto, normalmente, es la desaparición del *pater familias* el hecho de que, de manera ordinaria, provoca la aparición de la institución, de ahí que —muy concretamente— la lección de tutela siga a la de *patria potestas*.

Me parece muy oportuna la exposición de los Derechos Reales antes de abordar la problemática relativa a las Obligaciones y Contratos, porque si el alumno conoce lo que es la propiedad o la posesión o el usufructo, por ejemplo, podrá calibrar mejor las múltiples posibilidades que ofrecen los modos de obligarse. La autora se inclina por la inserción de un capítulo dedicado al Negocio Jurídico. Es cierto, que los juristas no hicieron una exposición teórica independiente del negocio jurídico, sino que fueron señalando pautas —siguiendo el

método casuístico— principalmente al tratar de las obligaciones y, en cierta medida también, de las sucesiones. La doctrina del negocio jurídico es, pues, una elaboración abstracta de la pandectística, que procedió a sistematizar de un modo unitario las soluciones que los juristas romanos dieron a diversas instituciones, sobre todo en sede de contratos y testamentos, pero esta aparente fragmentariedad y sedes dispersas del tratamiento de lo que hoy llamamos negocio jurídico, no es tan disperso y caótico como a primera vista pudiera parecer; es evidente el tratamiento romano de figuras como condiciones, término, modo, causa, forma y donde hay conjuntos asociativos convergen siempre hacia conjuntos sistemáticos. Por consiguiente, habida cuenta de que son minoría los programas que hacen caso omiso del tema, la Profesora Aramburu, con buen criterio, ha optado por darle cabida en el libro a la categoría dogmática del negocio jurídico. El texto finaliza con el Derecho Procesal, ya que el derecho privado romano fue, en gran medida, un sistema de acciones, lo que implica una íntima conexión entre derecho procesal y derecho sustantivo.

A modo de resumen explicativo en punto a la orientación metodológica seguida por la A., soy plenamente consciente de que acometer la redacción de un libro de texto constituye una tarea muy delicada. Puede ser afrontada de modos diferentes. Cada uno tiene su justificación basada sobre todo en las cualidades docentes, en la formación cultural y mental de quien la escribe y en el ambiente a que se destina la obra. Pero, en todo caso, cabe destacar el esfuerzo de la Prof.<sup>a</sup> Romina del Valle Aramburu por emplear intencionadamente un lenguaje simple, claro, pedagógico, en suma, que convierte al manual en útil en grado muy elevado a los alumnos quienes son a la postre los destinatarios del mismo.

El libro se estructura en diecinueve capítulos que comparten una obsesión común: la pedagogía y la claridad solidarias. La primera para conjugar el proverbio escolástico medieval de *gustibus et coloribus non est disputandum*: porque los gustos estéticos son modificables por el estudio, por la comprensión, por la cultura. La segunda

porque sólo la claridad transmite el pensamiento y lo ameniza. Y en este sentido la tarea de la A. es encomiable. Todos los apartados de su *Ius Romanorum* están sustentados por una impecable estructura lógica, fluyendo su discurso con inteligencia y orden expositivos. Un castellano irreprochable, severo, ceñido y rico constituye el vehículo de sus ideas a las que un ritmo y una coloratura especiales y a veces un lirismo hondo, dotan de fuerza persuasiva, desembocando sin solución de continuidad—cual torrente bien encauzado—en el derecho vivo y vigente. Esfuerzo casi baldío supone intentar resumir en pocas letras un compendio majestuoso de datos ordenados en una exposición muy bien sistematizada. A mí me resta felicitar a su autora públicamente—en privado ya lo hice cuando este libro salió de la imprenta—y felicitarnos de contar con su magisterio constante.

*Prof. Dr. H. C. Luis Rodríguez Ennes*  
Catedrático Emérito de Derecho Romano  
Universidad de Vigo (España)  
R.R.A.A. de la Historia y de Jurisprudencia  
Armenteira (España) 8 de enero de 2020

## PRESENTACIÓN

---

Escribir sobre Roma y su derecho no es una tarea fácil, requiere conocimientos que es posible adquirir solamente con dedicación y esfuerzo, tarea en la doctora Romina del Valle Aramburu se ha especializado desde muy joven. Es por ello que esta obra resulta ser un producto del estudio realizado con dedicación y conocimientos demostrados a través de un examen minucioso de las instituciones históricas y jurídicas, desde el dramático período etrusco, pasando luego a través de un proceso único, sin precedentes, que ya era una realidad a fines del siglo III a. C. en el que la originalidad de su sistema político había ido estableciendo un derecho único e irrepetible en el Mundo Antiguo, contando con el concurso de un eficaz ejército que le permitieron ser una auténtica señora del “Mare Nostrum”, transformando “la ciudad” para convertirse en la gestora de un «orden romanus», que se fue multiplicando por toda Europa para llegar hasta los lejanos territorios de África y Asia, perdurando a través de los siglos. Sus instituciones fueron adoptadas y han permanecido vigentes más allá o por encima de los avatares de los tiempos.

La profesora Aramburu sigue perfectamente los vasos conductores que dan origen a las principales figuras jurídicas y muestran la evolución que cada uno de los derechos ha tenido desde sus orígenes, llegando a la culminación de los mismos, lo que explica en un perfecto orden sistemático en cada uno de sus capítulos, con total claridad y fácil acceso.

Esta obra aporta al derecho romano la originalidad de su exposición, generosamente perfilados y de simple acceso tanto para el neófito como para el especialista, ubicándola entre la más completa e importante en su género, permitiendo al lector descubrir guiños del pasado al presente, de forma tal que la más grande civilización de la historia nos permite entender. A través del pasado, las claves para el futuro, inspirando a cada individuo a ser protagonista de un derecho imprescriptible e ilimitado.

*La Plata, Provincia de Buenos Aires 15 de enero del 2020.*

*HECTOR EDUARDO LÁZZARO*  
Profesor extraordinario Consulto  
Universidad Nacional de LaPlata

# CAPÍTULO I

---

## La Monarquía

### I. Definición de Derecho Romano- *Ius Romanorum*

Es el conjunto de normas jurídicas creadoras de instituciones que rigieron la vida política, social y económica desde la conformación de Roma hasta el fin del imperio romano de oriente.

### II. Clasificaciones

#### A) Derecho Público – *ius publicum*- y sus acepciones

Se refiere a las normas que regulan las relaciones jurídicas del Estado como tal. Se dirigen a establecer un orden social, político y económico de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado como gobierno y administración.

También se define como: la organización de la ciudad y las relaciones de ésta con los individuos.

Se puede referir a la cosa pública romana, o sea la que le pertenece al gobierno romano y la administra para sus ciudadanos, por ejem-



plo, las cosas sagradas, la *jurisdictio* de los magistrados. Están por encima de cualquier acuerdo que los particulares puedan realizar.

Del *ius publicum* pueden derivar:

El *ius suffragii*: Es una de las prerrogativas que tienen los ciudadanos romanos, es el derecho a formar parte de los comicios donde se vota ya sea para elegir a los magistrados, para sancionar las leyes y para la administración de justicia.

El *ius honorum*: Otra de las prerrogativas, se refiere al derecho a desempeñar magistraturas.

El *ius sacrorum et sacerdotum*: Es el derecho a desempeñar las magistraturas sagradas, poder a ser elegido para integrar los colegios sacerdotales de los pontífices, de los augures, de los auspices, de los feciales, etc.

## B) Derecho Privado -*ius privatum*- y sus acepciones

Regula como tienen que funcionar las relaciones entre los sujetos, por ejemplo cuestiones de familia, del derecho sucesorio, contratos, por mencionar algunas.

Entre sus derivaciones encontramos: El *ius commercii* comprende el derecho a ser propietario conforme al derecho quiritario, realizar todos los actos o negocios jurídicos que permitan adquirir la propiedad civil. Lo poseen los ciudadanos romanos y en algunos casos los latinos.

El *ius connubii*: Derecho de celebrar las *iustae* nupcias o matrimonio civil romano, propia de los /as ciudadanos/as romanos. De allí derivaban todas las cuestiones relacionadas con el derecho de familia.

Lo que se conocía como *ius testamenti factio*: Era el derecho a instituir herederos (activa) y derecho a heredar a otro (pasiva). La tenían los latinos que gozaban del *ius commercii*.

El *ius provocatio ad populum*: Derecho de reclamar ante los comicios populares por la imposición de penas en los juicios criminales.

### C) El fas

Era el derecho divino, sagrado o religioso o *lex divina*, en los primeros tiempos.

Para Celso, según Ulpiano *Ius est ars boni et aequi*, se va produciendo el predominio de la razón, del bien y de la equidad, como dogma del derecho que los jurisconsultos romanos van plasmando y que se ve en las Constituciones Imperiales, así Ulpiano decía que cultivamos la justicia, la ciencia del bien y de la equidad, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, haciendo buenos a los hombres no solo por el temor a las penas, sino por el deseo del premio, en lo cual consiste la verdadera filosofía”. Desde el punto de vista filosófico y de los juristas romanos el derecho es lo que siempre es bueno y equitativo en cuanto al conjunto de preceptos y de la doctrina, el arte de lo bueno y equitativo.

El *ius* luego se aplicó a todo el derecho, en su comienzo fue la voluntad de los dioses como creadora del derecho, luego cuando el derecho se hizo laico se extendió a toda norma jurídica.

### D) Derecho Natural. Definición y acepciones

La Definición de Ulpiano acerca del derecho natural, dice lo siguiente”... el derecho natural es aquél que la naturaleza le enseña a todos los animales, ya que éste derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar”, Inst.I,2, pr; D.I,1,3.-

Son las normas que basan su razón de ser o su existencia en el hombre.

Ulpiano refirió que el derecho natural rige también la conducta de los animales, aquello que la naturaleza enseña a todos los animales.

### III. El Derecho Natural en las Fuentes

1) Las Institutas de Justiniano: Este autor nos dice que el derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, no es privativo del género humano, sino de todos los animales.

2) Ulpiano: Considera al derecho natural como una fuente del derecho privado de una misma categoría que el derecho de gentes y el civil, ha sido crítica al sostener que la definición carece de utilidad práctica.

3) También se considera que el derecho natural debe buscarse en aquellos actos del hombre en los que actúa por impulso de la naturaleza como lo haría el animal: como la defensa propia, la unión de los sexos, la crianza y alimentación de los hijos, el ejercicio de la libertad. La noción de la independencia del derecho natural con el derecho de gentes y el civil habría sido introducido en Roma por Cicerón, sobre el derecho de distintos pueblos sostenían la existencia de una norma superior, la ley de la recta razón. Consideraba que había que ajustar la conducta humana a las exigencias de la naturaleza porque entendía que ella estaba gobernada por una ley eterna e inmutable que hacía que el individuo no pudiera sustraerse a la misma por ser inherente a su esencia humana.

4) El jurista Gaius: En su obra *Institutas* expresa que el derecho privado se forma por el derecho civil y de gentes o natural, definiendo al último como aquel que la razón natural establece entre los hombres. Estaba integrado por normas aplicables a todos los pueblos regidos por principios universales.

5) Paulo: Para éste jurista el derecho natural se refiere a lo equitativo y bueno.

#### E) El Ius Gentium

No era exclusivo del ciudadano romano. Las instituciones eran comunes a los diferentes pueblos y regía las relaciones jurídicas entre individuos miembros de diferentes comunidades.

Como el *jus Gentium* se funda en la razón, es llamado generalmente *jus naturale*, por los jurisconsultos romanos, pero no se le debe confundir con el *ius naturale* propiamente dicho ni con el derecho natural moderno. Este último, denominado también *filosofía del derecho*, es un ideal de la razón humana, en tanto que el *ius gentium* proviene del derecho positivo de las naciones civilizadas o por lo menos es considerado como tal.

Por otra parte, el *ius gentium* no debe confundirse con el derecho internacional, el cual reglamenta las relaciones entre los pueblos.

## F) El derecho civil (*ius civile*)

Eran las reglas propias de los ciudadanos romanos, quedaban excluidos los extranjeros.

El derecho civil tuvo diversas fuentes, la costumbre, la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales y la respuesta de los prudentes, con el aporte realizado por la religión, las costumbres y las tradiciones romanas.

Cuando fueron muchos los extranjeros que vivían en Roma o se hizo necesario que hubiera un ordenamiento jurídico que los rigiera, ya sea por las relaciones entre ellos o con los ciudadanos romanos por ese motivo apareció la labor del pretor peregrino que ésta clase de vinculaciones jurídicas.

Cuando el derecho de gentes adquiere valor a causa de su campo de aplicación y a su carácter equitativo, gravitó sobre el derecho civil por conducto del pretor peregrino quien influyó en las decisiones del pretor urbano, basándose en la *aequitas*, hizo que el *ius civile* fuera perdiendo su primitiva preponderancia el edicto del magistrado, particularmente el pretor, empezó a llenar lagunas del derecho y a complementarlo ante dificultades interpretativas.

Tres son los juristas romanos que según los datos aportados por el *Corpus Iuris Civilis* trataron directamente el derecho natural: Gayo (s II d.C.), Ulpiano (muerto el 228 d. C.) y Paulo (s III d.C.).

a) En las Institutas de Gayo: encontramos como primera clasificación la que distingue el *ius civile* del *ius gentium*, según se observa: “Todos los pueblos que se rigen por ley y la costumbre usan en parte su propio derecho, y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones.

Así, pues el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte del derecho común de todos los hombres. Del examen de este pasaje de Gayo, que lleva por título *De jure civili et naturali* (Del derecho civil y del derecho natural), se desprende que la oposición que nos presenta este jurista es la que se establece entre el *jus civile* y el *jus gentium*. Pero como solamente nos habla de este último en el encabezamiento de dicho pasaje, resulta que para Gayo no hay otra manifestación del derecho objetivo que el derecho civil y el derecho de gentes, identificándosele este último con el derecho natural.

Se funda al derecho de gentes en la razón natural cuando se dice, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit... vocatuque ius gentium*, dicho de otra manera el que la *razón natural* establece entre todos los hombres, se llama derecho de gentes.

Lo propio resulta de otro texto de la jurisprudencia clásica que ha llegado directamente hasta nosotros formando parte del *Fragmento Dositeano* pasaje de jurisprudencia de autor desconocido y llamado de ese modo por figurar en un manuscrito como apéndice del *Ars Gramática* de Dositeo. En efecto, lo mismo que encontramos en Gayo, se divide al derecho en civil y de gentes, el último de los cuales es asimilado al derecho natural, según se desprende de la parte en que se dice: . . . *naturale dicitur etiam ius gentium* (...el natural, que se llama también derecho de gentes).

Gayo entiende por derecho civil el *ius proprium civitatis*, o sea el derecho propio de la ciudad, y cuando a la expresión *iure civile* se le

agrega *romanorum*, se refiere al derecho propio de los ciudadanos romanos. Es el derecho que la ciudad establece por sus órganos competentes y cuyos titulares son, los *cives*, es decir, quienes forman parte de la ciudad.

b) El Jurista Paulo

También encontramos en él la distinción entre *ius civile* y *ius naturale*, la palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural, otra acepción es lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como el derecho civil. Es de destacar que el derecho natural, por fundarse en la naturaleza de las cosas, es siempre justo y bueno; el derecho positivo, en cambio, se basa en la utilidad y por eso es variable.

c) Ulpiano

Manifiesta que el derecho privado es tripartito, pues está compuesto por preceptos naturales, de gentes y civiles. Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es sólo propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y de la hembra que nosotros llamamos matrimonio, de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. Es derecho civil el que no se aparta en todo del natural o de gentes, ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir civil. Y este derecho nuestro es en parte escrito y en parte no escrito.

Así manifiesta que:

*El derecho natural es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales. Este no es especial del linaje humano, sino común a todos*

*los animales en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos. Vemos, en efecto, a los demás animales, que se conforman a los principios de este derecho como si lo conociesen - Justiniani; Institutas; I, 2-*

Este pasaje de Justiniano se repite en términos casi idénticos en otro fragmento del Digesto I, 19, 29, se atribuye a Ulpiano la afirmación que sigue:

*El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles... Derecho natural es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves.*

Ahora bien, ¿cómo explicar la aparente contradicción que existiría entre lo que afirman los juristas clásicos y lo que enseñan las Institutas de Justiniano, y Ulpiano en el Digesto, por qué esos juristas clásicos, especialmente Gayo en sus Institutas, no hacen más que una bipartición entre el *ius civile* y el *ius gentium*, el último de los cuales se equipararía al *ius naturale*.

Pero Ulpiano nos habla del *ius naturale* y del *ius gentium* como de dos conceptos distintos. De acuerdo con su doctrina, habría un *ius civile*, cuyo sujeto sería el ciudadano, es decir, el miembro de una determinada colectividad; habría, además, un *ius gentium*, cuyo sujeto sería el hombre como tal, prescindiendo de que forme parte o no de una colectividad determinada; habría, por último, un *ius naturale*, cuyo sujeto serían todos los seres vivientes, indistintamente hombres y animales.

Claro está que una interpretación tan amplia del *ius naturale* ha debido causar sorpresa a muchos intérpretes del derecho romano, quienes se resisten a admitir que entre los animales puedan darse instituciones jurídicas, o que puedan existir normas jurídicas comunes a

hombres y animales. Podrá existir identidad de necesidades biológicas, de instintos, pero nunca comunidad de derecho, como lo habría reconocido el mismo Ulpiano en D. X,1,1,03. Por lo que esos intérpretes llegan a afirmar que los textos que la compilación justiniana atribuye a Ulpiano han sido interpolados, es decir, que no serían genuinos.

En otros textos del Digesto, en que también se refiere al *ius naturale*, tampoco corresponderían a los juristas clásicos, sino que serían el resultado de interpolaciones realizadas por los compiladores. Se refiere especialmente a un pasaje atribuido a Paulo, quien según los compiladores Dig., Lib. 1, tít. Iº, fr. 11, habría definido así al derecho natural en el Libro XIV de los “Comentarios a Sabino”: “Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho a lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural...”. De acuerdo con esto, *el ius naturale* es el que se apoya en razones superiores e inmanentes de Justicia. Se identifica con la justicia.

No hay que confundir el *ius gentium* con el *ius naturale* si se tiene en cuenta que existen instituciones admitidas por el *ius gentium* que serían rechazadas por el *ius naturale*.

El *ius gentium* estaría integrado por todas aquellas instituciones comunes al derecho de todos los pueblos.

### G) El *ius scriptum* y *ius non scriptum*

- a. El *ius non scriptum* está representado por la *mos maiorum*, la costumbre de los antepasados, que corresponden a la primera etapa de la evolución del derecho romano.
- b. El *ius scriptum*, por oposición al anterior, es el que deriva de las otras fuentes productoras del derecho:
  - 1º) la *lex*;
  - 2º) los plebiscitos;
  - 3º) los *senatus consultus*;
  - 4) las constituciones imperiales;
  - 5) las respuestas de los prudentes; y



6) los edictos de los magistrados que tienen el *ius edicendi*, o sea el derecho de publicarlos, como el pretor urbano, el pretor peregrino y el edil curul; estos edictos dieron origen al llamado derecho honorario.

## H) La *Iustitia*: Concepto

Es el arte de lo bueno y de lo equitativo, concepto dado por Celso, en D.I, 1.

El Jurisconsulto es llamado sacerdote pues cultivamos la justicia... separando lo justo de lo injusto discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres, no solo por el miedo a las penas..." D.I,1,1.

También se define como: la voluntad firme y perpetua de dar a cada uno lo que le pertenece D,I,1,10.

Repeler la injuria D.I,1,3, es propio del derecho de gentes, la razón natural les mueve a rechazarla.

La manumisión tuvo su origen en el derecho de gentes, quiere decir dejar de la mano bajo la cual otro es esclavo D.I,1,4, solo por dar algunos ejemplos.

## **Los principios del derecho son, los Preceptos Fundamentales de Ulpiano:**

Dar a cada uno lo suyo, vivir honestamente y no dañar a los demás D.I,1,10.

- Vivir como se debe, se refiere que debemos proceder de manera tal que no haya personas perjudicadas de manera individual o socialmente no realizando aquello que está prohibido.
- No hacer daño a otro, significa que no debemos perjudicar a otros por medio de robos, violencias y otras cuestiones, como nosotros no quisiéramos que terceros lo hicieran en contra nuestro. Los preceptos se refieren a la patria a los individuos, y a las demás personas con las que tiene que convivir socialmente.

- Es el fundamento de muchas leyes civiles y todas las leyes penales, la prohibición de la ley es inexcusable que se invoque como garantía de los derechos de los demás.
- Dar a cada uno lo suyo: Éste precepto responde al bien común de la República y de la sociedad, por un lado tenemos a los gobernantes que buscan el bien común, tiene que haber un equilibrio entre los derechos de todos, el que ha lesionado un derecho tiene obligación de repararlo y aquellos que transgreden las normas son castigados con la aplicación de una pena, el trabajo y la virtud son premiados.

Para que un acto se ajustó no solo tiene que estar acorde con el derecho, sino que tiene que existir la voluntad en los sujetos de práctica como acciones de la vida la justicia, el desinterés en práctica el bien hace morales a las acciones humanas, por eso se la consideraba a la justicia desde el punto de vista moral de allí surge la definición que se dio.

## I) Jurisprudencia

Es conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto - D.I,1,10-. Enseña el modo práctico en que se aplican las reglas establecidas por la justicia. Dicho de otra manera jurisprudencia es la filosofía de lo justo y de lo injusto, no consiste solamente en el conocimiento de las leyes, de la costumbre y usos, sino que es el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas a las que se les aplican reglas de lo justo. Las cosas divinas constituían para los romanos una rama importante de la jurisprudencia, por la estrecha relación entre el Estado y la religión.

## J) La Costumbre

Si hay leyes escritas deben respetarse éstas, pero si no las hay se debe seguir lo establecido por los usos y las costumbres, si se diera el caso de que éstas no existieran se debe seguir lo más aproximado a las leyes como la costumbre surgen del consentimiento del *populus* “*en aquellas causas que no usamos leyes escritas conviene Que se guarde aquello introducido por el uso y la costumbre...*” D.I,3,32.

## A. Derogación de las Leyes

Era válida por la derogación de una norma jurídica por la imposición de las transformaciones sociales, y os cambios de conductas de los miembros dela comunidad,

*“Es legítimo que se deroguen las leyes, no solo por la voluntad del legislador, sino también por el no uso por tácito consentimiento de todos”- D.I,3,32,*

La costumbre puede estar acorde a la ley o ser contraria a ella, en éste último caso deroga a la norma escrita, pero cualquier acto que los individuos realicen no se van a convertir en costumbre sino aquella que dure varias generaciones, que sea practicada por la mayoría de los individuos que componen la sociedad y no solo por algunos de ellos.

*La costumbre inveterada suele observarse por derecho y ley en aquellas cosas que no provienen del derecho escrito, D.I.3.33.*

## B. La costumbre para ser invocada ante los tribunales

Cuando la costumbre que es contraria a la ley está establecida como tal se debe a los primeros transgresores que la han instaurado, sino a todos aquellos que, en el tiempo, la han continuado de buena fe, puede opinarse como que no es costumbre en el sentido que se está analizando, se trata de una transgresión de la ley.

*Cuando alguno se funda en la costumbre de la ciudad, juzgo que primero se ha de mirar si ésta costumbre ha sido alguna vez confirmada en juicio contradictorio D.I,3,34*

Puede ocurrir que ante una determinada situación en la que se alegue la costumbre y por otro lado se alegue el derecho, se lo tendrá como costumbre cuando se demuestre que en juicio ha sido probado como tal.

La práctica de la costumbre es aceptada por lo general por todos sin generar mayores dificultades, con igual valor que la norma escrita.

### **C. Fuerza de la Costumbre**

La fuerza de la costumbre proviene de su autoridad, de su propia creación, por eso no fue necesario plasmarla por escrito, ello significa que la importancia de la instauración de la costumbre hizo que no sea necesaria plasmarla por escrito para que ella tuviera autoridad por sí misma.

En caso de que hubiera dudas acerca de la interpretación de la ley, ya se establecía tener en cuenta el derecho la ciudad de Roma que se había aplicado antes a otros casos similares, porque la costumbre era tenida como la mejor intérprete de las normas.

### **D. Disposición de Severo en relación a la costumbre**

Severo ordeno por rescripto que la costumbre o autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente de una misma manera, debía tener fuerza de ley en las dudas que se ofrecen en las leyes.

Todo derecho fue establecido por el consentimiento, por la necesidad o le dio fuerza la costumbre, la ley surge por el consentimiento y la voluntad, por necesidad es cuando el senado lo estatuye por delegación del *populus*, la costumbre tiene en sí misma fuerza de ley por el extenso tiempo en que se llevan a cabo, allí se ve claro el consentimiento del pueblo que no se había hecho por escrito, se trata de un consentimiento tácito.

### **K) Las Constituciones imperiales**

Epístola o consulta se llaman las consultas que los jueces hacen de sus sentencias o de causas que ellos deben resolver (las sentencias son confirmadas por el príncipe o consejo) y se pueden apelar.

Todo lo que el Emperador estableció por carta, subscripción o decreto, con conocimiento de causa o por sentencia interlocutoria, sin figura de juicio o mandó por edicto, son llamadas constituciones.

## L) Decretos

Son los que el príncipe pronuncia con conocimiento de causa, mientras que los rescriptos se dictan sin conocimiento de causa. La sentencia interlocutoria tiene carácter de definitiva y por supuesto con fuerza de ley. Algunas constituciones son personales porque están dirigidas a determinadas personas y otras son de carácter general porque los Príncipes tienen la facultad de crear privilegios o dictar leyes de carácter general.

## M) Función del derecho pretorio:

Cuando finalizó la intervención de los redactores de las XII Tablas, también lo hizo la intervención de los magistrados, tampoco se designaba a un miembro del Colegio de los Pontífices para que interviniera en las causas de los particulares, entonces quién cumpliría la función era el magistrado llamado Pretor, que publicaba edictos con el fin de suprimir, corregir o modificar el derecho civil, eran los Edictos<sup>1</sup> Pretorios, también estaban los edictos de los ediles. El primer pretor se nombró en el año 387. Después de la muerte de Rómulo se designaron diez varones cada uno al frente de cada una de las diez curias, en el año 302 se eligieron otros diez, de cada tribu se elegían tres para que decidan en las causas, así surge el número de ciento cinco, que pasó a denominarse el tribunal de los centunviros- *Centum Vires*- si bien no eran magistrados tenían amplia jurisdicción, luego formaron cuatro tribunales presidida por el Pretor. El Pretor duraba en su función un año y ese era el plazo de duración de la normativa que dictaban.

## N) El dictador

Al Senado se le dificultaba la administración de todas las provincias entonces surgió la necesidad de designar a un Príncipe se le dio la

---

1 Se escribían en tablas de madera o en paredes blanqueadas donde estaba el edificio del Pretor.

facultad de que todo cuanto determinase se tuviera por firme y válido”. A éste Príncipe se lo denominó Dictador (el origen de su nombre estaba dado en que tenía libertad para dictar lo que correspondía), duraba en su cargos seis meses, paralelamente había cónsules y los magistrados que había en tiempos de la República, designándose otros magistrados menores y otros magistrados para el gobierno de las provincias. Las sentencias de los cónsules se apelaban ante el dictador, ya que era un magistrado extraordinario. Era elegido por el pueblo.

No todos los magistrados eran jurisconsultos, entonces cuando surgían dudas de derecho, se les designaban jurisperitos.

El Dictador tenía plena potestad para condenar a pena capital a un ciudadano romano, las sentencias no se apelaban.

### O) El *Tribunum Celerum*

Era un capitán del cuerpo de guardia, mandaba a los caballeros y era el segundo del Rey, el primero fue Junio Bruto. Al principio Rómulo creó el orden equestre de 300 caballeros llamados *celeres*, al comandante se lo llamó Tribuno Celerum, así nacían los primeros tribunos. Los Celeres estaban divididos en tres cuerpos que tenían diferentes nombres:

- a) Tacienses, de Tacio fue el General de los Sabinos desde que habían hecho la paz con éstos (después de haber estado en guerra por el rapto de las sabinas, con el paso del tiempo hicieron la paz), estuvo en Roma y reinó cuatro años con Rómulo.
- b) Los Rumnenses
- c) Los Luceres de Luceria, pueblo de Etruria.

Dar a cada uno lo que le pertenece es una virtud moral, ya que se da un castigo a los que se merecen una pena, esto en relación con el concepto de *justitia*.

## P) El senadoconsulto o constitución del senado

Cando se produjo un crecimiento de la población, se dificultó la acción de realizar las asambleas populares para que el pueblo diera su consentimiento, entonces fue el Senado el que tomaba decisiones, así aparecieron los senadoconsultos. En tiempos de la monarquía, había cien albanos y después fueron incorporados cien sabinos más. Las constituciones se podían dar de dos maneras: por voto o por aprobación de todos los senadores, en tiempos de Augusto el número de senadores aumenta a cuatrocientos debían asistir por lo menos la tercera parte. El lugar donde se reunían era consagrado por los Agoreros. Había dos especies de senados: uno se denominaba Legítimo: era el que tenía el día señalado por las calendas, Augusto determino que solo se podían tener dos senados legítimos por mes, que fueron las calendas y los idus, no había actividad del senado los meses de septiembre y de octubre y el otro *Indicto*, denominados de ésta manera porque no tenían día señalado, si se llevaba a cabo la reunión del senado pero no se cumplían algunos de los requisitos señalados los Tribunos de la Plebe que podían concurrir lo impugnaban y se declaraba írrito lo resuelto.

Si bien al principio los poderes del Senado eran amplios, ya que podían crear magistrados, dictar leyes, declarar la paz o la guerra luego se establecieron límites por la Ley Valeria.

No hay dudas que el senado puede establecer leyes, se refería a la fuerza de ley que tenían los senadoconsultos, hay que recordar que ésta potestad primero la tuvo el *populus* luego por la cantidad de gente que debía reunirse se hizo difícil hacerlo en la práctica y se delegó la facultad en el *senatus*.

## Q) Las Curias

Rómulo dividió al pueblo en treinta partes que se llamaron curias.

Con la sublevación de los plebeyos en el Monte Sacro se crearon los magistrados plebeyos que eran los tribunos de la plebe, para contrarrestar a los cónsules ya que ésta ida al monte Sacro era una

rebelión también contra éstos. Para que regresaran nuevamente a la ciudad se negoció la aceptación de sus dos Tribunos, además de sancionar las Leyes Agrarias para la distribución de las tierras, la aceptación de los Tribunos era para poner fin a los insultos y otras faltas de respeto a la plebe, su función era defenderlos, también asistían al senado y cuando dictaban alguna constitución que perjudicaba los intereses de la plebe la intercedían o la declaraban írrita.

Mientras la plebe se encontraba en el Monte Sacro, dejaron en la ciudad dos personas que cuidaban de sus estatutos, así surgieron los Ediles.

## R) Los Cuestores

A los fines de recaudar y guardar el dinero para el erario público se designaron a aquellos que se harían cargo, siendo los *quaestores erarii*, que significa Tesorero, se diferenciaban de los Tribunos del Erario que les entregaban los estipendios que les correspondían a las tropas. Cuando se trató el tema de los cónsules, se hizo referencia al *quaestor parricidii*. Eran jueces pesquisidores que tenían a su cargo la investigación de todos los delitos, siendo el parricidio lo más común en esa época de allí surge la denominación que tuvieron.

La Ley era para Demóstenes la conveniencia de los ciudadanos para cumplir, un don de Dios y un freno y castigo para los delitos cometidos voluntaria e involuntariamente.

## S) Criterios para dividir la Historia del Derecho Romano

- 1) Comprende desde la Fundación de Roma hasta la *Lex* de las XII Tablas (año 750 a 450 a.C.), la fuente del derecho que encontramos en ésta época es la *mores maiorum*.
- 2) Desde la Ley de las XII Tablas hasta Cicerón (450 a 100 a. C.), época en la que Roma extiende sus territorios, se regía por el derecho civil y por el derecho honorario, aparecen los plebiscitos como consecuencia de las diferencias sociales entre patricios y plebeyos.



- 3) Época que abarca desde Cicerón hasta Alejandro Severo (100 a 250 d. J.) El Imperio ha tomado vastas dimensiones, se concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.
- 4) Desde Alejandro Severo hasta Justiniano (250 a 550 d. J.) se utiliza como fuente del derecho las citas de los antiguos jurisconsultos y las Constituciones Imperiales.

Otra periodización puede ser la siguiente:

- a) Desde la fundación de Roma hasta la Ley de las XII Tablas;
- b) Desde la Ley de las XII Tablas hasta el Imperio;
- c) Desde el Imperio hasta Diocleciano;
- d) Desde Diocleciano hasta Justiniano.

## T) Los juristas romanos y los juristas posteriores

### A) Análisis acerca de si el jurista puede plantearse paradigmas

Se tratarán de abarcar distintos aspectos, cuál es la evolución histórica que ha sufrido éste papel dado que solo así podremos entender en el estado en el que nos encontramos actualmente.

Se intentará dar una acepción de la palabra jurista, dada la ambigüedad de la misma que puede ser objeto de más de una definición, no se pretende definirlo rígidamente sino que se brindarán algunas nociones y características de ésta.

La labor del jurista sería muy infértil si no fuera acompañada como complemento de la tarea legislativa, y que ésta a su vez, según entiendo no tendría sentido si no tiene como fuente de inspiración al jurista.

### B) ¿Qué entendemos por jurista?

El jurista no es el simple abogado, sino es aquél que estudia con profundidad un área específica del derecho, del cual participa en su tiempo y trata de introducir innovaciones en la vorágine del cambio jurídico. Para ello deberá reunir determinados caracteres: ser comprensivo, estudioso, objetivo, consciente de la función social que cumple, promover las innovaciones, proponer el cambio, así se convierte en un

creador del derecho como el pretor, adaptándose a los nuevos conflictos que surgen por las evoluciones sociales normales, solo que no gozará de *imperium*, que el pueblo delega en sus legisladores.

Se puede afirmar que, el rol del abogado o del jurista como un oficio o un arte pero jurídico.

### C) Breve evolución histórica

Dado que nuestro derecho nacional es de base netamente romanista pese a la evolución sufrida después por la influencia de los romanistas europeos principalmente de Von Savigny; Ihering, Saleilles; luego el derecho indiano o colonial con la influencia del derecho español, hasta la transición operada del derecho como la conocemos en nuestros días.

#### a) La Labor de los juristas de romanos

Para hacer referencia a los juristas no podemos dejar de desconocer la labor de los juristas romanos<sup>2</sup>; y su importancia, ya que a Roma era uno de los pueblos más adelantados de su época<sup>3</sup> junto con los griegos; y que si bien a diferencia del hombre griego, que era sumamente culto e instruido, amante de la cultura que posteriormente nos legaron; el hombre romano era netamente guerrero a la vez que agricultor, sabía desempeñar bien los dos papeles para los cuáles era preparado y condicionado por la sociedad de su época, sin embargo es llamativo como han creado, estudiado, aplicado y modificado el derecho con el transcurso del tiempo.

La labor de éstos fue muy importante durante la época clásica, entre los más destacados nos encontramos con Papiniano, Capitón,

---

2 Por ejemplo en tiempos de Augusto fue muy importante la labor de los juristas, durante el principado los emperadores se rodearon de los hombres más prestigiosos de su época, en éste período se caracterizó la actuación por la evacuación de consultas que les hacían.

3 Desde tiempos remotos, se perfilaba la labor del jurista que era por entonces desempeñada por los pontífices, con la influencia de la religión.

Sabino, Próculo, Labeón, Pomponio, Gayo, Marcelo, Scaevola, Modestino, Ulpiano, Prisco, Juliano, Paulo.

Los juristas clásicos, que son los que han actuado desde Servio Sulpicio Rufo que vivió en el siglo I a.C hasta Modestino, en la primera parte del siglo III de la era cristiana. A ellos corresponde la labor más importante que se haya llevado a cabo en el Imperio Romano de elaboración de reglas, cuyo conjunto se denominó *iura* y que Justiniano compiló en su *Digesto*. La tarea de los Juristas se centró sobre tres aspectos básicos que fueron: a) el derecho civil, que estuvo constituido por los comentarios a la obras de Masurio Sabino, b) el derecho honorario, constituido por los comentarios al edicto perpetuo de Salvio Juliano, y c) las obras de jurisprudencia práctica que tuvieron como base las respuestas de Papiniano. Aparecen también obras de carácter didáctico y simple de tipo de las Instituciones de Gayo, destinadas a enseñar el derecho en sus primeros elementos.-

Las respuestas de los Jurisconsultos fueron definidas por Gayo como las sentencias y opiniones de los que estaban facultados para crear normas jurídicas. Los juristas intervenían en la producción del derecho mediante sus respuestas o respuestas que podían ser de dos clases: a) se llamaban sentencias cuando existe unanimidad; b) en cambio reciben el nombre de opiniones cuando son establecidas por la mayoría de los juristas, no por todos. En la época imperial los juristas pierden el importante papel que habían desempeñado durante la república. Los mejores juristas fueron incorporados al Estado e ingresaron en el consejo imperial o en las secretarías imperiales, de modo que su labor va a orientarse a preparar los senados consultos o a preparar las constituciones imperiales. Mientras tanto, el campo de acción de los juristas particulares se ve limitado de dos maneras: en primer lugar por la intervención estatal y en segundo lugar, por la pérdida del importante papel que desempeñaban en la confección de los edictos de los magistrados a raíz de la codificación del derecho honorario.-

En época de Augustos se concedió a ciertos juristas el *Ius Publice Respondendi*, es decir, el derecho de emitir opinión como si fuese en nombre del emperador. Estos dictámenes tenían fuerza vinculante, como si se tratase de leyes, ya que obligaban al juez a fallar conforme los mismos. En el fondo era una restricción puesta a la jurisprudencia que se había desenvuelto durante la república sin contralor oficial.

#### b) Reseña del jurista en Argentina

Los juristas de nuestro país en cualquier época a la que han pertenecido, su labor se han destacado, como una particularidad por su participación en la política de nuestro país en la que tuvieron un importante rol.

Así nos encontramos con el Doctor Juan Bautista Alberdi, quién con su obra *Bases y Partidas para la Organización Política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sur*, sirvió de fuente inspiradora para los congresales que para 1852 año que corría dictarían en breve la Carta Magna de la Nación.

Cuando finalizó sus estudios de jurisprudencia en Buenos Aires, se niega a prestar el juramento que Rosas quería imponer a los egresados de la Universidad, “bajo pena de nulidad del título”, considerado denigrante por el novel abogado. Se exilia a Montevideo y luego a Europa hasta que se radica definitivamente en Valparaíso. Ejerció la profesión de abogado Se interesó por conocer la realidad que los atravesaba en ese momento, es por eso que a su obra fundamental pretende adaptarla a la realidad del país, por lo que se puede decir que Alberdi fue un verdadero paradigmático, considerando que el hombre tenía que moldear el derecho que lo regiría o la forma de gobierno según los caracteres propios del suelo y de la población, teniendo en cuenta que algunos de nuestros representantes próceres se formaron como abogados en Europa, y las leyes tienen que nacer del seno mismo de las sociedades.

Otro destacado jurista que encontramos en nuestro país es el Doctor Rodolfo Rivarola, abogado, jurista como se dijo, y magistrado, en su actividad el mismo señalaba la importancia de pensar en las cosas del interés público, como un deber elemental de todo ciudadano, con sinceridad e independencia siendo consecuente con lo que se piensa. Nunca fue partidario de escuela o doctrina alguna, enseñó filosofía durante muchos años, fue expositor de doctrina o redactor de códigos, pudo demostrar que el hecho de adherirse a las doctrinas que por entonces estaban en boga, no lo hizo perder la visión de lo que sucedía en el país, también como muchos visionarios anteriores y posteriores, consideró que el hecho positivo social, debía mantenerse en el orden jurídico existente, basado en ideas y tradiciones destinados a transformarse por la evolución.

#### c) El Jurista en el derecho comparado

Así como la mayoría de los países europeos y americanos han tomado como base para la conformación de sus legislaciones locales el derecho romano, aún en los países más insólitos, por ejemplo, Rusia, Inglaterra, con un derecho muy distinto al nuestro, se han encontrado destacados juristas, entre ellos Ihering, que vio la necesidad de la consolidación de un sistema legislativo, por el caos existente con todas las desventajas que ello implica, la avidez de considerar al derecho romano como uno de los modelos fundamentales de su obra, que no ha sido tenido en cuenta por muchos de sus contemporáneos, las ideas de éste jurista expuestas en 1877 la importancia de la defensa de los derechos individuales como la mejor escuela para la lucha de los derechos de la colectividad. Es muy difícil pensar que los cambios jurídicos sean impuestos por el legislador con el uso de la fuerza y en contra de la idiosincrasia de una nación determinada en un momento dado, siendo lo contrario a la vez un modo de garantizar la efectividad de la tarea emprendida.

## U) estudio del Derecho Romano en nuestro país

Como bien sabemos es una de las materias principales en la carrera de abogacía de las diversas universidades públicas y privadas al tener en nuestro país un derecho civilista de neta base romanista.

En la Universidad de Buenos Aires, Alberdi en una carta dirigida a Lucas González (un argentino que estaba estudiando derecho en la Universidad de Turín) manifiesta la importancia del estudio del derecho romano y del derecho canónico, ya que decía que el derecho romano es lo que se veía plasmado en las Leyes de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio normativa que regía en esa época.

En 1863 se empezó a estudiar Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires estaba en primero y segundo año de la carrera de abogacía. Se siguió para su estudio la obra de Ortolán porque utilizaba el método histórico seguido por los franceses, en 1872 se produce una nueva corriente que se aleja de la de Ortolán, ésta es la de la corriente histórica como exponente en Argentina encontramos a López en el que criticaba el plan de las Institutas, estableciendo como fundamento del derecho civil a los contratos.

En el año 1874 apareció como Profesor el Dr. Pedro Goyena utilizó el método dogmático de interpretación, en el año 1888 la materia se dividía en 48 bolillas, se dividía el dictado en dos cursos.

Luego el Doctor Raimundo Wilmart adhiere al empleo de los métodos de la escuela evolucionista.

El Doctor Osvaldo Magnasco, planteó la supresión del curso de Historia del Derecho Romano porque no se encontraba en el plan de estudios de la Facultad, sin embargo en la práctica ese contenido se siguió dictando, se priorizaron el estudio de las fuentes del Derecho Romano, en especial a los edictos de los pretores.

En 1900 la cátedra estaba a cargo del Doctor Enrique Obarrio, la parte histórica se dividía en cuatro unidades Obarrio. Hasta 1933 el Derecho Romano se estudiaba en dos cursos. En el primero se estu-

diaba la parte histórica, derecho de familia y propiedad. En el segundo curso: Las obligaciones y las acciones.

En nuestro país el Código Civil Argentino o código de Vélez Sarsfield ha mantenido en sus instituciones la influencia del derecho romano, por ejemplo en tutela y curatela, posesión, propiedad y derechos reales en general, contratos y el derecho hereditario. Si bien al código originario se le añadieron transformaciones con la sanción de la Ley 17.711/68 no perdió esa esencia romana que tenía desde sus orígenes.

En la actualidad, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina creado por la Ley 26.994 Publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014, con entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, en ésta normativa se han fusionado los anteriores códigos civil y de comercio han aparecido algunos institutos jurídicos novedosos que se han adaptado a las transformaciones sociales, políticas y económicas de Argentina, pero se mantiene en algunas figuras jurídicas parte de la raigambre de Vélez Sarsfield.

### La monarquía: Orígenes. Leyenda y sus críticas

#### I. La fundación de Roma

##### A) Primera versión

Los orígenes de la monarquía se relacionan con Eneas, que descendía de Venus y Marte, luego de que los griegos incendiaran Troya huyó de allí, y llegó hasta Cartago. Finalmente llegó al Lacio y allí conoció a Lavinia con quien se casó por segunda vez, sin embargo éste hecho lo hizo caer en adulterio ya que Eneas estaba casado en Troya con Creusa y de esa unión había nacido Ascanio, había perdido a su esposa cuando escapó de los griegos.

Uno de los hijos que tuvo con su segunda esposa, fue el rey Procas, que tuvo a su vez dos hijos: Numitor el mayor, y Amulio, el menor, éste destronó al primero. La hija de Numitor Rea Silvia fue enviada al Colegio de las Vestales, para evitar así la posibilidad de que continuara la línea sucesoria de Numitor, sin embargo Baco la sedujo y de esa unión nacieron los mellizos Rómulo y Remo. Cuando Amulio se enteró de esto ordenó que los recién nacidos fueran arrojados en



una cesta al Tíber, tuvieron la suerte de llegar a las orillas y fueron recogidos por una mujer que los amantó y crió llamada Germal a la que le decían “La Loba”.

Cuando crecieron supieron de su ascendencia aristocrática y quisieron restituir el trono a su abuelo Numitor, no solo lograron su objetivo sino que fundaron una ciudad a orillas del río Tíber, de donde habían sido recogidos, así tomaron una porción de tierra de su ciudad natal Alba Longa, como acto fundacional, Rómulo trazó con un arado el perímetro en el que se iban a construir las murallas y las puertas de la ciudad. Remo saltó por decisión propia saltó el límite trazado por el arado y por tratarse de un lugar santo Rómulo le dio muerte para evitar que la ira de los dioses hicieran recaer sobre todos la desgracia, ya que ningún acto podía hacerse sin la influencia de los dioses, y si se quería realizar algo se debía consultarles, caso contrario la violación de los preceptos religión traería consecuencias negativas para quien lesionara ese orden.

Luego Rómulo quedó como primer rey de Roma.

## B) Segunda versión de la Fundación

La leyenda de la fundación de Roma

Rhea, hija de Numitor de origen latino ambos, era una virgen vestal, que tuvo dos niños: Rómulo y Remo. Éstos fueron arrojados a una laguna y fueron recogidos por Fástulo, que a su vez se lo dio a una mujer llamada Laurencia. Era una mujer que no cumplía con sus deberes maritales con su marido pero sí con otros hombres por eso se la llamaba “la loba”. Del nombre de esta mujer se derivaría la palabra lupanar como el lugar en dónde se pueden encontrar a éstas mujeres que son de vida liviana, por decirlo de alguna manera.

Con el paso del tiempo se descubrió que los niños, eran nietos de Numitor y ya crecidos comenzaron con la fundación de Roma. Hubo una discordancia entre ellos con respecto al lugar en dónde debía ser fundada, mientras Rómulo proponía el Monte Palatino, Remo quería en el Monte Aventino, cada uno de ellos se instaló en estos lugares y

se determinó que el lugar elegido sería el que determinen los auspicios. Rómulo dijo haber visto el vuelo de doce buitres, mientras que Remo el de seis. De ésta manera fue Rómulo quién fundó la ciudad estableciendo la sacritud de los límites a través de ciertos rituales y se estableció la inviolabilidad de éstos por cualquier persona. Debido a que Remo se le dio muerte. Se estableció como fecha hito de la fundación el año 753 a.C.

A partir de la fundación se le pidió a los pueblos vecinos mujeres para poblar la nueva ciudad, como les fueron negadas, Remo hizo una gran fiesta que duró varios días y después de invitar a hombres y mujeres de otros lugares, los embriagaron para desarmar a los hombres y secuestrar a las mujeres. Se libraron cruentas luchas para recuperar a las mujeres, pero al cabo de un tiempo hicieron las paces, se conoció como el rapto de las Sabinas. Después de celebrar la paz se coronó a Rómulo como el primer Rey.

## **II. La sociedad primitiva. Tribus. Curias. Gentes. Patricios. Plebeyos. Clientes. La organización política. La Lucha entre patricios y Plebeyos. Los Colegios Sacerdotales.**

### **A) Las Tribus**

Desde la fundación de Roma y tiempo después hubo tres tribus: Los Ramneses- tenían como jefe a Rómulo-, los Titienses – su jefe era Tatio-, y los Lúceres- cuyo jefe era Lucunio-.

Si bien está discutido, las tres tribus estaban integradas por romanos, sabinos y etruscos, tuvieron sus órganos políticos y administrativos propios, la que se encontraba en relación de inferioridad con relación al resto es la de los Luceres. Está discutido el motivo real de la división y a qué obedece.

### **B) Las Curias**

Era una sub división de la tribu, cada una de ellas tenía 10 curias:

- Cada curia tenía una denominación especial, estaba integrada por patricios;
- Se admitían a los plebeyos; en 545 a.C. llegó al cargo de curius maximus un plebeyo;
- Los miembros de las curias se llamaban curiales, su jefe se llamaba curio;
- Al frente estaba el curio máximo.
- Tenían en común el culto de Juno Quiritis, cada uno con un culto especial que debía sostener todos los miembros.
- Las solemnidades religiosas estaban a cargo de un curio acompañado por un flamen curiales, no se sabe si cada curia estaba dividida en decurias a cuyo frente estaba un decurión.

### C) Las gentes

Los miembros de la gens recibían el nombre de patricios y también la de quirites, ésta última denominación se usó más para los sabinos, cuando creció la ciudad de a poco fue desapareciendo.

Al principio todas las gens fueron patricias pero con el paso del tiempo, la llegada de la República, las reformas de Servio Tulio, se fueron formando gens plebeyas como la terentenia, y otras patricias y plebeyas como la servilia. Con el paso del tiempo disminuyó el número de patricios, luego el carácter que tuvo la gens fue el de comunidad religiosa, que fue dejada más tarde de lado por la llegada del cristianismo.

- a) Una teoría establece que la Gens es una institución artificial, es decir creada por el legislador, se trata, pues de un parentesco artificial entre varias familias que originariamente eran extrañas unas a otras.
- b) Otra teoría más moderna establece que la Gens era una institución de carácter natural o familiar, abarcaba a las familias provenientes de un tronco común con carácter presunto; el carácter familiar se confundía con el político. Los miembros estaban unidos por:

- 1) Nombre común o *nomen gentilicium*: era el nombre de un antepasado del cual supuestamente todos descendían de él. A éste nomen se le agrega el Cognomen. Se trataba de la rama de la gens a la que pertenecía, también estaba el *agnomen* que era aun nombre añadido, teniendo cada individuo un *praenomen* antepuesto al gentilicio.
- 2) Un culto propio, era una *sacra privata* (no tenía el carácter público de la curia), todo sus miembros contribuían al gasto del culto, y se debían celebrar sacrificios y fiestas anuales en honor de su dios.
- 3) Un jefe *pater* que era el que hacía cumplir las costumbres privadas comunes, las costumbres variaban de una gens a otra.
- 4) Derecho recíprocos a la Herencia y a la curatela entre gentiles cuando faltaban agnados; no se podía salir de testigo contra un gentil.

#### D) Los patricios

Como se dijo anteriormente formaban parte de la gens, se llamaron así porque los jefes de las gentes formaron parte del senado, o porque tenían su origen en un *pater* divinizado. Era la clase social dominante, más alta, con el goce de los derechos sociales, políticos, económicos y religiosos. En contraposición los plebeyos no gozaban de éstos beneficios por lo que las diferencias entre los dos grupos se irían acrecentando con el tiempo.

#### E) Los plebeyos

Era la mayoría de los habitantes de Roma, que no eran patricios, de condición libre, no necesitaban ningún patrono que los represente en juicio, sin embargo para accionar se encontraban en inferioridad de condiciones para litigar porque no conocían las solemnidades de las acciones; estaban en inferioridad de condiciones en relación al patriciado, no estaban sometidos a éstos como los clientes. Podían

tener el dominio de las cosas y el *ius commercii*; no tenían derechos políticos; entre patricios y plebeyos no existió el *iusconnubium* por mucho tiempo, no participaban de la religión del Estado Romano, no podían ser sacerdotes.

## E) Los Clientes

Se presume que los fundadores de Roma ya tenían clientes, ya que éstos también se encontraban en otras ciudades de Italia, luego se le agregaron los libertos y los descendientes, los extranjeros que pidieron asilo y que se colocaban bajo la protección de los patricios y los habitantes de las poblaciones vecinas conquistadas.

-La condición de cliente se transmitía hereditariamente.

-Desde el punto de vista jurídico eran hombres libres pero no lo eran en la práctica.

-Cada cliente y su familia se encontraban bajo la órbita del patrono y su familia.

-Alquilaban parte de las tierras de sus patronos, se ocupaban de los negocios. Participaban en la religión de los patronos a los cuales pertenecían.

-El cliente tomaba el nombre de su patrono, lo acompañaba a la guerra y le debía respeto, pero el patrón debía protegerlo.

-No podían demandarse recíprocamente en juicio.

-El cliente tenía derecho a tener fortuna propia.

-El patrón tenía el derecho a heredar a su cliente y exigirle ciertas prestaciones para dotar a la hija, pagar impuestos extraordinarios, pagar gastos del culto.

-Por disposiciones de la Ley de las XII Tablas se castigaba al patrono cuando violaba sus obligaciones respecto del cliente, se lo podía declarar sacer (su cabeza quedaba consagrada a los dioses, por lo que cualquiera podía darle muerte).

## G) El contrato de hospitalidad

Si bien en cuanto a los extranjeros se distinguía aquellos que pertenecían a los pueblos con los cuales Roma guardaba buenas relaciones diplomáticas (*hostis*), de aquellos extranjeros que pertenecían a los pueblos con los cuales Roma estaba en permanente estado de guerra (*perduellis*, denominación que luego fue usada para los reos que habían cometido crímenes de lesa majestad). Con el paso del tiempo se usó la denominación de *hostis* para designar a todo extranjero sin distinciones.

Los contratos de hospitalidad consistían en un convenio entre un extranjero y un ciudadano, por el cual el primero se ponía bajo la protección del segundo y la de Júpiter Hospitales.

Se llevaba a cabo por medio de una *sponsio*, se hacía en una tabula hospitales, generalmente de bronce. Podían ser de dos clases:

- 1) *Hospicium Publicum*: Era el que celebraba Roma con otros estados o ciudades, el ciudadano romano defendía los intereses del huésped si no lo hacía era considerado sacrílego, cuando llegaba Roma se le tenía que dar una habitación amoblada, había que alimentarlo y cuidarlo si se enfermaba además de enterrarlo si moría. Generalmente el huésped viajaba a Roma para defender sus intereses en un pleito legal.
- 2) *Hospicium Privatum*: Solo se podía celebrar con aquellos extranjeros que tuvieran una ciudadanía cierta en otro país, no con aquellos que habían roto relaciones con su patria de origen, en ese caso se transformaban en clientes de un patrono ciudadano romano, lo defendía y lo asesoraba en todos los juicios que tenía, caso contrario se lo castigaba severamente, hay poca diferencia entre los contratos de hostilidad y de clientela. La condición de *hospitium* se transmitía hereditariamente, siempre y cuando las partes no renunciaran a llevarlo a cabo.

## H) La organización política primitiva

Había tres órganos esenciales: el rex, la asamblea popular y el senado.

- 1) El Rey: Los siete reyes romanos fueron:
  - a) Rómulo, el fundador de Roma, Numa Pompilio: que organizó el culto;
  - b) Numa Pompilio: organizador del culto.
  - c) Tulio Hostilio: destruye Alba Longa;
  - d) Anco Marcio: Al crear el Puerto de Hostia permite que Roma tenga una salida al mar;
  - e) Tarquino el Antiguo: construyó obras: la cloaca máxima, el Foro, el Circo, manda hacer muchos monumentos, entre otras obras; (de origen etrusco).
  - f) Servio Tulio; hijo adoptivo del anterior, nacido de una esclava que lo sucede cuando es asesinado (de origen etrusco).
  - g) Tarquino el Soberbio (de origen etrusco).
  
- 2) El *interrex*: Había un *interrex* o senador nombrado que convocaba a los comicios *curiados* (integrados por los jefes de las gentes o *patres*) y proponía un candidato que los comicios aprobaban. El Rey era el general del ejército en tiempos de guerras, nombraba funcionarios en la administración del Estado. Tenía facultades en el orden religioso que eran concedidas por los comicios *curiados*.

## III. La asamblea popular

- 1) Primera clase de comicios: Comicios por curias
  - Denominada también comicios *curiados* en las épocas más antiguas, estaba compuesta por tres tribus, cada una se dividía en diez curias, siendo un total de treinta curias.
  - Convocadas por el rey o subsidiariamente por el *interrex*.
  - Se realizaban los días 24 de marzo y 24 de mayo, aunque en casos de urgencia el rey podía convocarlos;

- El rey hacía la *rogatio* y el pueblo aprobaba o rechazaba sin discutirla, cada curia tenía un voto, la mayoría estaba formada por dieciséis curias. Se reunían en la parte del foro llamada *comitium*, para deliberar debían estar favorecidos por los auspicios.
- Para tener fuerza de ley debía ser ratificada por el senado.
- El principal asunto que debían resolver era la elección del rey y de diversos asuntos políticos.
- En tiempos de la República la presidencia de los comicios *curiados* le corresponde al Pontífice Máximo, pero la puede ejercer el cónsul, disminuyen sus atribuciones y se conserva el *Imperium* y la autorización para testar.
- Antes de votar, dentro de cada curia se hacía una votación para saber la opinión de la mayoría.
- Las leyes sancionadas se denominaban leyes *curiadas*, quedaban perfeccionadas con la *auctoritas patrum* o sanción del Senado.

## 2) Segunda clase de comicios: Comicios por centurias

Aparecieron como consecuencia de la reforma de Servio Tulio que dividió al pueblo en centurias, cada una de ellas tenía un voto, comenzaba la votación por las 18 centurias de caballeros y siguiendo por el de la primera y las otras clases; si los caballeros y la primera clase votaban en igual sentido ya tenían más de la mitad de los votos y la elección estaba decidida.

- a) En tiempos de la monarquía convocar a estos comicios era una atribución del rey, eran reuniones que se hacían en el campo de Marte con carácter militar.

Con atribuciones distintas a la de los comicios *curiados*, declaraban la guerra, actuaban en los delitos de alta traición, comparten la elección del rey con los *curiados* con el paso del tiempo, siempre con el *Imperium* de ésta última clase de comicios.



b) En tiempos de la República estos comicios

-Eran convocados por un magistrado que tenía *Imperium*, como los cónsules o los magistrados que los reemplazaban;

-los comicios judiciales podían ser presididos por el Pretor y los electorales, si estaba vacante el consulado por el *interrex*. -Sus atribuciones eran: elegir cónsules y demás funcionarios, votar las leyes, declarar la guerra, decidir la paz, conocer las causas criminales, la *provocatio ad populum* o apelaciones a las sentencias que importaban castigo corporal o la muerte.

c) Reformas

Estos comicios fueron reformados en el siglo III a.C. el número de centurias fue de 373 había aumentado a 35 el número de Tribus y cada una tenía 10 centurias, se le sumaban las 18 centurias de caballeros y los cinco de ingenieros y músicos. No estuvo en manos de los caballeros y de la primera clase decidir la votación, para lo cual debían votar por lo menos las tres primeras clases. Se determinó que las votaciones no debían empezar por las centurias de caballeros, sino por aquella centuria de la primera clase que le tocara (centuria *praerrogativa*).

3) Tercera clase de comicios: Los Comicios por Tribus

La reforma de Servio Tulio dio origen a una clase según el domicilio; la reforma había dividido a la ciudad en cuatro tribus urbanas: Suburbana, Esquiliana, Collina, Palatina; la parte no comprendida de la ciudad se dividió en tribus rústicas, al principio fueron 16 y más tarde 35. El nombre de las Tribus rústicas estaba dado por el nombre de la ciudad en que se hallaban: Falerina, o por los nombres de las viejas gentes como la Cornelia.

La diferencia entre los conciliábulos y los comicios por tribus, es que estos últimos estaban presididos por un magistrado patricio. Tenían a su cargo la elección de los magistrados menores y los miembros de los colegios sacerdotales. Los comicios centuriados se

dedicaban a declarar la guerra y ya no ejercían otras potestades, los principales órganos legislativos fueron los comicios por Tribus.

#### **IV. El senado**

Al principio fue la Asamblea de Ancianos, que tenía función de cuerpo consultivo. El primitivo senado romano fue la representación de la gens compuesta por cien senadores, en tiempos de Tarquino el Antiguo aumentó a trescientos. Al principio los jefes de las gens integraban el senado. Luego eran elegidos por el *Rex*, por lo tanto el rey debía ser un patricio.

- 1) Atribuciones
- b) Preparaba las leyes que sometían a los comicios curiados, las confirmaba por medio de la *auctoritas patrum*;
- c) Entendía en asuntos religiosos, políticos, internacionales que afectaban a la seguridad del Estado, en estos casos era obligatorio que el Rey consultara al Senado y en la declaración de guerra su voto era decisivo. Los senadores también ejercían funciones de *interrex* en caso de vacancia real, no pudiendo permanecer en el cargo más de cinco días. Si no se había elegido rey, le sucedía otro senador, la designación del primer *interrex* se hacía por sorteo y éste designaba al que lo sucedería.

#### **V. Alcance de las Reformas de Servio Tulio**

La tradición atribuye a Servio Tulio haber introducido en Roma la nueva constitución de clases y centurias. El interés radicaba en que los patricios querían que fueran incorporados a las filas del ejército los plebeyos, existía esa necesidad. La nueva división del pueblo se basaba en su fortuna y no en su origen, tanto los patricios como los plebeyos ingresaban al ejército, debían pagar impuestos, también intervenían en la sanción de las leyes. Creó geográfica y administrativamente 4 tribus urbanas y 16 rústicas, que con el paso del tiempo

aumentaron a 35. Se estableció el censo, había obligación de declarar bajo juramento la fortuna que el declarante tenía, el nombre y edad de su mujer e hijos; quién no se censaba se castigaba con la esclavitud y sus bienes eran confiscados, las declaraciones realizadas en un censo se inscribían en un registro (*caput*) que debía renovarse cada cinco años. Para medir la riqueza se toman en cuenta los ases, si bien es cierto que Servio Tulio creó el *aes signatum*, que era una barra de metal con una marca, no es posible que haya sido una moneda acuñada, pues no existió como tal sino en la época de los decenviros.

La división en clases y números de centurias era:

CLASES	RIQUEZA	Nº DE CENTURIAS
Caballeros	Census Maximus	18
1º clase	100.000 ases	80
2º clase	75.000 ases	20
3º clase	50.000 ases	20
4º clase	25.000 ases	20
5º clase	11.000 ases	30
Obreros, carpinteros y armeros ( <i>tignarii et aerarii</i> )		2
Músicos ( <i>Proletarii et cornecines</i> ) Proletarii et <i>capite censi</i>		2 1
		Total..... 193

Tito Livio refería el número de centurias en 194, ya que hay que agregar una de accensi *velati*, llamados también desvestidos ya que cuando moría alguien en combate los sustituían poniéndose las ropas del difunto. Los *proletarii* y los *capite censi* no prestaban servicio militar alguno, los ciudadanos que tenían menos de mil quinientos ases estaban exentos del impuesto.

Cada una de las clases estaba dividida en igual número de centurias de *seniores*; eran los que tenían de 46 a 60 años de edad; y juniore; éstos últimos eran los ciudadanos de 18 a 46 años.

La centuria era una verdadera unidad política, representaba un voto en los comicios y de ésta manera entre la clase de los caballeros y la primera ya tenían mayoría, ya que eran 98 contra 95, eran la base de la organización militar, el ejército se dividía en dos contingentes: el de los juniore que luchaban en campo abierto y el de los *seniores* que tenían a su cargo la defensa de la ciudad. Los plebeyos podían llegar a ser oficiales, centuriones y tribunos militares.

## VI. Los Colegios Sacerdotales

Pontífices, sus atribuciones; calendario, interpretación La tradición atribuye la creación de los pontífices a Numa, ya que era el sacerdote máximo, pero el caso de que como rey estuviere ausente, surgió la necesidad de nombrar sacerdotes y no pudiera hacer sacrificios.

- Las funciones de sacerdote eran de carácter vitalicio.

- Al principio el colegio se componía de tres miembros y luego de cinco.

- Dentro del Colegio estaban los pontífices máximos, que eran elegidos por el rey; y los pontífices menores que eran elegidos por el colegio.

- Las vestales dependían del colegio de los pontífices.

- Velaban por el cumplimiento general del culto, con atribuciones en el campo político y de la vida civil ya que era una época que lo religioso regía a lo jurídico.

- Los pontífices tenían a su cargo la confección del calendario, porque guardaban los secretos de las medidas y de los números.

- la determinación de los días fastos y nefastos tuvieron importancia en la realización de los actos privados.

- Las *legis actionis* no podían celebrarse un día nefasto, prohibición válida para actos entre particulares, podía ocurrir que en un mismo día un acto era nefasto a la mañana y fasto a la tarde.

- Con la publicación que realizó *Cneo Flavio* de las fórmulas procesales y la publicación de los días fastos y nefastos, los pontífices perdieron el monopolio que hicieron de la ley.
- El Pontífice Máximo debía consignar los principales acontecimientos del año en una especie de tabla blanca que exponía en su casa, así quedaban confeccionados los *Annales Maximi*, obra que era consultada por los historiadores.
- Los plebeyos no podían ser elegidos pontífices.
- Abolida la monarquía el colegio eligió libremente a sus miembros, los patricios así tenían más poder político.
- Los plebeyos consiguieron entrar al colegio por medio de la Ley *Olunia*, había 8 miembros, la mitad patricios y la mitad plebeyos.
- El Pontífice máximo era elegido por los comicios por tribus.
- La Dictadura de Sila elevó a 15 el número de miembros.
- En el Imperio el Emperador era el Pontífice Máximo, y quién proponía los miembros al colegio.

### 1) Los Augures

Eran los que se encargaban de realizar los auspicios, se trataba de la respuesta favorable que podían dar los dioses ante una consulta que se les formulaba previo a celebrarse un acto, para saber si éste era o no válido. Los augurios podían ser señales del cielo, el grito y vuelo de las aves, el apetito o inapetencia de los pollos sagrados, las posiciones de los mamíferos y reptiles y por los acontecimientos imprevistos o extraordinarios.

Existieron desde los orígenes de la Ciudad de Roma, había augures oficiales y particulares, contaban con mucho poder porque podían suspender en cualquier momento las asambleas populares, anular la elección de los magistrados o dejar si efecto una resolución tomada sobre cualquier asunto de la vida de un Estado, en el caso de que los auspicios fueran desfavorables. Los magistrados consultaban a los augures oficiales, su cargo era vitalicio y no perdían por cometer delitos ya que ellos guardaban el secreto de la República.

Al principio solo fueron augures los patricios, con el paso del tiempo lo fueron los plebeyos, usaban dos clases de libros: el de rituales en el que se indicaba el ceremonial y el libro de comentarios, en el cual se resumían los principios fijados por la ciencia augural. Fueron suprimidos por el Emperador Teodosio.

## 2) Los feciales y otros colegios

Los Feciales eran magistrados que tenían carácter religioso, representaban al pueblo en la vida pública internacional. Tenían funciones políticas, judiciales y religiosas, controlaban el cumplimiento de los tratados; la guerra debía ser justa, legítima y legal, siempre y cuando se cumplieran con los ritos feciales, si se consideraba que eran necesario ir a la guerra, una comisión integrada por cuatro miembros y presidida por un *pater paratrus* desde la frontera lanzaba una lanza ensangrentada o una flecha y de ésta manera se iniciaba la guerra. Para preparar los tratados de paz se designaba dos feciales, el *ius feciale* se referían a las inmunidades que tenían en Roma los embajadores extranjeros, la extradición, la declaración de guerra y la paz.

El colegio de los feciales estaba integrado por veinte miembros que al principio eran designados por la curias, posteriormente, los plebeyos podían integrarlo. Tenía un presidente llamado *Magister Fetralum*. Además de los mencionados existían el de los II *Viri Sacrorum*, que tenían a su cargo los libros sibilinos (después de XV *Viri SacrisFaciundis*) y los III *Viri*, más tarde VII *ViriEpulonum*, ayudantes de los pontífices en los festines sagrados.

## VII. Las Luchas entre patricios y plebeyos: causas y consecuencias

A continuación se mostraran los diversos aspectos que plantearon controversias entre las distintas clases sociales en Roma, se tratará de determinar su origen, desarrollo y consecuencias, para entender a la vez la evolución de las instituciones jurídicas, sin incurrir en detalles exhaustivos de éstas últimas.

a) La división más importante de la sociedad desde los orígenes:

Los Patricios y Plebeyos

Marcó uno de los hitos más importantes de la sociedad romana, En los primeros siglos era impensable que patricios y plebeyos tuvieran un mismo rango social. Si bien se hacía la distinción entre las “gentes” o clanes de patricios y las familias plebeyas, no integradas en principio a ésta organización gentilicia. Tito Livio vinculaba su pertenencia a las gentes con la posesión de los auspicia, mientras que consideraban a los plebeyos como simples *terrae filii*, y en cambio Aulo Gelio se refería a la plebe como la parte de la ciudadanía no incluida en las gentes patricias.

Mientras tanto el patricio es el hombre rico, poderoso, guerrero, magistrado, cónsul, sacerdote, pater, agricultor, comerciante, plagado de la idiosincrasia romana.

Si bien la salida de los reyes de la que luego se hará referencia no significó la expulsión de los etruscos, sí marcó un cambio institucional: el advenimiento de la aristocracia a las magistraturas y Asambleas. Los primeros colegios de magistrados incluyen nombres etruscos y plebeyos, pero luego un sector monopoliza el poder a partir del año 485 a. c. también el sacerdocio y las magistraturas, son los patricios.

La concepción romana según la cual *Plebei gentes non habent*, o sea, los plebeyos no estaban excluidos de las gentes.

La búsqueda de conquistas sociales por parte de la clientela y su oposición al patriciado.

Se hará una breve referencia histórica para la comprensión de cómo se fueron originando las mismas:

El primer Rey se caracterizó por lo siguiente:

-quiso aumentar su poder y liberarse del senado,

-contó con el apoyo de las clases inferiores,

finalmente fue asesinado

La aristocracia quiso abolir la realeza, el *populus* se opuso a ser gobernado solo por patres.

Entonces los patricios proponen:

- elección por el senado
- apoyo de la asamblea patricia de las curias
- apoyo a los augures patricios

En éstas condiciones fue elegido el segundo rey: Numa (que era el que convenía al patriciado), era más jefe religioso que político.

El tercer Rey:

- Combinó ambas funciones la religiosa y la política;
- fue guerrero, quiso debilitar la religión
- Recibe en Roma a muchos extranjeros (que eran excluidos por la religión), y habitó con ellos en el Monte Celio;
- Distribuye tierras entre los plebeyos
- Es Acusado por los patricios de descuidar, alterar y modificar los ritos, como consecuencia de ir en contra del patriciado muere asesinado.

El Senado recupera autoridad y elige al cuarto Rey, Anco: siempre conveniente su actuación a los intereses de los patricios.

El quinto Rey, Tarquino:

- llega al poder con ayuda de las clases inferiores
- enemigo de las antiguas familias, crea nuevos patricios
- poco religioso, incrédulo de los augures;
- altera la constitución religiosa de la comunidad

Cuando Roma Extiende sus fronteras una de las consecuencias fue la existencia de una gran cantidad de extranjeros dominados que aumentaron el número de la plebe no clientes, así comienzan las luchas por la conquista del reconocimiento de sus derechos. No tenían cargas públicas ni la administración de la ciudad. Tarquino el Antiguo fue el primero que intenta solucionar la desigualdad, y quiere crear tres tribus nuevas compuestas de plebeyos, pero la oposición del Augur Navius, no le permitió cumplir con éste objetivo, conservándose entonces la antigua estructura de las tres tribus y de



las treinta curias, pero aumenta el número de plebeyos que las podían integrar que incorporadas a los patricios se llamaron menores gentes.

El sexto Rey:

- Se apodera de la realeza por sorpresa;
- El senado no lo reconoce como rey legítimo;
- Concede a las clases inferiores tierras, puestos en el ejército y en la ciudad;
- Muere degollado.
- Se establece entonces una lucha social entre la aristocracia y los reyes, éstos últimos era apoyados por la plebe y los clientes, que eran las clases más numerosas. La Aristocracia se veía atacada por sus clientes.
- En el año 466 con la llegada de Servio Tulio, ya deja de existir la antigua organización patricia surgida de la distinción en tres tribus primitivas y de los comicios por curias, crea una nueva división del pueblo fundada en el origen de la fortuna de sus miembros y abarcaba a toda la población, así se llamó a los plebeyos a concurrir al servicio militar y a cumplir con las cargas impositivas
- La decisión votada en los comicios por centurias, *lex curiata* no era obligatoria hasta que no fuera aprobada por el senado (*auctoritas patrum*), de éste modo se veía el poder del patriciado, ya que las 18 centurias de caballeros y las ochenta centurias de la primera clase estaban integradas por la parte más pudiente de Roma.

El séptimo rey es el segundo Tarquino: Hace todo el daño que puede a los patricios; luego ausente de Roma él y su ejército, la ciudad está en poder momentáneo de los patricios: El Prefecto de la ciudad: el Patricio Lucrecio, que tenía el poder civil en ausencia del rey; y El Jefe la caballería: El Patricio Junio, que tenía el poder militar después del rey.

Ambos preparan la insurrección y se reúnen en la Villa de Cola-cia, el pueblo se subleva por incitación de éstos y van a la ciudad de

Roma que también se subleva. De ésta manera es destituido Tarquino y su consecuencia la abolición de la realeza.

Durante los años que siguieron a la expulsión de los reyes el poder de la aristocracia fue absoluto. Solo el patricio ejercía funciones sacerdotales en la ciudad, no se suprimió la asamblea por centurias a la que no tenían acceso los plebeyos.

- Las clases inferiores no tardan en reconocer su importancia, surgen rivalidades de los jefes de familias para debilitarse recíprocamente, junto a otros factores que se dan a lo largo del tiempo la familia agnaticia y la primogenitura se diluyen en su conformación interna produciéndose modificaciones que llevaron a la reducción de los lazos familiares, y de a poco surgieron los vínculos cognativos.

b) Mejoras en las condiciones de la clientela como consecuencia de su emancipación

En lo que respecta a la clientela, era una cuestión necesaria la recíproca necesidad que el pobre tiene del rico y el rico del pobre, esto creó a los servidores o esclavos son lo mismo en este régimen de dominación. Se concibe que el principio de un servicio libre y voluntario pudiendo cesar a capricho de su servidor (si bien el amo le podía dar la libertad, no salía por ello de la familia). Por otra parte, la religión doméstica no permite que la familia admita a un extraño. Es necesario que el servidor venga a ser por cualquier medio, miembro y parte integrante de la familia. Hay una iniciación del recién venido al culto doméstico. Tenía que permanecer en ella sino era castigado. Con el nombre de liberto o cliente se establecían las relaciones de patronato de carácter hereditario. Así se formó en el seno de la familia cierto número de pequeñas familias clientes y subordinada.

La clientela y el plebeyado son dos grupos distintos que están en estado de sumisión; Los clientes eran numerosos veían una sociedad y leyes que los excluía, aparece el sentimiento de clase y buscan la libertad, los amos se sintieron presionados y debieron ceder; así poco a poco ya no creen legítima su autoridad, la confunde o acaba

con renunciar a ella, la clase inferior era útil, por lo tanto había que satisfacer los reclamos, y la condición de los clientes mejoró poco a poco. Al principio vivían en la casa del amo cultivando el suelo, que no cultivó para el amo sino para sí mismo, con la condición de un censo, al aprovechar los cultivos su vida fue más libre, así convertido en poseedor sin poder ser propietario, era una práctica común del sometimiento de clase.

De a poco consiguió las siguientes ventajas:

- Más tarde se convierte en propietario accidental del lote con tal de que contribuya con todos los gastos que incumben a su antiguo dueño;
- Tenía la obligación de pagar el rescate a su patrono, la dote de su hija o las multas judiciales;
- El cliente transmite a su hijo lo que tiene al morir;
- Si no deja hijos puede testar;
- Lentamente se distanció del patrono.

Servio Tulio reformó el ejército en beneficio de los clientes; en el año 472 a. c. el número de clientes era considerable, la plebe se quejaba de que en los sufragios en los comicios por centurias los clientes apoyaban los intereses del patriciado. Es en la misma época que la plebe se negó a alistarse por eso los patricios recurrieron para esa tarea a la clientela. En el año 372 quedaban muy pocos clientes, que se fusionaron con el plebeyado.

c) Otro cambio de gran importancia: El surgimiento de una nueva organización social, repercusiones

Los cambios anteriores establecieron dos clases bien diferenciadas; la aristocracia y el resto de la población. A la vez el pueblo era muy numeroso sin jefe ni organización, pero poco a poco la clase inferior tiende a mejorar, la tierra ya no satisfacía completamente sus necesidades, se le da importancia a lo bello y al lujo, florecen las artes, la industria, el comercio, el acuñamiento de la moneda significó que no estaba sometida a las mismas condiciones que la propiedad de la

tierra, el hecho de que pasara de mano en mano sin ningún tipo de formas hacía que llegara a los plebeyos, por eso se forma en la población una clase rica.

Pero tuvo que pasar mucho tiempo para que la familia plebeya encendiera un fuego sagrado de la misma manera que lo hacía la patricia, también accedió a, los templos de la ciudad, pero no ejercía el culto doméstico.

La clase superior no podía permitir esta intromisión del resto de la población, a lo que ésta se vio obligada a levantar templos propios, así sobre el Aventino el templo consagrado a Diana.

Por la situación en la que se encontraba Roma con respecto a los latinos, sabinos y etruscos la condenaba a una constante guerra por lo que los reyes convocaban a los extranjeros, sin fijarse el origen, así acrecentaban el número de plebeyos, el cliente que lograba separarse de la gens se convertía el plebeyo. El patricio que cometía matrimonio desigual o cometía una falta que implicaba degradación, caía en la clase inferior.

Los reyes siempre se apoyaron en la plebe por lo que ésta última y la nobleza se vieron con los mismos enemigos, los patricios. Así se establecieron alianzas tácitas. ¿Cuáles eran los motivos por los cuales la nobleza no estaba unida al patriciado? Si bien era un patriciado amplio comprendía además de patricios verdaderos, aquellos plebeyos que han salido del patriciado, y aquellos otros que a los patricios se equiparan por los cargos públicos que ocupan, el noble que por medio de la emancipación o separación hubiere dejado de pertenecer a la familia perdía sus derechos de nobleza, pero conservaba su nombre familiar y además seguía siendo un hombre 'conocido' (nobilis). También designó a los plebeyos que conforme a la Ley Licinnia, lograban ocupar puestos públicos reservados hasta entonces a los patricios. No tiene los privilegios jurídicos que al patriciado pertenecen.

Recién durante el reinado de Servio se vieron los progresos de la plebe; su primera reforma fue dar tierras no del *ager romanus*, sino de las conquistadas al enemigo, publicó leyes referidas a obligaciones

que el plebeyo podía contraer con el patricio. La plebe fue admitida en las nuevas tribus, el plebeyo celebraba sus fiestas religiosas como las celebraba el patricio los sacrificios de su gens y su curia. El pueblo ya no se ordenó por curias, todos los hombres libres de Roma que formaban parte de las tribus nuevas.

Sin embargo la plebe viéndose en la situación de inferioridad en la que se encontraban decidió salir de Roma, fueron al Monte Sacro, fuera de los límites de Roma, así los patricios convivieron con los clientes que les servían, pero a la plebe la necesitaban.

En el año 260 los plebeyos salen de Roma y van al Monte Aventino, así negocia con los patricios la admisión de dos magistrados plebeyos: los tribuni plebis, son declarados inviolables y con un derecho de veto dentro de Roma y en un radio no superior a una milla de la ciudad, en cuanto a las decisiones de los magistrados, de los cónsules y del senado.

Ello no significó la concesión de derechos a la plebe, solo se había establecido la inviolabilidad de los tribunos -ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris no cuisset, eius caput iovi sacrorum esset, familia ad aedem cereris liberi liberaeque venum ire- (Lex Valeria Horatia, año 449).

Así los tribunos reunían a la plebe en asambleas, para deliberar y votar las decisiones llamadas plebiscitos, obligatorias para ellos, no asistían a ellas los patricios. Luego los tribunos convocaron a los plebeyos sobre el foro según el domicilio de ellos o sea por tribus, así en el año 283 aproximadamente los magistrados patricios en vez de reunir al pueblo por centurias sobre el campo de Marte, los convocaron por tribus sobre el foro, aparecen entonces los comicios por tribus, la unidad del voto en estas nuevas asambleas era la tribu, con mayoría plebeya. Luego obtiene del patriciado una ley fija conocida y aplicada a todos por igual, fue la ley de las XII tablas.

Los Tribunos por su cuenta empiezan a convocar a la plebe, como no tenían participación en el senado empiezan a sentarse en la puerta de la sala, luego en el interior (si el tribuno entraba al senado nadie

podía hacerlo salir), no tenían derecho a juzgar a los patricios pero lo hacían incluso los condenaban, una vez iniciada la asamblea nadie la podía disolver. Si bien la nueva normativa fue un avance importante, los plebeyos seguían excluidos de las magistraturas y no podían contraer matrimonio civil con los patricios, fue hasta que en el año 309 aproximadamente el tribuno Canuleyo, consigue que se vote la Lex Canuleia, consiguiéndose así el triunfo de la plebe en cuanto a que se permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos.

### **VIII. Nueva etapa de reorganización de la sociedad**

De trescientas familias patricias que había en tiempos de los reyes, luego de las continuas guerras no quedan más que un tercio de ellas, también exterminó a la plebe primitiva, después de la conquista de Samnio.

Sin embargo persistieron las desigualdades el desarrollo del comercio fue en beneficio del rico, en cuanto a las industrias todos los trabajadores eran esclavos, los ricos tenían en sus casas talleres para tejedores, cinceladores, armeros, todos esclavos.

La situación anterior a los Gracos se caracterizó en general por la explotación descontrolada de las provincias e incluso de los países sometidos por los gobernadores y los publicanos. Éstos operaban con plena libertad y sus abusos quedaban impunes. En cuanto a Roma se encontraba dividida en tres bandos: el de la nobleza o familias senatoriales (oligarquía gubernamental); el de los caballeros dedicados a actividades comerciales y hombres de negocios en general que poseían bienes muebles y formaban parte de las sociedades de publicanos, y el popular, formado por el proletariado urbano y rural.

En el campo agrícola el hecho de acudir al servicio militar ocasionaba la ruina de la pequeña o media propiedad, aun cuando en los últimos tiempos de la república hubo jornaleros y arrendatarios agrícolas, decae el cultivo cerealero, los campos son abandonados por quienes tiene pocos recursos para asentarse en Roma y aumentar el número de la plebe, crecen las actividades comerciales y el tráfico de

dinero, también el de esclavos; la exportación de Roma era deficitaria. Con las operaciones de dinero aumenta el número de extranjeros y las compañías de publicanos, pero lo más rentable era el préstamo dinerario cuya tasa de interés oscilaba del 12 al 48 por ciento aproximadamente.

A medida que iban extendiéndose los territorios como consecuencia de las conquistas, los territorios de las poblaciones vencidas pasaban a formar parte del *ager publicus* (Estado Romano), pero se hizo la siguiente distinción: mientras que las tierras cultivadas se enajenaron en beneficio de los particulares, respecto de las tierras incultas se permitió que los ciudadanos ocupen las extensiones de tierra que fueran necesarias para cultivarlas a cambio de pagarle al Estado un censo, para justificar el derecho no de propiedad, sino posesorio, protegido por el pretor, se transmitía hereditariamente y con derechos similares a los de propiedad. Este derecho solo lo tuvieron los patricios, así al ocupar mayores extensiones dejaban sin tierras a los más pobres, tenían la totalidad del *ager publicus*, los suelos eran cultivados por esclavos o clientes a los cuales les hacían concesiones revocables, de los suelos no sacaban ningún provecho lo que generó una gran reticencia y rebelión de la clase más perjudicada. La intervención de los tribunos dio lugar a las leyes agrarias, una de las primeras La ley Licinia (año 378) limitó el número de fanegas del *ager publicus*, para que todos los ciudadanos pudieran poseer distribuyendo las tierras más igualitariamente, sin embargo el dominio de las grandes extensiones la seguían teniendo las clases más pudientes.

La situación era de una fuerte crisis económica, años de malas cosechas documentadas durante el s. V a. c, la economía artesanal y el comercio romano se vieron frenados por el declive etrusco que siguió a la expulsión de Tarquino y a la caída de la monarquía, se vieron privados de sus mercados tradicionales, años de hambre, epidemias, problemas en el abastecimiento de granos, etc. Esto no fue padecido por toda la sociedad, sino por algunos sectores; el empobrecimiento de la plebe rústica ligada a la explotación de la tierra, frente al

enriquecimiento de las grandes familias proletarias y el peso de las deudas contraídas por la plebe urbana dedicada al comercio frente al despegue económico de una minoría plebeya, que ganaba privilegios políticos.

A mediados del s. VII, entraron en vigencia otras leyes agrarias, las posesiones se transformaron en propiedades privadas pagándose al estado un censo, para ser distribuido entre los más pobres, luego cayó en desuso.

En el siglo III, las consecuencias del agrandamiento de extensiones territoriales, las disputas entre la vieja y al nueva nobleza de navieros, banqueros e industriales; el proletariado y los itálicos ansiosos de la ciudadanía romana, provocan una crisis política, social y económica, el surgimiento de una poderosa clase capitalista significó la pérdida del poder de la clase senatorial y casi extinción de los sectores más relegados como el campesinado.

## **IX. La Labor de los Gracos**

El Tribuno Tiberio Graco para el año 133 a. c. se propuso poner término a la crisis agrícola, restituyendo al mismo tiempo a las legiones y el comercio el vigor que siempre le proporcionaron los pequeños propietarios rústicos, quiso re-establecer a una norma que limitaba a quinientas yugadas la extensión del ager publicus que podía ocupar y poseer un particular. Dicho límite había sido ampliamente pasado con el acaparamiento de tierras por parte de la nobleza, el tribuno proponía la adición de 250 yugadas por cada hijo y disponiendo que el terreno así recuperado por el Estado se distribuye en pequeños lotes inalienables entre los plebeyos, esa recuperación y distribución debía ser llevada a cabo por una comisión especial integrada por 3 miembros, denominados tresviri agris dandis adsignandis iudicandis. La nobilitas manifestó su oposición en el encargo dado a otro Tribuno C. Octavio de oponer la intercessio a la propuesta de Tiberio, convirtiendo de éste modo el problema agrario en problema constitucional.



Una vez que fue aprobada, la Ley agraria también quedó aceptada por el comicio, pero Tiberio fue asesinado.

Cayo Graco Tribuno en el año 12, mientras promulgaba un nuevo modelo de la ley Agraria tendiente a evitar los obstáculos que había encontrado Tiberio, además propuso la creación de colonias tanto dentro como fuera de Italia, éstas propuestas molestaron a la nobilitas. El plan en parte de Cayo Graco disminuía el poder de los nobles, combatía la demagogia al favorecer la nueva aristocracia de caballeros, como medida temporal introdujo el sistema de las públicas rumentationes, distribuciones gratuitas o a bajo precio de trigo que debía transformarse en uno de los principales motivos para que ese pueblo persistiese en la vida ociosa que llevaba en la ciudad con perjuicio del necesario trabajo de los campos; vio el problema político que planteaba la excesiva limitación de la ciudadanía, que se vio agravado, por la aplicación de la ley Agraria, en cuanto a que por ella los aliados de Roma se veían privados como los demás de las fracciones del *ager publicus* usurpadas y excluidas al mismo tiempo de las nuevas distribuciones de los terrenos recuperados. No atreviéndose a conceder de golpe o proponer la concesión de la ciudadanía a todos los aliados itálicos, dio un primer paso con la proposición de concederla a los latinos, ofreciendo a las restantes ciudades de Italia el *ius suffragii* del que ya gozaban los latinos, consistente en poder participar en la asambleas, ésta propuesta encontró la oposición de todas las clases sociales interesadas en conservar el privilegio de la ciudadanía. Poco después en el año 121 la nobleza encontró el modo de suprimir aprovechándose de un tumulto callejero preparado y fomentado fue asesinado.

Luego de la muerte de Cayo, se levantó la prohibición de enajenar tierras entregadas, con las cuales los dos hermanos pretendieron vincular a ellas a los beneficiarios y quizá también prohibiera que continuaren las operaciones de recuperación del *ager publicus* ilegalmente ocupado. Unos años más tarde una nueva ley Agraria, debida al Tribuno S. P. Torio (que quizá sea la misma del año 111) estableció

un impuesto que recaía sobre la plebe. Hacia el año 109, se dio una nueva reglamentación a ésta materia con la abolición del vectigal.

Las asignaciones de tierra se repitieron algunos decenios más tarde, pero con una finalidad completamente distinta; como premio a los veteranos y como medio empleado por los generales victoriosos para procurarse la adhesión de sus soldados, acrecentando su futuro poder personal.

El agotamiento de la pequeña propiedad rústica, aún cuando un tanto contenida por los Gracos, impedía que pudiesen ser reclutados únicamente entre los campesinos propietarios los soldados necesarios para las guerras.

El consejero de Mario L. Apuleio Saturnino, quería extender la ciudadanía a los itálicos, no prosperó. Por hallarse domiciliados en Roma muchos italianos de las otras ciudades y poder presionar de cerca de los organismos políticos para que concediesen a sus ciudadanos el mismo trato que a los romanos. Para atajar esas pretensiones se dio en el año 95 una Ley Consular (La Ley Licinnia Mucia), en la que se reafirmaba la diferencia entre ciudadanos y forasteros y se llevaba a la categoría de delito público el actuar como ciudadano sin serlo, lejos de conseguir el resultado esperado ésta actitud irritó más a los itálicos. Para suavizar asperezas un Tribuno M. Livio Druso hijo, presentó una ley que había satisfecho los deseos de los socii desencadenó una guerra. Por una Ley Julia del año 90 se declararon ciudadanos a los latinos y se prometía la misma a cuantas ciudades aún no habían intervenido en la lucha, por lo cual hasta que la Ley Plucia Papiria del año 89 garantizó esta concesión a todos los italianos que lo pidieron en un plazo de 60 días, fue necesario sostener una larga y cruenta guerra para dominar a los samnitas entre quienes de nuevo se había despertado el odio contra la ciudad dominadora, igual ponen límites a los derechos concedidos tan a la fuerza, reduciendo el número de tribus a los nuevos ciudadanos (primero en 2, después en 8 nuevas a agregarse a las 35 ya existentes) a fin de limitarles el derecho electoral .

Las consecuencias de la Leyes Agrarias fueron las desposesiones violentas o clandestinas, por otro lado los patronos querían recuperar las tierras que les habían dado a los clientes a título de precario, pero éstos se opusieron a restituirlas, al no haber protección del derecho civil fue necesaria la intervención del pretor ya que la situación de caos como consecuencia de lo expuesto se había generalizado.

En cuanto al acceso a las magistraturas, en los primeros tiempos de la República los plebeyos eran electores, no elegidos pero en virtud de las Leyes Licinias del año 367 a. C. se determina que al menos cinco de los cónsules debían ser plebeyos.

## **X. Los Decenviros**

Se crearon ante la presión plebeya por leyes escritas, era una magistratura de carácter extraordinario y hubo dos *decemviratos*, el primero va desde el año 451 a. c. hasta el año 450 a. c. y el segundo desde al año 450 hasta el año 449 a. c.

Para poder ser instituidos se precisó que los tribunos de la plebe y los cónsules delegaran sus funciones a favor de los decenviros legislativos que en su primer ciclo estaba compuesto por patricios y sancionaron las diez primeras tablas fueron sancionados por un decenvirato compuesto por ocho patricios y 2 plebeyos que en el año 449 a. c. se quería perpetuar en el poder, trataron de reemplazar a las instituciones por otra de carácter autoritaria lo que significaba la pérdida de los derechos que la plebe fue adquiriendo pero son derribados por un golpe militar, ya que ésta se retira nuevamente al monte Aventino, y se restituyen los cónsules nuevamente en sus cargos.

## **XI. El Tribunado Militar con Potestad Consular**

Las razones y circunstancias de las instituciones del tribunado son muy oscuras, los historiadores refieren al año 445. a. c. su origen. Los patricios ante la presión plebeya autorizan la creación de tribunos militares con potestad cónsul de funciones similares a las del consu-

lado al que los plebeyos no podían acceder ya que estaba reservado a los patricios. Un Tribuno *Canuleio* solicitó esta partición del poder consular, pero los patricios se reservaron para sí el consulado con sus caracteres esenciales sin ningún tipo de modificación y le daban a la plebe una pro- magistratura con los mismos poderes.

#### Leyes Anteriores

Cabe destacar que hubo dos leyes anteriores que contribuyeron a la sanción de la *Lex Hortensia*:

- 1) La *Lex Valeria Horatia*: Estipula que los plebiscitos tendrían fuerza de ley a condición de ser ratificadas por el senado en virtud de su *auctoritas patrum* (449 a. c.).
- 2) La *Lex Publilia Philonis*: Modifica lo dispuesto por la *Lex Valeria Horatia*, estableciendo que la intervención del senado en lugar de ser consecutiva pasaría a ser previa, es decir que la presentación de los plebiscitos al voto popular no podría hacerse más con la autorización expresa del senado. Recordemos que anteriormente a ésta ley los plebiscitos se votaban en los concilia *plebis* primero y luego se sometían a la *auctoritas patrum* del senado para su aprobación.

## XII. La Política de Apio Claudius

Éste político se enrolaba en la lista de los patricios de derecha, enemigo de la nobleza patricio- plebeya, pero lo más importante de este hombre de política es su aptitud para resolver las divergencias políticas entre las dos facciones políticamente adversas mencionadas. Apio *Claudius* trabajó para erradicar las noblezas patricios- plebeyas que se habían adueñado de todas las instituciones por más de medio siglo. Reforma el senado excluyendo a miembros muy poderosos y poniendo senadores de la derecha patricia para restarle poder a los patricios plebeyos.

Con respecto a los comicios tribados se redistribuye a los clases relegadas, en 35 tribus rústicas con el fin de desplazar a la mayoría patricio- plebeya en favor de los patricios de derecha, ésta postura ha

generado conflictos con la nobleza. No fueron modificados los comicios por centurias.

### **XIII. Las fuentes del derecho en el período real.**

#### **Las *mores maiorum*. Las Pretendidas Leyes Regias.**

##### ***Ius Papirianum*.**

Una de las primeras fuentes del derecho, del período monárquico fue la costumbre o *mores maiorum*: podemos definir a ésta como el conjunto de actos constantes y reiterados realizados por los miembros de una comunidad con el fin de establecer reglas a los fines de ser cumplidas. Eran las costumbres de los antepasados, que se transmitían oralmente de generación en generación, por eso a la costumbre se la llama también Mores, de *Mos*= antepasados.

#### Las Leyes Regias y el *Ius Papirianum*

Otra de las fuentes del derecho fueron las Leyes Regias, eran normas que se consideraban como leyes reales. Algunos consideran que son aproximadamente 20, otros 50. Se discutía si eran los comicios curiados los que sancionaban esas leyes, se encuentran en la Recopilación realizada por Papirio, denominada *Ius Papirianum*. Algunos consideran que se trata de una falsificación. No se sabe bien si el *ius papirianum* se limitaba al derecho pontifical o se extendía a todo el derecho civil romano. Algunas de las Leyes Regias tienen conexión con el derecho privado, como las que tratan la relación del cliente con su patrono y los derechos de los jefes de familia. No duraron mucho tiempo, se presumen fueron abolidas cuando los reyes fueron expulsados por la Ley Tribunicia.

### **XIV. La República. Características de la nueva organización política. La Magistraturas. EL senado**

Durante la época monárquica era una reunión de jefes de las gentes, elegidos por el rey y actuaban como un cuerpo consultivos, en

tiempos de la República era una asamblea de ciudadanos pero no de cualquier ciudadano sino de aquellos que habían sido magistrados que tenían preparación en asuntos del Estado.

Además de ser un romano del Estado, se caracterizaba por su prestigio moral quienes se encargaban de éste último aspecto eran los censores en el ejercicio de sus atribuciones.

#### A) Su Composición

En la época monárquica estaba compuesta por 300 miembros, Sila lo duplicó a 600 senadores ya que les atribuyó otras funciones como la de jurados en la administración de justicia.

César lo aumentó a 900 y Antonio a 1000, Augusto disminuyó su número a 600.

En cuanto a la integración por parte de los patricios a éstos se los denominó *Patres* mientras que a los plebeyos que integraban el senado se los denominó *conscripti*, ocupaban en cuanto a la emisión del voto un lugar secundario. En ésta época al principio era requisito para ser senador que el postulante fuera patricio, luego fue suprimido para que fueran elegidos los plebeyos, había que tener por lo menos 46 años, ser ciudadano romano o sea que solo los *seniores* podían serlo, había que ser ingenuo, no haber ejercido alguna profesión considerada “indecorosa”, se dejaban de lado a los comerciantes, tener fortuna (mínimamente 800000 *sestercios*), no haber gozado de infamia, la edad mínima establecida por la *Lex Villia* en la edad de 27 años que luego se elevó a 30 años.

En tiempos de la monarquía los elegía el rex, luego los elegían los cónsules y después los tribunos militares y decenviros, también lo hizo el Dictador. La elección se producía en período de vacancia.

Con la *Lex Ovinia* del año 442 privó a los magistrados de la *Lectio Senatus* dándosela a los censores, se les permite a los ex magistrados curules ingresar al senado, luego ingresan los ediles plebeyos, luego los tribunos de la plebe y por último los cuestores.

Se necesitaba del consenso de los censores ya que podían impedir que ingresen aquellos que no fueran dignos, si así fuera los dos censores dejaban constancia de los motivos en las notas censorias. La *Lectio senatus* se hacía con el censo de modo que los senadores electos duraban cinco años, había un listado que se depuraba en esos períodos, para ello se tenía en cuenta a:

- a) Los ex magistrados curules
- b) Los ex magistrados no curules: ediles de la plebe, tribunos y cuestores.
- c) Senadores que no hubiesen sido magistrados.

Los patricios senadores tenían prioridad sobre los plebeyos, los que tenían más antigüedad en las magistraturas y los de mayor edad. El que encabezaba la lista senatorial tenía el nombre de *princeps senatus*, primero lo fue el censor patricio más antiguo, luego el requisito era que solo haya sido censor, en tiempos de Sila era llamado *Princeps* porque era el primero en ser interrogado en las sesiones, también representaba al senado cuando había que defender sus intereses e intervenía cuando había conflictos entre sus miembros.

Los senadores perdieron la *lectio* en tiempos de dictaduras. Luego los senadores eran elegidos cuando los comicios elegían a los magistrados. Los senadores usaban el anillo de oro, la túnica laticlavia con una franja color púrpura, en los juegos públicos usaban la toga *praetexta*.

## B) Su Funcionamiento

Radicaba en las siguientes funciones:

*-Ius vocandi et referendi*: Era cuando los magistrados sometían al senado algún asunto para que lo decidan y el derecho de convocarlo (dictadores, cónsules, pretores, tribunos de la plebe, interrex y Prefecto de la Ciudad, fue adquirida por los plebeyos por la *Lex Publilia Philonis*.

*-ius cum patribus agendi*: El derecho de presidir el senado.

El magistrado que lo convocaba tenía la presidencia en esa reunión.

La convocatoria se hacía por medio de edictos o avisos realizados en el domicilio de cada senador, cuando terminaba una reunión se les daba aviso para la reunión siguiente con indicación del lugar y día de la reunión se realizaba cuando comenzaban a ejercer las funciones públicas los magistrados.

La asistencia era obligatoria, se imponía una multa a los que no concurrían, por lo general se reunían en Roma.

Desde los primeros tiempos se reunían los días de los comicios, ya que los magistrados supremos debían concurrir a ambas reuniones, rara vez se hacían de noche, las sesiones podían ser ordinarias o extraordinarias, en tiempos de Augusto el senado debía reunirse en las calendas y en los idus de cada mes.

El quórum variaba según los asuntos que se trataran. Antes de empezar la sesión se debía sacrificar un animal sin dejar de consultar a los auspicios, el Presidente determinaba el orden de los asuntos dándose prioridad a lo religioso, comunicándose cuestiones de interés público, las sesiones pasan por cuatro períodos pero se podían reducir a dos cuando había asuntos que no se trataban.

### C) Partes de las sesiones

La sesión comenzaba con la *relatio*. La exposición de la cuestión podía ser hecha por otra persona como un embajador, por ejemplo. La misma era de carácter informativo y objetivo no se formulaba ninguna propuesta, pero si bien, a veces esto no se cumplía, ante una propuesta y la aprobación de los senadores se votaba por *discessio-nem*.

Luego seguía con la *interrogatio* y exposición de opiniones, si había algún senador que quería se tratase algún asunto el presidente le pedía la opinión a los restantes, respetándose el orden que figuraba en el álbum el primero en hablar era el *princeps senatus*.

Cada senador hacía uso de la palabra una sola vez, con limitación temporal para que todos pudieran hablar y se hiciera la votación en el día.



Cuando se hacían las sesiones las puertas del recinto debían estar abiertas, el público no podía ingresar, a veces debían salir los empleados y las sesiones eran secretas lo que se resolvía era un *senatus consultum tacitum*.

Luego seguía la ordenación de las proposiciones presentadas, tenía que ser hecha por el presidente.

Por último venía la votación, se reunía a los votantes a favor y a los votantes en contra, el voto era público ya no se admitía el voto secreto, nadie quedaba obligado por su opinión ni por su voto ya que podía cambiar de parecer, los acuerdos se hacían por unanimidad o por mayoría, luego el Presidente decía cuál era el resultado de la votación y daba por terminada la sesión, en caso de empate se lo asimilaba a un voto negativo.

#### D) Sus atribuciones

Ejercía el *interregnum*, siempre que los comicios no hubiesen designado a los cónsules, los *interreges* eran elegidos entre los senadores curules patricios, intervenían en asuntos religiosos, ejercían la inspección de la religión y del culto con el fin de preservar antiguas creencias, nacionalización de religiones extranjeras o prohibir cultos no autorizados, administraban las propiedades del Estado, aprobaban las sumas que debían entregarse a los censores para la realización del censo, las que se destinaban a los trabajos públicos y del ejército, también podía haber gastos extraordinarios, decretaban impuestos y aumentos de tasas. Tenían competencia para crear una magistratura extraordinaria o una ordinaria no permanente, por ejemplo la Dictadura pero el nombramiento debía ser hecho por el cónsul, decidían en el año si elegían cónsules o tribunos consulares con potestad militar.

Tenían competencia para evitar conflictos, también podían resolver los también podían resolver los que se planteaban entre magistrados, establecían que provincias le tocaban a los cuestores y pretores, era conciliador entre los magistrados, podía licenciar al ejército, determinaba la cantidad de departamentos militares. En cuanto a

sus competencias dictaba reglamentaciones de policía, convocaba a participar del ejército, podía decretar que se suspenda la exención al servicio militar o la cesación de un negocio público o privado, daban instrucciones al jefe del ejército, intervenía en la dirección de la guerra por medio de senadores de confianza a los que agregaba como comisarios permanentes a los jefes del ejército, si bien no tenían competencia militar ni civil tomaban parte en todos los consejos de guerra, luego el senado perdió ésta facultad, le daba al general victorioso el título de *Imperator*, tenía competencia en las negociaciones preparatorias cuando éstas tenían lugar de Estado a Estado, en el último tiempo de la República llegó el Senado a celebrar tratados internacionales, comunicándolo previamente al jefe del ejército. Cuando el jefe del ejército celebraba un acuerdo necesitaba de la ratificación del senado.

Establecía el *tributum*, esto es la contribución, determinaba las condiciones para la *possessio* del *ager publicus*, también determinaba la acuñación de la moneda dentro de Roma, fiscalizaba la enajenación de los bienes del Estado a título oneroso y gratuito. En materia religiosa el Senado dirigía las actividades religiosas relacionadas con el interés político del Estado, autorizaba nuevos cultos y nuevos templos.

#### E) La *Auctoritas Patrum*

*Auctoritas* proviene de *augere* cuyo significado es aumentar, se aumentaban los requisitos que necesitaba una sanción del pueblo para llegar a ser ley.

La *auctoritas* era ejercida por el Senado ante el *populus*, sancionaba con su autoridad las decisiones del pueblo, les daba carácter legal y obligatorio. Se denominó *patrum auctoritas* a la posibilidad de rever lo decidido por los comicios. La necesitaban tanto los comicios *centuriados* como los *curiados* y en para los comicios por tribus con la *Lex Valeria Horatia* del año 449, estableciéndose que los plebiscitos tuvieran fuerza de ley cuando fueran aprobados por los patres; la

*Lex Publilia Philonis*-año 339- determinó que la *auctoritas patrum* procediese de una *rogatio*, en vez de seguir el acuerdo del pueblo cuando se tratase de leyes y plebiscitos. Más tarde con la influencia del helenismo, y habiéndose dejado de lado las antiguas creencias, se perdió la necesidad de aplicar la *patrum auctoritas*, así aumentó el poder de los comicios y el Senado a su vez hizo recurrir mucho a él, anulando con cualquier pretexto actos comiciales hasta que finalmente la *Lex Hortensia*-año 286 a.C., a partir de ésta última ley tuvo menos importancia ya que eliminaba la posibilidad de que fuera convalidada por el senado las leyes votadas por los comicios *tribados* y para los plebiscitos.

Sila le devolvió ésta posibilidad a los plebiscitos, hasta que fue derogada por Pompeyo.

Para los acuerdos la necesidad de autorización previa fue decayendo en la práctica, en algunos casos se exigía en otros no, se hacía un consulta al senado cuyo acuerdo era obligatorio *-senatus consultum-*.

Los últimos siglos de la República, el Senado no pudo anular los acuerdos del pueblo una vez tomados, salvo cuando se tratase de una inspección en los asuntos del culto, se invitaba a los magistrados elegidos a abdicar o a declarar que el acuerdo no debía considerarse obligatorio por no reunió las condiciones establecidas por ley.

#### F) El *Senatus Consultum*

En los actos ordinarios los magistrados no consultaban al Senado, el magistrado tenía *imperium* propio para realizarlo por sí y ante sí, no tenía, por tanto, obligación de solicitarlo al Senado.

Cuando se trataba de actos extraordinarios debía consultar al Senado antes de llevarlos a cabo, así lo imponía la costumbre, si bien al principio en los primeros tiempos la fuerza de los dictámenes era solo consultiva, con el paso del tiempo y a medida que la sociedad se complejiza, en la práctica se convirtieron en obligatorios, el magistrado tenía un gran prestigio mientras que los magistrados en sus

cargos anuales no se atrevían a contrariar lo dispuesto por éstos, además que éstos (el Senado) disponían de medios para presionar a los magistrados rebeldes como lo era negarle fondos públicos, apelar a los tribunos para que interpusieran su veto, por mencionar algunas.

Los acuerdos del Senado que no estaban intercedidos recibían el nombre de Senadoconsultos, ni bien terminaba la sesión se escribían los acuerdos, la redacción la hacía el presidente con alguno de los senadores que habían estado presentes para que actuaran como testigos, durante el desarrollo de las sesiones las opiniones se iban redactando y se pasaban al Presidente, luego se hacía en forma privada la redacción final.

a) Las partes de un senadoconsulto

La redacción del senadoconsulto estaba compuesta por:

- 1.- Un Preámbulo con los nombres de los cónsules en el poder, el del magistrado consultante y la fecha de la consulta y del acuerdo;
- 2.-La *Relatio*, seguida a veces por una exposición de motivos;
- 3.-La Sentencia o decisión del Senado: D.e.r.i.c. (De e aita censuere), el término *censuere* indica que no había sido vetado.

Redactados los Senadoconsultos se depositaban en el *aerarium Saturni*, se hacía en tiempos de la República para que tuviera fuerza obligatoria, se publicaban solo en casos excepcionales. César más tarde dispuso que era obligatoria la publicación, debiendo ser transcrito por los escribas, con la vigilancia de los cuestores del escrito original, en el año 449 a. de J.C. se permitió a los ediles de la plebe obtener una copia oficial de los senadoconsultos para depositarlas en sus archivos.

b) *Senatus Auctoritas*

La decisión del Senado que fue intercedida por un magistrado competente no tiene fuerza legal ejecutoria, a esto se denomina un Senado *Auctoritas*. Se redactaba un texto de la misma manera que un senadoconsulto, traía el nombre de los magistrados que la habían vetado, se guardaban en los archivos del magistrado relator.

Durante mucho tiempo la *patruum auctoritas* fue la ratificación subsiguiente del veto de un pueblo tenía más fuerza que el senado-consulta administrativo, al principio era una decisión objeto de un veto, pero luego cambió su significado siendo la aprobación previa al voto popular (el significado de la palabra *auctoritas* tuvo distintos significados según su evolución).

La *patruum auctoritas* autoriza al magistrado a someter un proyecto de ley al voto de los comicios, como el Senado Consulta manda a ejecutar una orden administrativa, éstas últimas pueden ser puestas en ejecución por los magistrados competentes, mientras que el proyecto legislativo que obtuvo la *patruum auctoritas* no puede ser ejecutada en virtud de esa *auctoritas*, ya que necesita ser ratificada por el voto del pueblo.

La Ley Julia de *senatu habendu* denominó *senatus auctoritas* a todas las decisiones del senado desprovistas de fuerza legal ya sea por estar vetada o por no haberse cumplido algunas de las formalidades establecidas por ley para confeccionarse los senadoconsultos.

## **XV. El origen de la República**

No se han encontrado fuentes que tengan rigor científico por las cuales se puedan determinar las cuestiones que motivaron el origen de la República, por eso se recurre a la historia de Lucrecia que era una noble romana, casada con Tarquino Colatino.

Éste se encontró en una fiesta con Sexto Tarquino (hijo de Tarquino el Soberbio, el último rey de Roma) y sus compañeros. Se discutió acerca de cuál de las mujeres que se encontraban allí era la más virtuosa, el triunfo de Lucrecia provocó la furia de Sexto, quién partió hacia Roma y la violó. Lucrecia luego de denunciar el crimen a su marido y a su padre se suicidó, por no poder soportar el conocimiento público de su agravio. Tarquino Colatino y su primo hermano *Iunio* Bruto expusieron el cadáver de Lucrecia durante varios días ante el pueblo. La reacción fue el enojo que terminó con la destitución del rey Tarquino el Soberbio, que se encontraba fuera de

Roma y asumieron el poder Tarquino Colatino y Junio Bruto, desechando de ésta manera la forma monárquica. Así el rey Tarquino el soberbio cayó en el año 509 a. c y con él la monarquía.

## **XVI. Luchas de Clases sociales: El Tribuno de la Plebe**

Los patricios con el fin de seguir consolidándose como clase dominante, deciden hacer concesiones con los plebeyos, así el Cónsul Valerio, propuso en el año 509 a.C. la *Lex Valeria Horatia de Provo-catione*, por la cual todo ciudadano tenía el derecho de apelar ante el pueblo reunido en comicios *centuriados* de las sentencias de muerte pronunciadas por los cónsules, los plebeyos de a poco empiezan a recibir concesiones, los plebeyos ricos formaron una plutocracia que fue admitida en el senado.

Luego de un tiempo, los patricios le pidieron a los plebeyos que abandonasen las tierras concedidas por Servio Tulio, a causa de las guerras se endeudaron con los préstamos a tasas de intereses altas, si no pagaban se recurría al *nexum*, quedando los deudores insolventes en una situación similar al esclavo desde el punto de vista práctico.

Las disputas entre ambos grupos eran políticas y económicas, por un lado la negativa a que los plebeyos participen de las instituciones radicaba en no participaban del sacrificio ni del sacerdocio, por eso no podía ser jurídicamente iguales a los patricios. Por otro lado la rebelión de la plebe porque se les imponía la *manus* en las ejecuciones de las deudas dinerarias habiendo al respecto muchos abusos cuyos reclamos fueron desestimados. Cuando los volscos invaden territorios romanos les piden ayuda a los plebeyos y éstos se niegan, para frenar ésta situación. Servilio suspende la aplicación de la prisión por deudas, negociándose que una vez terminada la guerra se iban a atender sus reclamos no llegándose pues, a ningún resultado a favor de los intereses de la plebe.

Los Patricios necesitaban de los plebeyos que les sirvieran como soldados, y la plebe no tenía sacerdotes, magistrados ni leyes, entre otros acuerdos se creaban dos Tribunos de la Plebe, que luego aumen-

taron a cinco y más tarde a diez. Tenían como función proteger a la plebe y nombrar dos ediles, los tribunos eran inviolables y tenían en derecho de veto (*intercessio*), para proteger a la plebe, éstos tribunos era elegidos en los comicios por curias y ellos podían desechar a los candidatos que no les convenían. Se convirtieron en jefes de la plebe, tenían sus asambleas denominadas *Concilia Plebis* cuyos acuerdos obligaban a la plebe, a éstos se los denominaban plebiscito; mientras que la normativa que regía a los patricios eran los senadoconsultos, se eliminó ésta diferencia con los *Comitia Tributa*.

Seguían siendo excluidos de las distribución de las tierras del *ager publicus*, los patricios interpretaban las *mores maiorum* arbitrariamente para aplicarlas a sus relaciones con los plebeyos como mejor les convenía, lograr frenar todas éstas cuestiones aunque sea en parte con la sanción de la ley de las XII Tablas. Se había establecido que mientras durase el decenvirato quedaba en suspenso el tribunado y el consulado, los decenviros instigados por *Appio Claudio* no renunciaron a la espera de poder restablecer el consulado y eliminar al Tribuno. Mientras tanto fue asesinado un tribuno de la plebe y el atentado de *Appio Claudio* en contra de *Virgina* hija de un ex tribuno hicieron que la plebe se revelara y se instalara en el Monte Aventino, pero la guerra civil que se estaba gestando se dejó sin efecto cuando se restablecieron el Consulado, el Tribunado y la Apelación del Pueblo.

Los cónsules *Valerio* y *Horatio* lograron que se apruebe una ley por la cual los plebiscitos, obligaban a los patricios siempre que tuviesen la *auctoritas patrum*. También se concedió la administración de los fondos militares a dos patricios elegidos por los plebeyos, se permitió que los tribunos tengan voz en el senado y que puedan consultar los auspicios; se llega a la igualdad civil con la *Lex Canuleia* por la cual se deroga la prohibición del matrimonio entre ambas clases, la plebe aspiraba también al consulado, sin embargo se llegó a un acuerdo por el cual se erigirán seis tribunos militares con potestad consular, algunos de los cuales podían elegirse entre los plebeyos, para evitar que los plebeyos lleguen al consulado, se le sacan a éste

cargo las atribuciones de carácter religioso, creándose magistraturas como la censura.

Solo a los plebeyos ricos les interesaba acceder a las magistraturas, ya que a los que eran pobres solo le interesaban las ventajas económicas. Cuando era Tribuno *Licinnio Stolo* junto a Lucio Sexto Laterano, propuso la sanción de tres leyes: las dos primeras de índole económica y una tercera por la cual abolía el Tribunado militar y se restablecía el consulado, siendo uno de los cónsules plebeyos, *Licinnio* pidió que las leyes fueran votadas en bloque y fueron aprobadas las tres. Los patricios se negaron a darles la *auctoritas patrum*, sin importarle a los plebeyos ésta cuestión deciden nombrar cónsul a Lucio Sexto, después de diez años aceptaron éste hecho, luego se acordó que los plebeyos podían ocupar dos puestos de cónsules.

De a poco también la plebe llegó a la edilidad curul, dictadura, censura y pretura. Para que los plebiscitos tuvieran fuerza de ley se llegó a la *Tertia secessio plebis* en *Janiculum*, con la sanción de la *Lex Hortensia* y la *Lex Publilia Philonis*, por la cuales se estableció que no es necesaria la *auctoritas patrum*. Pese a la negativa patricia de que los plebeyos ocupen cargos religiosos, se les concedió el *ius auspiciorum* a los Tribunos de la Plebe. Más tarde la *Lex Ogulnia* permite que participen en el pontificado.

Participaron al igual que los patricios en el reparto del *ager publicus*, en cuanto a los préstamos dinerarios consiguió reducción de las tasas de intereses del diez al cinco por ciento hasta que fue suprimido jurídicamente pero en la práctica había un interés del doce por ciento. La *Lex Poetelia Papiria* de *Nexis* abolió la *manus iniectio*.

La sanción de las leyes *Licinnia* y la fundación de las colonias proporcionaron a los proletarios una cierta cantidad de tierras para cultivar, pero la situación cambió con una grave crisis agrícola que hizo bajar el valor de las tierras a una décima parte.

Los patricios aprovecharon para comprar las tierras y sustituyeron a los colonos libres por esclavos, ante ésta situación Cayo Lelio propone devolver todas las tierras al Estado para que se haga nuevamente el re-



parto, Publio Cornelio Escipión Emiliano, el senador Appio Claudio se interesaban por la situación de los agricultores. La reforma de Tiberio Sempronio Graco, logró la sanción de la ley Sempronia, cuando muere asesinado la continúa su hermano Cayo que también fue asesinado, apareció la lucha entre optimates o aristocráticos y los populares.

Dentro del estado romano se veía como una amenaza para algunos y como una ventajosa posibilidad para otros la formación de un estado paralelo, la agitación creciente de un proletariado urbano hace que la plebe se retire al monte Sacro y así se erige un nuevo Estado dentro de Roma con magistrados propios, dioses y centro administrativo político además de Asamblea propia, esto sucede en el año 494 a. C. El estado ante la secesión plebeya decide “conceder a la plebe magistraturas especiales e inviolables encargadas de defenderla contra los cónsules y excluyendo a los patricios de ésta función”.

El cónsul *Cassius* le dedica un templo a la plebe en el Monte Aventino. Cabe destacar la noción de la *Lex Sacrata*, la producirse una leva, obliga a prestar juramento que los exponen a la venganza de los dioses en caso de desobediencia, una ley de éste tipo fue la que instituyó a los tribunos. En síntesis la plebe se retira en armas, ante la impotencia para hacer valer sus reivindicaciones por la vía legal, se da su propio derecho que solo obliga a la plebe, se presta un juramento militar en virtud del cual se consideraba sacer a cualquiera de sus miembros y contra cualquiera que atentase contra la inviolabilidad de los tribunos sería condenado a tal castigo.

Los Tribunos eran dos contra *consulare imperium* para oponerse a los dos cónsules. Los consulares gozaban de auxilio e *intercessio* que eran facultades para la defensa de la plebe contra las decisiones de los cónsules, a la vez se encontraban los ediles plebeyos que gozaban de la inviolabilidad sacro santa.

En síntesis, la plebe se forjó sus irresistibles armas, que al legalizarse los patricios logran neutralizar y se crea por la Ley *Ycilia* de *Cornelia Plebis* cuya existencia fue reconocida y que se transformaron en los comicios por tribus.

## **XVII. Organización política de la República: Las magistraturas**

La magistratura es un cargo público, por elección y en representación del pueblo romano.

Durante la monarquía estaban el *rex* y el *interrex* que era el que lo sustituía, eran los únicos representantes del pueblo.

### **a) Creación en la República**

El Sistema de magistraturas fue creado con la República con características muy diferentes a las del período monárquico, ya que son temporales, colegiadas y electivas. La primera en crearse en el año 509 a. c fue la de los cónsules, las demás comenzaron su existencia paulatinamente.

La expansión político- militar del Estado y el objetivo de poner límites a los poderes de los magistrados en frente de los ciudadanos produjo se dividieron las atribuciones de los cónsules, que habían empezado como magistraturas patricias y después fueron a la vez plebeyas. También se dieron circunstancias de carácter especial por las cuales fue necesario crear algunas magistraturas de carácter extraordinario y transitorio.

#### **Sus características**

- 1) **Colegiadas:** Porque los magistrados eran dos o más, ejercían sus funciones alternativamente, cada uno de ellos estaba investido de los poderes inherentes a su magistratura y tenía el derecho de ejercitarlos. La potestad de cada colega era la misma y en todo momento podía ejercer sus poderes en su totalidad aún cuando ello significara invadir la esfera de acción de su colega, se les dio a los magistrados el derecho de impedir la ejecución de las decisiones de sus colegas mediante el derecho de intersección o veto. La misma facultad tenía el Tribuno de la plebe con relación a los demás magistrados, excepto el Dictador, la posibilidad de intersección entre los colegas los mantenía unidos.

- 2) Limitadas: En cuanto al ejercicio del poder, en tiempos de la República se llegó a una división de hecho de los poderes entre los magistrados, de modo que, en caso de conflictos entre ellos, la magistratura superior prevalecía sobre la otra. Ningún magistrado podía invadir la esfera de acción de otro, por el principio de la independencia que dio origen a la división de la competencia. Si bien el poder de cada magistrado era ilimitado en realidad estaba limitado al poder de otro magistrado
- 3) Electivas: En tiempos de la monarquía había una selección realizada por el Senado, y luego por los comicios.
- 4) Anuales: Todas tenían ésta característica a excepción del Dictador, cuando asumía el cargo duraba en sus funciones seis meses; otra excepción eran los censores quienes eran elegidos cada cinco años y debían cumplir con sus tareas en el plazo de dieciocho meses, el resto del período era ejercido por el cónsul o por un magistrado designado al efecto por el Senado.
- 5) Gratuitas: El ejercicio de la magistratura era un honor y no se percibía por ella remuneración alguna.
- 6) Responsabilidad: todos los magistrados con excepción del dictador rendían al *populus* por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, éstos eran objeto de análisis, y de castigo cuando finalizaba en el cargo, se hacía la acusación de los denunciantes y la defensa del magistrado.

Cuando terminaban el ejercicio de sus funciones, en caso de haber obrado mal, podían ser acusados por actos ilegales o llevar a cabo actos contrarios a los intereses del Estado, cesaban cuando se les cumplía el mandato o cuando renunciaban.

## b) Divisiones

Las magistraturas se podían dividir en:

- 1) Ordinarias: Son aquellas que se desarrollan en períodos normales de la ciudad; consulado, pretura, censura, cuestura, edil curul.
- 2) Extraordinarias: Son aquellas que se desarrollan según circunstancias especiales, no se desarrollan periódicamente como las anteriores: son la dictadura, el decenvirato, triunvirato, etc.
- 3) Patricias: si se extendía a todo el pueblo
- 4) Plebeyas: se extendía a la plebe. Ésta distinción desaparece cuando se consagra la igualdad política.
- 5) Magistraturas cum imperio: tenían suprema potestad militar, convocaba a los comicios por centurias, consultaba al senado. Eran la Dictadura y el Tribunado militar con potestad consular entre las extraordinarias y el consulado y la pretura entre las ordinarias. Estos magistrados estaban acompañados por lictores que llevaba fascas, significaba que carecían del derecho de imponer una pena capital dentro de la ciudad.
- 6) Magistraturas sine imperio
- 7) magistrados mayores: Eran elegidos por los comicios por centurias y hacían los auspicios correspondientes, ellos eran. El dictador, el cónsul, pretor, edil curul, etc. Cuando ellos hacían los auspicios los demás magistrados no podían hacerlos.
- 8) magistrados menores
- 9) magistrados curules: usaban la silla curul como símbolo de la jurisdicción
- 10) magistrados no curules: se sentaban en el banco de los plebeyos, ellos eran los censores y los ediles patricios.

### c) El *cursus honorum*

Ésta significaba ésta expresión que cualquier ciudadano romano ingenuo, y teniendo la edad acorde para ello estaba habilitado legalmente para acceder a las magistraturas.

El Tribuno L. *Villius*, en el año 180 a.J.C. hizo sancionar una ley por la cual se establecía la anualidad en el ejercicio de las magistraturas y la edad acorde a la misma. Con la dictadura de Sila se dictó la Ley *Cornelia de Magistratibus* en que se modifica lo dispuesto por la *Lex Villia Annalis* para el desempeño de la cuestura, debía tener 40 años para la Pretura y 43 para el consulado. Para postularse en los comicios como candidato la cuestura, se exigía como requisito haber hecho el servicio militar durante diez años consecutivos, pudiendo entrar en el ejército a los 17 años.

A los 27 años podía ser Tribuno Militar, recién en esa instancia podía presentarse como candidato a la cuestura, a la que podía llegar por lo menos a los 28 años, pero la Ley Sila señaló los 30 años.

Quién había desempeñado la cuestura y era patricio, podía ser candidato para la pretura, pero había que dejar un espacio temporal de dos años.

Se podía ser cónsul a los 43 años, pero entre uno y otro consulado debían mediar por lo menos 10 años.

El eje central del *cursus honorum* era la cuestura, la pretura y el consulado; pero luego de la cuestura y antes de la pretura, aparece la edilidad curul, que no era escalón necesario para la gestión del *cursus honorum*.

Quién se postulaba para ésta magistratura se presentaba ante el pueblo y pedía que lo voten, se presentaba ante el magistrado que iba a presidir el comicio para manifestarle su condición y poder figurar en las listas electorales como candidato (*professionominis*). En caso de que el censor o magistrado que presidiese el comicio le manifestaba su condición de infame, quedaba fuera de carrera, en caso de que fuera aprobado, reunía a sus agentes electorales a buscar votos.

La elección tenía lugar por mayoría de votos, el elegido y proclamado presidente de los comicios adquiría la *potestas* que correspondía a la magistratura respectiva, para obtener el *imperium* se necesitaba una *lex curiata* de imperio, dada por los comicios curiados.

#### d) *Imperium* y *Potestas*

La *Potestas* era el poder de administrar los intereses públicos en nombre del pueblo, y la tenían todos los magistrados, de ella se derivaban:

- 1) El *ius edicendi*: o derecho de dirigirse por escrito ante el pueblo por medio de los edictos, que eran válidos mientras durase la potestad del magistrado que los publicaba.
- 2) El *Ius Contionem Habendi*: o derecho de convocar al pueblo a reuniones (*contiones*) se dirigía a ellos y permitía que las personas asistentes hablaran, cada magistrado tenía una potestad especial según sus funciones.

El *Imperium* era el antiguo poder de los reyes, que fue modificado por las leyes, o sea el poder sobre la persona y hacienda de los ciudadanos. El *Imperium domi* era el ejercicio dentro de la ciudad y 1.000 pasos a su alrededor; *Imperium militiae* era el ejercicio fuera de esos límites. Los magistrados con *imperium* eran los que dirigían las guerras y celebraban los tratados de paz, siendo éstos después considerados por el pueblo, disponían del poder y podían usar el título de *Imperator*.

El verdadero *imperium* solo pertenecía a esos magistrados que heredaron el poder real en virtud de una ley curiada, es decir a los cónsules, al dictador, a los tribunos militares con potestad consular y al pretor, pero nada se oponía a que el pueblo pudiese otorgarlo extraordinariamente, y en su caso particular a otros magistrados.

Los magistrados con *imperium* podían imponer la obediencia al ejercicio de sus atribuciones (*ius coercionis*), de éste derecho derivan: el derecho a la imposición de multas –*ius multae dictionis*; el derecho a tomar una prenda –*ius pignoris capionis*; y el derecho de

detener y encarcelar a un individuo-*ius prensionis*-. Su jurisdicción militar se halla limitada por la *provocatio ad populum*.

Los magistrados ya sean *cum potestas* o *cum imperium*, tenían el derecho de convocar y tratar con el pueblo y el senado -*ius agendi cum populo et cum patribus*. También tienen el *ius auspiciorum* o facultad de explorar la voluntad de los dioses.

La exteriorización del imperio se hacía por medio de los lictores.

Los lictores que llevaban las fasces eran los que tenían funciones subalternas; las fasces estaban formadas por varas de olmo unidas con dos o tres ataduras, el hecho que llevaban fuera de Roma, simbolizaba el derecho de vida y muerte-*ius vital necisque*- y las ramas: el derecho de castigar en lo civil, judicial y administrativo (*ius verberationis*).

## e) Funciones de cada magistratura

### 1) El Dictador

Pasados diez años de establecida la República, se produjo una temible rebelión de los partidarios del destronado Tarquino, mientras que por otro lado los plebeyos se negaron a tomar las armas y hacerles frente porque hasta que no les perdonasen las deudas y los intereses de usura que pretendían cobrarles los patricios. Ante la gravedad de los hechos que acontecían Tito Larcio propuso establecer un magistrado extraordinario que, asumiendo todos los poderes durante un plazo resolviese la cuestión, se aceptó así y en el año 253 se dictó la Ley de *Dictatore*, por la que se creó ésta magistratura siendo quién la propuso el que la desempeñaría, su duración no sería demás de seis meses y era de carácter extraordinario.

Al principio era elegido entre los patricios en los comicios curiados, después se podían elegir a los plebeyos, hasta que el Dictador era nombrado por uno de los cónsules a pedido del Senado, el nombrado recibía el *imperium* de los comicios curiados. César fue designado dictador Perpetuo, título que fue suprimido por la Ley Antonia.

El poder del Dictador era el que tenían los antiguos reyes, ya que era superior al de los cónsules, tenían el *sumuum imperium*, tenía

doble carácter de magistrado y general, mandaba en Roma y en el ejército, durante su mando cesaban las demás magistraturas excepto el Tribuno de la Plebe.

Podía imponer penas como el destierro, los azotes o la muerte, no era necesario el consentimiento del pueblo, designaba a su auxiliar el magister *equitum* (jefe de caballería). El dictador estaba acompañado por 24 lictores.

No podía disponer del tesoro público sin previa autorización del pueblo: no podía salir de Italia, debía rendir cuentas de todos sus actos cuando terminaba sus funciones.

Los tribunos no podían interponer la *intercessio* o sea el veto.

Se distinguían dos clases de dictaduras:

- *Dictador Optima Legge Creatus*-con máximo derecho-, se nombraban *belli gerendi causa* o *seditionis causa* tenía entre otras funciones la de declarar la guerra y dirigirla o derrocar una rebelión interna.

- Dictator *Inminuto Iure* (de derechos más delimitados). Nombrados para determinados actos religiosos, administrativos y judiciales, con autoridad solamente para llevar a cabo el acto para el cual había sido designado.

Con el tiempo la dictadura se convirtió, en un arma de lucha del patriciado en contra de los plebeyos. El último Dictador fue Servilio Geminio. Si bien Sila y César se hicieron conferir el título de dictador perpetuo, pero eran anómalas y preparatorias para la transición al Imperio.

## 2) El cónsul

Después de la expulsión de los reyes se nombraron dos cónsules, pero a los fines de evitar el goce de un pleno poder se estableció que sus sentencias fueran apeladas, a los efectos de no imponerles penas capitales a los ciudadanos romanos sin que esté de acuerdo el *populus*, limitándose por lo tanto dicho poder a que sean llevados a una cárcel pública. Los Cónsules fueron Junio Bruto y Lucio Tarquino, su función era aconsejar. Sus sentencias no se podían apelar, al principio luego se limitó ésta prohibición por la Ley Valeria, por la cual



se dispuso que no pudieran condenar a pena capital como ya se dijo. Aumentaron el número de cónsules de cien a trescientos.

Debido a que los cónsules no podían aplicarla a la pena capital se designan los *Quaestores paricidii* de los que hace mención la ley de las XII Tablas quiénes sí podían aplicar dicha pena.

A raíz de las disputas que había entre la plebe y los senadores, ya que los primeros pretendían que sea nombrado cónsul algún plebeyo, ante la negativa del senado decidió nombrarse a los Tribunos Militares algunos de sus miembros eran de la plebe y otros eran patricios, tenían poderes consulares, eran aproximadamente veinte, fueron creados en el año 310, eran tres aumentándose el número como se dijo a veinte.

Con el paso del tiempo fue visto con buen grado que se eligieran Cónsules de la Plebe, pero sería un cuerpo también integrado por patricios que para diferenciarse de los primeros designaron a dos Ediles Curiales, fue en el año 387, presidían los juegos públicos que en otros tiempos eran presididos por los Reyes, luego por los cónsules y por último por los ediles curiales o curules, se encontraban por encima de los senadores porque eran senadores y magistrados.

Los cónsules se ocupaban de los asuntos de las guerras ya no podían ocuparse de la administración de las causas, entonces fue designado el Pretor Urbano, con la función de administrar justicia en la ciudad, sus sentencias eran apeladas al senado. Luego con el aumento de extranjeros en Roma, hubo necesidad de crear la figura del Pretor Peregrino quién tenía a su cargo la administración de justicia en las causas con los extranjeros.

Cuando fue necesario alguien que se dedicará a las ventas públicas, se designaron a diez varones.

Se nombraron cuatro varones que se ocupaban de los caminos, otros tres llamados *Triumviri Monetales* (Jueces de la Moneda), que cuidaban de la fábrica de moneda, que usaban como metales el oro y la plata, y otros tres Varones Capitales (o Jueces Capitales), que se ocupaban de cuidar la cárceles y de ejecutar algún castigo capital cuando correspondiese.

Era un magistrado mayor, que sustituyó la autoridad de los reyes cuando comenzó la República, aunque no gozaban de todas las prerrogativas que tenían éstos eran dos (por eso eran colegiados) y su cargo duraba un año. Cuando uno de los dos cargos quedaba vacante por muerte o renuncia, se nombraba un sustituto (cónsul *suffectus*) por el tiempo que faltaba.

Estos magistrados se denominaron *praetores iudices* y más tarde cónsules.

A partir de la fusión patricio-plebeya, el consulado aparece como la primera magistratura ordinaria que se estabilizaría a partir del 367 a.C. con la aprobación de las tres leyes *Licinia Sextae*, la tercera de ellas la *Lex de Consule Plebeio* permitió que uno de los dos cónsules nombrados fuese plebeyo.

Desde el año 342 a. C. se permitió que los dos cónsules fuesen plebeyos. Estaban acompañados por 12 LICTORES, tienen a su servicio un personal auxiliar que son los *apparitores* y dan nombre al año. La elección se hacía ante los comicios centuriados, al principio estaban sometidos al Senado; presidían los sacrificios, los comicios y el Senado, proponían asuntos que había que resolver y ejecutaban las decisiones de las Asambleas, podían disponer del tesoro público, ejercían la administración de justicia sin delegarla en los asuntos civiles y criminales, salvo las cuestiones sobre delito militar. Eran jefes del ejército, designaban a sus jefes, dirigían las operaciones militares, imponían a los soldados en tiempos de guerra la pena de muerte sin posibilidad de apelarla y podían celebrar tratados que debían someterse a la aprobación del Senado o de los comicios.

Cuando ambos se hallaban fuera de Roma, se turnaban por días en el mando del ejército, aunque podía ser mandado solo por uno. Cuando los dos se encontraban en Roma se turnaban por meses en el desempeño de sus funciones no militares, yendo el que las ejercía, precedido por 12 lictores, mientras que el otro solo era acompañado por un *accensus*.

De las decisiones del que ejercía tales funciones se podía apelar al que no las ejercía, ya que por ser dos formaban colegio y era posible la *intercessio* colegia.

Ambos cónsules se repartían el mando de las provincias que el Senado les confiaba, más adelante la distribución la hacía el propio Senado, a fines de la República se les prohibió a los cónsules fijar residencia en la provincias.

En tiempos de la República y en casos especiales se les dio a los cónsules poderes especiales (período en el que no se nombraban dictadores) los poderes eran dados por un *Senatus Consultum Ultimum*.

En el período de un año terminaban en sus funciones pero continuaban con potestad consular en las provincias, se denominaban pro Cónsules.

En el año 309 fueron reemplazados los cónsules por Tribunos con potestad consular, pero fueron restablecidos en el año 387, algunas de sus facultades fueron transferidas a otros cargos, con el fin de evitar que fueran ejercidas por los plebeyos cuando accedieron a ésta magistratura.

### 3) El Censor

Luego de los cónsules se eligieron los censores, ello fue así porque el número de ciudadanos había aumentado y había necesidad de realizar el censo, por lo que solo dos cónsules no podían llevar a cabo semejante tarea.

- a) Estaba como compuesta por dos personas, apareció en el siglo V a.C.
- b) No podían ser objeto de *intercessio* por parte de los cónsules.
- c) Las operaciones del censo se realizaban en el campo de Marte y previamente los censores fijaban los criterios a seguir con una *Lex Censui Censendo Dicta* cada ciudadano bajo juramento declaraba su edad, hijos, bienes y en concreto los fundos sobre los que ostentaba el *dominium ex iure quiritium* (propiedad por derecho Quiritario). Con

los datos obtenidos, los censores confeccionaban las *tabulae censoriae* con situación de cada ciudadano en la tribu y centuria correspondiente y el censo concluía con la *lustratio* que era una solemne ceremonia religiosa que finalizaban con el sacrificio expiatorio de un cerdo, de una oveja y de un toro.

- d) Apareció cuando se desmembraron las facultades del Cónsul, como se dijo antes cuando los plebeyos accedieron a ésta magistratura.
- e) Más tarde la Ley *Publilia Philonis* permitió el acceso a ésta magistratura a los plebeyos.
- f) Se elegían en los comicios centuriados cada cinco años;
- g) Al principio duraban cinco años en el cargo pero la Ley *Aemilia* lo redujo a 18 meses, de modo que el cargo quedaba vacante durante tres años y medio entre cada elección.
- h) Si quedaba vacante el cargo por renuncia o muerte de uno de los censores tenía que renunciar necesariamente al cargo el otro, y se hacía una nueva elección.
- i) Tenían atribuciones generales de todos los magistrados como las contenidas en la *potestas* y otras particulares comprendidas en la *potestas censoria*.
- j) La *potestas censoria* comprendía:
  - Convocar el acenso cada cinco años.
  - Inspeccionar las costumbres públicas y privadas para preservar las buenas costumbres de los antepasados, para ello publicaban edictos estableciendo reglas y a los infractores se los castigaban por medio de notas (*animadversaria censoria*), que hacían desmerecer el concepto público.
  - La *Lectio Senatus*, otorgada por la Ley Ovinia, por la cual se le concede la atribución de revisar las listas de los senadores, se borraba de ellas a los indignos y se nombraba a los magistrados o a las personas que juzgare dignas de ocupar las vacantes producidas.

- Velaban por la ejecución de las obras públicas y la conservación de los edificios del Estado, arrendaban los impuestos indirectos y las minas del Estado, facultades que tenían por delegación del Senado.
- Alquilar predios públicos
- Hacer las recaudaciones correspondientes
- Determinar la cantidad de personas que había según el sexo, edades, calidades y otras circunstancias;
- Señalar los vicios y defectos no solo de los que ocupaban cargos públicos sino también de cualquier ciudadano, que eran en perjuicio de la utilidad pública.

Se contaba con información más que precisa para que las autoridades sepan:

- Cuál era la fortuna de cada uno y cuanto se debía recaudar de un ciudadano.
- Cuantas personas sabían manejar armas.
- Quienes desempeñaban cargos públicos.
- Quienes desempeñaban otros oficios.
- De qué vivían los habitantes.
- Los defectos que había que corregir.
- Los castigos o premio que se merecían según cumplan con sus obligaciones o no.

Consecuencias por figurar en las Tablas Censorias

- a) Aquél ciudadano que figurara en la Tabla Censoria era perjudicado, por ejemplo si se trataba de un senador, perdía su cargo.
- b) El caballero era privado del caballo público y de su anillo.
- c) El plebeyo no podía votar en las asambleas.

Servio Tulio dividió al pueblo en seis clases y en trescientas noventa y tres centurias.

En caso de ausencia eran sustituidos por los Cónsules, los pretores y los ediles.

Los censores podían dejar sin efecto lo realizados por los antecesores.

Fueron denominados *Sanctissimusstratus* y vestían la toga de color púrpura.

- 4) El Pretor Urbano y el Pretor Peregrino
  - a) El Pretor Urbano: Era el que se encargaba de la administración de justicia en lo civil. Al principio ésta función la tenían los cónsules (excepto durante el decenvirato).
  - b) Los patricios se opusieron a que un plebeyo ocupara ese cargo, se le quitó al consulado la administración de justicia en los asuntos civiles dentro de Roma, se le confiaba a un magistrado especial llamado pretor urbano, a partir de allí los cónsules dejaron de llamarse pretores.
  - c) Era un magistrado mayor, curul, ordinario y permanente. Al principio lo tuvieron los patricios fundándose ésta postura en que ellos eran los conocedores del derecho, cuya ciencia monopolizaban.
  - d) La edad mínima para ocupar éste cargo era de 35 años, pero en tiempos de Sila la edad era de 40, era necesario haber sido cuestor antes. Su nombramiento tenía lugar en los comicios centuriados, lo mismo que para los cónsules y con las mismas formalidades que éstos.
  - e) El pretor era un magistrado CUM IMPERIO y AUSPICIA, y era elegido en los *Comitia Centuriata* presididos por un cónsul.
  - f) La elección del Pretor estaba a cargo del cónsul, por lo tanto la elección del pretor era la que se hacía primero.
  - g) Al principio tenía el mismo *imperium* del cónsul, luego estaba subordinado al *imperium* consular. Estando el cónsul en Roma, el Pretor era desde el punto de vista del *imperium* un auxiliar del cónsul, no podía convocar ni presidir los co-

micios electorales de cónsules ni de pretores, pero cuando ambos cónsules estaban ausentes de la ciudad, podía presidir el senado y ejercer todas las funciones consulares, no como representantes de los cónsules, sino en virtud de su propio *imperium*.

- h) Su *imperium* comprendía:
  - a. Convocar al Senado
  - b. Convocar y presidir a los comicios por tribus.
  - c. Convocar y presidir a los comicios *centuriados*, solo para someterles la resolución del asunto judicial.
  - d. Consultar la voluntad de los dioses por medio de los auspicios.
- i) Solo tenía jurisdicción en el ámbito civil, en esto era independiente de los cónsules.
- j) Duraba en sus funciones un año.
- k) Hasta principios del siglo VI el único Pretor que había era el urbano, pero como éste en el ejercicio de su *jurisdictio* alcanzaba solamente a los ciudadanos romanos y con el tiempo fue creciendo el número de extranjeros, entonces después de la II guerra púnica (año 512) se estableció un segundo pretor al que se le encargaron los pleitos civiles en el que una o ambas partes no fueran ciudadanos o sea fueran peregrinos, así se creó la figura del *Praetor Inter cives et peregrinus*.
- l) La normativa que dictaba era el Edicto, pero si los magistrados sucesores tomaban dichas normas a éstos edictos se los denominaba traslaticios, en un momento dado coexistían tantas normativas del Pretor que aparecieron las contradicciones entre ellas de modo que era necesario sistematizarlas para que las mismas tuvieran una coherencia lógica, esto se logró con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano (año 138 d.c.).
- m) La labor del Pretor constituyó el derecho honorario, que apareció frente al derecho civil para complementarlo o para llenar las lagunas del derecho en determinadas cuestiones.

## 5) Los ediles

Solo los ediles curules tenían categoría de magistrados, no la tenían los ediles plebeyos, éstos últimos empiezan a ejercer funciones a partir del año 367 a.c. elegidos en los concilia *plebis*, luego aparecen los ediles curules, eran dos eran auxiliares de los tribunos de la plebe, después de la *Lex Valeria Horatia* del 449 a.C., se convierten en custodios de los bienes plebeyos.

- I. No tenían *Imperium*, pero tenían Auspicia minora, una *potestas* con poderes de coacción y representación y competencia jurisdiccional.
- II. Gozaban también de *Ius edicendi* (derecho de publicar edictos de cumplimiento obligatorio para todos los ciudadanos.).
- III. Originariamente tenían la administración y custodia del Templo de Ceres en él estaban los archivos del Estado.
- IV. Obraban por delegación de los tribunos.
- V. Por la *Lex Publilia Valeronis* se elegían en los Concilia *Plebis* con atribuciones como ordenar los espectáculos públicos.
- VI. Se elegían por los comicios por Tribus cuando eran patricios.
- VII. Entre los ediles plebeyos y los ediles curules formaron una corporación o colegio.
- VIII. Eran *curatoris Urbis* o poder de policía no solo en lo material sino también en lo moral y en lo religioso.
- IX. Eran *curatores annonae*, o poder de policía de los mercados en cuestiones como abastecimiento de la ciudad, precio del trigo, buena calidad de los alimentos por dar algunos ejemplos, intervenían en los asuntos comerciales y los curules con la potestad de dictar edictos.
- X. Eran *curatores iudorum* o sea cuidaban la organización de los juegos públicos.



## 6) Los cuestores

Ésta magistratura comienza desde los antiguos *quaestores parricidii*, eran magistrados auxiliares del rey y que se ocupaban de la jurisdicción criminal. De este modo se ha podido ver una conexión de estos *quaestores parricidii* con los *quaestores aerarii* (republicanos), que representarían auxiliares de los cónsules en la Administración financiera.

La cuestura se configuró durante la República como una magistratura menor SIN IMPERIUM, subordinada a los cónsules y que era elegida en los *comitia tributa*.

A partir del 421 a.C., habría dos cuestores *urbani*, encargados de la administración económica de la ciudad, elegidos en asamblea popular, y dos cuestores militares, subordinados a los cónsules para la Administración militar.

## 7) Los tribunos de la plebe

Cuando se crearon los tribunos militares con potestad consular fue para sustituir al Consulado, se elegían de la misma manera que los cónsules y tenían las mismas atribuciones que éstos, siempre existieron más de dos, a veces llegaban a seis, pero en caso de vacancia no podían elegirse por ellos mismos como los cónsules, el motivo de que hubiera dos era porque uno de ellos debía quedarse a administrar justicia en Roma.

No tenían *imperium*, tenían las *summa potestas*, a partir del año 471 a.C. cuando se votó la *Lex Publilia Valeronis* la elección de los tribunos se hacía por medio de los *comitia tributa* pues antes eran elegidos por los *comitia curiata*.

Tenían la *summa potestas*, lo que los hacía sagrados a la *potestas* de los magistrados curules o patricios, que era una *potestas* legítima.

Los tribunos tenían la *intercessio*, para oponerse a los actos de los magistrados que podían resultar perjudiciales.

Los tribunos disponían de la *summa coercendi potestas* con la posibilidad de imposición de multas, arrestos e instauración de inicios

penales ante la asamblea popular y podía decidir cómo arbitrios en los conflictos entre los plebeyos.

Por su carácter sagrado el tribuno era inviolable y cualquiera que atentase contra su persona, era declarado *homo sacer* (hombre proscrito) y era matado impunemente por cualquiera y su patrimonio entregado a los templos plebeyos de Ceres, Liber y Libera. Las funciones de los tribunos eran solo dentro de la ciudad de Roma.

## **Asambleas populares**

Las asambleas populares o *comitia*, representan la participación del *populus* en la gestión política. Las asambleas populares han variado históricamente y si las asambleas primarias fueron los *comitia curiata* y los *comitia centuriata*, más tarde aparecerían los *comitiatributa* y desde el 494 a.C. los Concilia *Plebis*. Todas las asambleas tienen finalidades políticas, si bien los comicios *curiados*, los comicios *centuriados* y también en los *comitia tributa* se añade en ocasiones otras finalidades de carácter religioso, administrativo y militar.

A fines de la república, los *comitia curiata*, mantienen una presencia mercantil simbólica, representada por 30 *dictores*.

### ***Comitia centuriata***

El ejército *centuriado* en cuanto organización fiscal y militar que determinaba el encuadramiento de los ciudadanos en función de su fortuna en cada una de las 193 centurias, se convertirían en la principal asamblea política romana que son los comicios *centuriados*. Estos asumirían competencias políticas desde el inicio mismo de la república, para algunos romanistas, concretamente con la promulgación de la *Lex Valeria de Provocatione* del año 509 a.C., estos comicios tenían competencias electorales, así la elección de los magistrados mayores (cónsules, pretores, etc.), legislativos y competencias judiciales siendo exclusiva su competencias en los procesos capitales.

## Convocatoria comicial y *rogationes* legislativas

Los requisitos de convocatoria son los mismos para las 3 funciones indicadas, electorales, legislativas y judiciales.

El *comicio centuriado* constituido en asamblea militar se reunía en el campo de Marte, fuera de la ciudad. El magistrado presidente *cum imperium* dictaba un *edictum* con la convocatoria y la fecha de la reunión, que debía ser un *dies comitalis* (día comicial) y entre la convocatoria y la reunión debían transcurrir al menos 3 mercados, es decir, 24 días. Al llegar el día fijado el magistrado convocante tomaba los auspicios y de ser favorables ordenaba al pueblo por centurias, proponía una *rogatio* y se procedía a la votación. En esta votación tenían prioridad las 80 centurias de la 1 clase y las de *Equites*, votando cada uno con su centuria y lográndose la mayoría dentro de cada una de ellas. Concluido el recuento, el magistrado publicaba el resultado mediante la *renuntiatio* y, normalmente las leyes eran conocidas por el nombre del magistrado que hizo la *rogatio* o de ambos colegas en su caso o incluso a veces por su contenido. La ley una vez aprobada era seguida de la *Sanctio* que era un conjunto de cláusulas tendientes a asegurar su eficacia, y a acomodar sus disposiciones a las reglas religiosas, así como a los *mores civitatis* (costumbres de la ciudad).

## Funciones Electoral y Judicial. *Provocatio ad populum*

En relación a estas funciones electorales, originariamente el magistrado crea a su sucesor, y quedando limitada la actividad de la asamblea a rechazar o aprobar con su voto el nombre del magistrado propuesto.

Posteriormente, cualquier ciudadano podía proponer su nombre al magistrado convocante, el cual, no podía rechazar esta propuesta y si tan sólo comprobar los requisitos de idoneidad del candidato.

Respecto a la función judicial, existen dos posiciones:

- Una tradicional, para el que todos los procesos comiciales son siempre *provocationes* y en consecuencia toda sentencia aplicada por un

magistrado cum imperio y dentro de la urbes conduce si el conde-  
nado hace uso de su derecho a un juicio popular y en consecuencia  
existen dos instancias: una primera en que el magistrado hace una  
*Quaestio*, una averiguación y comprobación del delito, y una segunda  
instancia o de apelación ante el tribunal popular.

- Otra postura considera que, el proceso comicial no está esencial-  
mente ligado a la *provocatio*. La *perduellio* así como otros delitos gra-  
ves son plenamente independientes de la *provocatio*.

La reforma de los *comitia curiata*

A lo largo del s. III a.C. se hizo necesaria una reforma de la asam-  
blea toda vez que sus procedimientos de votación conducían a resul-  
tados antidemocráticos.

La reforma tendió por una parte a adecuar el número de centurias  
con el de tribus y así mismo desde el punto de vista político se elimi-  
nó el privilegio de los centurias de 1 clase debiéndose pasar al menos  
a conocer el voto de las centurias de 2 clase. No obstante, dado que el  
ordenamiento *centuriado* no era apto para las necesidades militares,  
los iniciados comicios *centuriados* serían con posterioridad sustitui-  
dos por los *comitia tributa*.

### ***Comitia tributa***

Con posterioridad a la subdivisión de los ciudadanos en 3 tribus  
de la época monárquica, tras las conquistas y anexiones realizadas  
por Roma en las zonas vecinas fue definitivamente estabilizado hacia  
el año 241 a.C. el n de tribus en 35, de las cuales 4 eran urbanas y el  
resto rústicas. Inicialmente, en las tribus eran inscritos los *Assidui*, los  
propietarios agrícolas que tenían una sede propia. Con posteridad a  
estas tribus, era inscrito todo ciudadano, la inscripción en una tribu  
formaba parte del estado civil, de su nombre y daba la prueba de su  
plena ciudadanía romana.

Tras la reforma introducida por el censor Apio Claudio, en el 312  
a.C. que es de clara inspiración democrática, se facultó a cada ciuda-  
dano para inscribirse en la tribu que desease.

Mientras en los *Comitia Tributa*, tenían que ser presididos por un magistrado curul y nunca por un tribuno de la plebe, los concilia *plebis tributa* en cambio, eran necesariamente presididos por un magistrado plebeyo y no eran asambleas de todo el *Populus* sino tan sólo de la plebe.

Los *comitia tributa* tuvieron un carácter más democrático que los *comitia centuriata*. La unidad votante era la tribu donde podían votar todos absolutamente lográndose la mayoría cuando hubiesen votado 18 tribus en un mismo sentido.

Las funciones de los *Comitia Tributa* son las mismas que para los comicios *centuriados* son:

- Electorales: así por ejemplo la elección de los magistrados menores.
- Legislativas: las leyes indiferentemente podían ser presentadas ante los comicios *centuriados* y ante los comicios por tribus salvo la *Lex de Bello Indicendo*, que es la de declaración de guerra, y la *lex de potestate censoria* para la elección de los censores, que fueron competencia exclusiva de la asamblea *centuriada*.

A partir de 218 a.C. la mayor parte de la legislación romana fue aprobada en los *Comitia Tributa*.

Finalmente, tenían competencias judiciales y juzgar en materia de multas siempre que estas hubiesen sido aplicadas por un magistrado curul (patricio), si por el contrario el magistrado que aplicaba multa era de la plebe la competencia era de los *Concilia Plebis*.

### ***Concilia plebis***

La plebe desde sus primeras rebeliones se reunía en los *Concilia Plebis tributa* que son los comicios o asambleas de la plebe por tribus, donde a lo largo del s. V a.C. aprobaban las leyes *Sacrae* que consagraban la inviolabilidad de los tribunos y que afectaban a todo ciudadano. Paulatinamente, la plebe logró ir imponiendo su estructura a toda la *civitas* y a partir de 286 a.C. en que se dicta la *Lex Hortensia*, de equiparación de los plebiscitos a las leyes comiciales, casi toda la legislación son plebiscitos aprobados a propuesta de los tribunos en los *Concilia Plebis*.

## XVIII. Las Fuentes del Derecho en la época Republicana

En éste período se dictó la Ley de las XII Tablas, había además otras fuentes subsidiarias:

- a. Las *mores maiorum*, que tenían cada vez menos importancia.
- b. Leyes y plebiscitos.
- c. Los Edictos de los magistrados.
- d. La jurisprudencia.
- e. El derecho que resulta de la jurisprudencia de los tribunales.

### A) La Ley: Concepto Jurídico y Político

Desde un punto de vista político las encontramos en las Institutas de Gayo: “Ley es lo que el pueblo manda, establece”. Mientras que Justiniano refiere: Ley es lo que el pueblo romano interrogando a un magistrado con rango senatorial, como el cónsul, sancionaba, constituía, se dice además que es un concepto político porque ellas muestran las formas como se constituían las leyes.

Papiniano (D. I, III, 1) dice: La Ley es un precepto común, decreto, consulta de los hombres prudentes, represión de los delitos que espontáneamente o por ignorancia se realizan, promesa común a la República. En tiempos de la República Ley era el producto de la voluntad superior del pueblo políticamente organizado.

### B) Su Formación

El magistrado primero realizaba algo parecido a proponer una ley, se publicaba la proposición (*rogatio*), que había de votar y lo promulgaba, luego convocaba a los comicios legislativos, para que todos tomaran conocimiento de la votación antes de ella había un intervalo de tres días de mercado-*trinundium*-, la reunión se hacía fuera de Roma debido a su carácter militar – se reunían en el campo de Marte-, el magistrado encargado de presidirla, acompañado de su augur a la medianoche consultaba a los auspicios, si éstos eran favorables se realizaba la reunión, el pueblo se reunía armado al salir el sol y no

podía estar reunido sino hasta que éste se pusiera, primero se ofrecía el sacrificio y luego se ordenaba formar por clases y centurias: leída la *rogatio* comenzaba la votación. Al principio la votación era oral, pero más tarde se hizo secreta, se le daba a cada votante dos tablillas: una llevaba la inscripción de las letras U. R., o sea *Uti Rogas* (como lo pides apruebo la propuesta); la otra llevaba la A que significa Antiguo (sigo lo antiguo desapruero la proposición), éstas tablillas eran depositadas en cestas para hacer más rápida la votación y simultáneamente en todas las centurias de la misma clase se establecieron los que se denominaron *ovile*, que eran cercados, en el cual cada ciudadano emitía su voto.

En los comicios electivos se tachaba el nombre del magistrado al que no se quería elegir. En los judiciales la afirmativa se expresaba con una C (*condemno*) y la negativa con una A (*absolvo*), después se hacía el escrutinio, se publicaban los resultados y se disolvían los comicios.

Para que fuera obligatoria la *rogatio* aprobada por los comicios, era necesario que recibiera la aprobación del senado por medio de la *Patruum Auctoritas*, pero ésta decayó con la publicación de la *Lex Publilia Philonis*. Aprobada la ley no se requería ningún otro acto de publicación para que comenzara a regir, aunque en las leyes importantes los magistrados las hacían grabar en tablas de bronce ésta circunstancia no las hacía que tuvieran carácter obligatorio su entrada en vigor.

### C) Sus Partes

- a) *Index o Praescriptio*: Se colocaba el nombre del magistrado, el lugar, el día y la clase de *comicio*, se votaba en el foro. Después de la fecha se colocaba en la *praescriptio* la tribu que votó primero y cuál fue el primero de los miembros que lo hizo.
- b) La *Rogatio*: Era el texto del proyecto expuesto en el Edicto de convocatoria.

- c) La *Sanctio*: Contiene disposiciones con el fin de garantizar el respeto a la ley, las más antiguas no tenían sanción jurídica, pero en las posteriores se estableció que el que las violaba era declarado homo sacer, pero luego la *sanctio* evolucionó adoptándose un término medio.

#### D) Clasificación de las leyes

- 1) Según la eficacia o ineficacia de la sanción de la ley, en el período imperial se distinguió:
  - a) Leyes Perfectas: Declaraban nulos los actos contrarios a sus disposiciones.
  - b) Leyes menos que perfectas: No atacaban la validez jurídica de los actos pero le imponían una pena.
  - c) Leyes pluscuamperfectas: además de considerar nulos los actos realizados en su contra imponían una pena.
  - d) Las Imperfectas eran las que carecían de sanción.
  
- 2) Otra clasificación: Al Principio se distinguió entre:
  - a) La *Lex Rogata*: Era la ley aprobada por el *comicio* a pedido (ruego) del magistrado.
  - b) La *Lex Data*: Eran leyes excepcionales emanadas de un magistrado superior por delegación del pueblo, por ejemplo las constituciones imperiales. También tenía por objeto la concesión de la ciudadanía o la organización de las ciudades sometidas a las provincias. También se las denominaron *leges dictae*, eran los reglamentos que tenían por fin someter a normas jurídicas las cosas de uso común o sagrado. A veces la ley se dictaba para una determinada categoría de ciudadanos o para los ciudadanos de determinados territorios.
  - c) Designación por el *nomem gentulicium*: Las Leyes se designaban por el nombre gentilicio del magistrado que la había propuesto, cuando las propuestas habían sido varias se designaban con el cognomen. Cuando dos nombres propios se



unían con la conjunción “et”, ocurría así porque eran leyes diferentes unidas en una sola, por ejemplo *Lex Iulia et Papia Poppaea*. En algunos casos al nombre del magistrado se agregaba el objeto de la ley, por ejemplo la *Lex Sempronia* Judicial. Por último, de acuerdo a la categoría del funcionario que la proponía podían ser consulares, dictatoriales, decenvirales, etc. Los plebiscitos solo llevan un nombre.

## E) La obligatoriedad de las leyes y los plebiscitos

Plebiscito deriva de *scita plebis* que son los acuerdos de la plebe, éstos nacen con la aparición de los tribunos de la plebe, no intervenían los patricios, con el paso del tiempo fue adquiriendo fuerza legal, eran de carácter obligatorio para todos los quirites por eso eran comicios tribados pero la diferencia con los comicios era que éstos, estaban presididos por los ciudadanos romanos y los *comitia tributa* por los ediles o tribunos plebeyos, y la otra diferencia era que éstos últimos no eran secretos. Le dio fuerza de ley a los plebiscitos la *Lex Valeria Horatia*, pero a pesar de las resistencias se dictó la *Lex Publilia Philonis* por la cual se estableció la obligatoriedad para los ciudadanos romanos también, siempre y cuando hubiese conformidad del Senado antes del voto.

## **XIX. Lex de las XII Tablas: Antecedentes, caracteres y contenidos**

### a) Antecedentes

En el período antiguo se constituyeron como fuente del derecho las *mores maiorum*, quién tenían el conocimiento de cómo aplicar el derecho era el patriciado siempre en perjuicio del plebeyo, es por eso que la plebe comenzó a exigir que se publicaran las normas jurídicas.

## b) Origen de ésta *lex*

Las primeras leyes de los romanos fueron: las que dictaron los primeros siete reyes luego cayeron en desuso, le siguió la recopilación de Sexto Papirio, hizo la misma después de los prudentes, rescriptos, las normas eran propuestas y aprobadas por el *populus*, que luego se escribían en un cuerpo de leyes.

En cuanto a la recopilación de Sexto Papirio, la misma fue realizada con el fin de darles un poco de orden.

Luego de que los Reyes fueran expulsados por la ley Tribunicia, se dejaron de lado éstas leyes durante más de veinte años, y se volvió a la costumbre.

Después se designaron diez varones para que fueran a Grecia y trajeran leyes con el fin de poder ser aplicadas en Roma, tenían el poder suficiente para corregir e interpretar esas leyes fue así como las habían confeccionado en tablas de marfil al darse cuenta que no alcanzaba con dicha regulación crearon dos más, se sancionaba así la Ley de las XII Tablas. Se publicaron en el año 302 después de fundada Roma, se consideró que era necesario que fuera conocida por el *populus* por eso fue colocada se pusieron frente de la Curia *Hostilia* en el que había un púlpito en donde había unos picos (de aves) de bronce. Fue necesaria la interpretación de las mismas a cargo de los sabios llamados prudentes, éstas cuestiones eran dirimidas en los tribunales y con una sentencia que era consentida por las partes pasaban en autoridad de cosa juzgada, dicho de otra manera, una vez que la sentencia quedaba firme no se volvía sobre el asunto.

Las respuestas que daban los prudentes, con el tiempo se compilaron y fueron incluidas en el Digesto de Justiniano, era una época en que las *Responsa Prudentium* tenían fuerza de ley, *Pomponio* decía que se trataba de un derecho no escrito, debido a que sus respuestas las daban verbalmente.

Las *Legis actionis*, por ejemplo fueron creadas por la Ley de las XII Tablas.

En el año 462 a.C. el Tribuno *Terentilio Arsa* propuso que se nombraran cinco magistrados para determinar por escrito cuales eran las atribuciones de los cónsules, luego propuso que se redactare por escrito el derecho por el cual debían regirse los plebeyos, es así que después de un tiempo se redactaron normas para los patricios y plebeyos consagradas en las XII Tablas. Se nombró una comisión de tres miembros que fue a Grecia para traer las Leyes de Solón y poder adaptarlas en Roma, algunos historiadores ponen en duda la existencia de ésta comitiva. Luego en los comicios centuriados se eligieron a diez magistrados por un año, a éstos se los denominaron decenviros con las mismas facultades siendo tres de ellos plebeyos, éstos redactaron dos tablas más.

Cuando los enviados llegaron a Roma, eligieron en los comicios *centuriados* a diez magistrados por un año, llamados decenviros, eran patricios, se les encargó el gobierno de la ciudad, cesaron las demás magistraturas, redactaron diez tablas que fueron redactadas por los comicios centuriados, pero consideraron que el trabajo no estaba terminado, se designaron otros decenviros con iguales facultades, de las cuales tres eran plebeyos, que redactaron dos tablas más.

Al terminar su período los decenviros bajo la influencia de Appio Claudio, quisieron ejercer la dictadura con permanencia en el poder, esto provocó la resistencia de los plebeyos que llevó al asesinato del Tribuno *Lucius Siccino* y con la muerte de Virginia aunque éste último hecho se atribuye más a la leyenda. Las tablas presuntamente de bronce fueron expuestas en el foro.

### c) Como se realizó la reconstrucción y su contenido

- 1) El primero en realizarlo fue Jacobo Godofredo, en el año 1653.
- 2) Se encontraron fragmentos de los comentarios de Gayo del Digesto.

### Contenido

Tabla I: Procedimiento: Citación en justicia.

Tabla II: Procedimiento. Instancias judiciales.

Tabla III: Procedimiento: Confesiones en juicio y cosa juzgada.

Tabla IV: Patria Potestad.

Tabla V: Herencias y tutelas.

Tabla VI: Propiedad.

Tabla VII: Edificios y Heredades vecinas.

Tabla VIII: Delitos.

Tabla IX: Derecho Público.

Tabla X: Derecho Sagrado.

Tabla XI: Disposiciones referentes a diversas materias.

Tabla XII: Disposiciones referentes a los anterior.

### 3) Tabula I

Se refiere a los siguientes temas:

- a) la citación en justicia denominada in *ius vocatio*, cuando el magistrado convocó hay obligación de presentarse, si no lo hace se deben tomar testigos y luego detenerlo. Si se quiere sustraer el llamamiento o escaparse debe ser aprehendido.
- b) Si era viejo o enfermo había que darle un jumento pero si no lo aceptaba no había porque darle un vehículo cubierto.
- c) Un poseedor rico debe ser fiador de otro poseedor rico, pero un plebeyo puede ser fiador de cualquiera.
- d) Cuando las partes llegan a un acuerdo éste debe hacerse sin la intervención judicial, pero en el caso de que no lleguen al mismo se debe conocer la causa en el comicio o en el foro, si ocurre que antes del mediodía hay un solo litigante presente es a éste al que se le debe adjudicar la cosa, si ambos están presentes la audiencia debe terminar en la puesta del sol.

### 4) Tabula II

- a) Se establecía el monto del *sacramentum* o suma de dinero que se ponía a cargo del Pontífice, para que, luego que se estableciera cuál de los litigantes tenía la razón destinándose el dinero del *sacramentum* para el culto público.

- 5) Si el juez, árbitro o reo estuvieren enfermos se puede diferir el conocimiento de la sentencia.
  - b) El que solicita un testigo debe intimarlo dentro del tercer día en su domicilio.
  
- 6) Tabula III
  - a) Confesada la deuda o declarada judicialmente se le debe dar al deudor treinta días para poder pagar, vencido éste plazo se aplica la *manus iniectio* y debía ser conducido ante el tribunal, si no paga o no se presenta ante éste con un fiador el acreedor lo puede llevar a su casa atado con cadenas. Una vez en casa del acreedor la prisión podía durar hasta 60 días, tenía que ser llevado a los tres días de mercado con el fin de poder ser vendido y de allí cobrarse lo adeudado.
  
- 7) Tabula IV
  - a) La Patria potestad: el *pater* puede vender al *filius* hasta tres veces, después queda libre.
  - b) El plazo máximo de duración de la concepción es de diez meses.
  - c) Las formalidades del divorcio y los efectos con relación al patrimonio.
  
- 8) Tabula V
  - a) Validez del testamento y de la tutela testamentaria.
  - b) Si el que muere intestado no tiene herederos suyos, los bienes corresponden al agnado más próximo, en ausencia de agnados corresponden a los gentiles.
  - c) Se establece la tutela perpetua de las mujeres con excepción de las vestales, que también estaban libres de la patria potestad.
  - d) Lo ordenado por el *pater* familias sobre la tutela es ley.
  - e) El que no tiene un tutor testamentario recibe como tutor a un agnado y en caso de no tenerlos a un gentil.

- f) Se establece la interdicción del pródigo para administrar patrimonialmente.
  - g) Se establece la acción de partición de la herencia.
- 9) Tabula VI
- i. Lo estipulado al hacer un *nexum* o una *mancipatio* era ley para las partes.
  - ii. Se adquiere la propiedad de las cosas muebles por el transcurso de un año y para las cosas inmuebles dos años.
  - iii. La mujer podía interrumpir la *manus* estando ausente tres noches del hogar conyugal.
- 10) Tabula VII
- a) Se regulan las relaciones de vecindad con respecto a las aguas, a los árboles que estuvieran en los límites de dos propiedades y la necesidad de dejar el *ambitus* entre dos edificios; que era el doble espacio entre dos pies y medio.
- 11) Tabula VIII
- a) Se acepta el Talión, que acompañó el concepto de la composición o suma que se debía pagar de indemnización de acuerdo con el perjuicio sufrido, siendo diferente el monto según se trate de un hombre libre o de un esclavo.
  - b) Otra de las circunstancias que atenuaba o agravaba el delito era el momento en que éste se cometía: si se hacía de noche el ladrón podía ser sorprendido y muerto impunemente, mientras que si se lo sorprendía de día se lo podía matar solo si resistiese con las armas.
  - c) Si el patrono dejaba de proteger indebidamente a su cliente, se le podía dar muerte.
  - d) El testigo falso podía ser despeñado por la roca *Tarpeia*.
  - e) Se castigaba con la pena de muerte a los que publicaban libelos difamatorios o formasen grupos nocturnos, estas dis-

posiciones se aplicaban a los plebeyos exclusivamente con el fin de que no pudieran atacar a los patricios.

- f) El que encantara las cosechas o trasladaba los frutos de un campo a otro debía ser castigado con la pena capital.

12) Tabula IX

- a) Se dispuso que las leyes no podían ser dictadas para casos particulares ni para determinadas personas.
- b) Al juez corrupto se le aplicaba la pena de muerte.
- c) La pena capital solo podía ser decretada por los comicios centuriados.

13) Tabula X: Disposiciones sobre el derecho sacro

- a) Se disponía que el hombre muerto no podía ser enterrado ni quemado en la Ciudad.
- b) Se prohibían más de tres vestidos de luto y de diez flautistas en los funerales, o que las mujeres dieran alaridos en los tribunales.
- c) Se prohibía embalsamar los cuerpos de los esclavos, los banquetes fúnebres y las coronas.

14) Tabula XI

- a) Se prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos.
- b) Se establecía la derogación de la ley anterior por la ley posterior dictada en los comicios, y la competencia de los comicios centuriados en las causas que afectaban la vida, la libertad y el derecho de la ciudad.
- c) Se establece el derecho de la *provocatio ad populum*.

15) Tabula XII

- a) Trata sobre el abandono noxal. Cuando una persona tenía bajo su poder a un esclavo y éste cometía un delito, el amo era el encargado de pagar los perjuicios provenientes de ese

delito, una vez comprobado el delito el amo podía hacer abandono de su esclavo a ésta institución se la denomina abandono noxal.

- b) La *Lex pignoris capio*, era una de las cinco acciones de la ley de carácter ejecutivo, de acuerdo a pautas establecidas por la ley y por la costumbre.

La *Lex* de las XII Tablas fueron el proceso de transición de la posterior consagración del derecho laico, si bien aun era notoria la influencia de fas, se dicta la primera normativa jurídica de derecho privado por escrito.

### Principales Normas de Derecho Privado

- a) La *Lex Plaetoria*: Protegía a los menores de 25 años.
- b) La *Lex Atilia* en relación al tutor dativo.
- c) La *Lex Poetelia Papiria* por la cual la ejecución de las deudas se realizaría sobre el patrimonio de deudor insolvente y no sobre su persona.
- d) La *Lex Aquilia* regula sobre el daño injustamente causado sobre cosa ajena.
- e) La *Lex Furia*, la *Lex Voconia* y la *Lex Falcidia*: Sobre herencias y legados.
- f) La *Lex Voconia de mulierum hereditate* estableció que las mujeres no podrían heredar de los individuos de la primera clase, pero les permite recibir legados, pudiendo llegar éstos legados hasta la mitad del patrimonio del legatario.
- g) La *Lex Falcidia de Legatis*: para que el heredero no resultara perjudicado con la cantidad de legados que se podían otorgar, se le dio la facultad de establecer límites hasta que se dejara una cuarta parte del patrimonio o *quarta falcidia*.
- h) La *Lex Cincia* se refería a las donaciones.
- i) La *Leyes Soribonia, Atinia y Julia et Plautia de Vi*, ponían límites a la usucapión.



- j) La Leyes Silia y Calpurnia sobre el procedimiento de las *legis actionis*, la primera se refería ala posibilidad de litigar para reclamar sumas de dinero, mientras que la segunda se refería al reclamo de cosas ciertas.

## XX. El Edicto del Pretor

La normativa jurídica dictada por el Pretor se denominó EDICTO, debido a que gozaban del *ius edicendi*, así se fue constituyendo el derecho honorario, que llenó algunos vacíos legales y también fue complementario del derecho civil.

Estas normas eran dictadas por el Pretor cuando asumían el ejercicio de sus funciones, cuya jurisdicción era el territorio e que las llevaban a cabo, duraban un año, ya que ese era el tiempo de duración en sus funciones.

Los edictos se promulgaban con carácter obligatorio con el fin de que los conocieran todos los ciudadanos romanos, en él también se indicaba el procedimientos que iba a seguir el magistrado para resolver los caos que se le presenten.

La promulgación del edicto se hacía oralmente, en una reunión pública a la que convocaba el magistrado, luego se hacía por escrito y se ponían varios ejemplares en lugares donde todos pudieran verlo.

El origen de los edictos corresponde al período republicano, antes de ese período no existían las magistraturas ni la publicidad.

Durante el Imperio van perdiendo importancia ya que los emperadores promulgaban los edictos con el carácter de constituciones imperiales. En tiempos de los emperadores cristianos aparecen otra clase de edictos, los del Prefecto del Pretorio, no podían hacer modificaciones del derecho ya existente.

- 1) La jurisdicción del pretor: surge de las siguientes palabras:
  - a) *Do*: expresa la dación de un juez y de una fórmula para la tramitación y resolución de un juicio o pleito privado.
  - b) *Dico*: era el derecho determinado por edictos generales, para resolver cada caso concreto.

- c) *Abdico*: expresa atribuir la propiedad de una cosa, autorizar un pleito o un juicio.

Desde el año 600 hasta tiempos de Augusto los edictos del pretor tuvieron mucha importancia.

En tiempos del Imperio los pretores proponían sus edictos cuando comenzaban a ejercer sus cargos, tomando los edictos de sus predecesores que consideraban más útiles, en tiempos del Emperador Adriano se les dio forma a través de una compilación realizada por Juliano.

## 2) Clases de Edictos

- a) *Edictum Perpetuum*: Era el dictado por el Pretor al comenzar a ejercer su cargo, durante el año que duraban sus funciones no podía variarse.
- b) *Edictum Repentinum*: Era el que se daba para casos particulares no previstos, ésta clase de edicto fue introducida por la costumbre.
- c) *Edictum translaticio*: Los nuevos pretores podían tomar las reglas de sus antecesores, porque les servían, la parte de edicto que contenía éstas reglas anteriores se denominaba EDICTO TRASLATICIO, y la parte que tenía las nuevas reglas EDICTO NUEVO.

## 3) Partes del Edicto

El edicto se dividía en títulos, se indicaba la materia de que trataba y los títulos en capítulos o cláusulas. También se designaba a cada una de éstas con la palabra *edictum*, seguida de un adjetivo indicador de la materia sobre la que versaba, o se indicaba con las primeras palabras con las que comenzaba o, cuando se trataba de una regla antigua, con el nombre de su autor. El Edicto se redactaba sobre tablas de madera, se leía al pueblo y se exponía después en el foro para que todos lo puedan ver.

#### 4) Como influyó el edicto en el Derecho

El edicto se iba modificando año tras año adaptándose a las nuevas necesidades del pueblo.

El Pretor Urbano y el Pretor Peregrino podían sustituirse recíprocamente, el edicto complementaba al derecho civil, también llenaba vacíos legales y corregía a éste en algunos casos, basándose siempre en la *aequitas*, para ello usó los siguientes medios:

- a) Nuevas acciones;
- b) Otorgar excepciones para repeler una acción que si bien era conforme al derecho civil podía aparejar perjuicios por ser contraria a la *aequitas*.
- c) La *Inintegrum restitutio*, con el fin de reparar una lesión, se anulaban los hechos civilmente válidos que la habían producido para volver las cosas al estado anterior a producido ese hecho perjudicial.
- d) Los interdictos.
- e) La *Bonorum possessio*.
- f) Las estipulaciones y las cauciones, por las que se aseguraba la ejecución de los decretos y órdenes que dictaba.

## **XXI. *Responsa Prudentium*: La Interpretación de los Pontífices**

En tiempos de la República los Pontífices tuvieron una importancia mayor, toda la competencia del *Rex* en asuntos religiosos pasó a éstos, en especial al Sumo Pontífice.

### 1) Atribuciones

Estaba también el *Rex Sacrorum*. Los Pontífices tenían atribuciones y prerrogativas, acumulando así mucho poder, intervenían en algunas de las acciones de la ley, principalmente en la *Legis Actio per Sacramentum*, su actividad se desarrolló en base al:

- a) *Agere*: Se refería a los requisitos y formalidades necesarias para la tramitación de los juicios.
- b) *Cavere*. Se preocupaba de prevenir posibles conflictos por medio de la *cautio*.
- c) *Respondere*: Lo utilizaba el pontífice para hacer conocer el derecho por medio de las consultas que él atendía, eran los que interpretaban la ley.
- d) *Scribere*: Era la interpretación realizada por escrito, no significaba que debiera figurar en los libros, con el paso del tiempo eran las consultas que los jurisconsultos daban a los particulares.

Los pontífices intervenían en determinadas cuestiones como las adrogaciones, la in *iure cessio*, la manumisión por la vindicta y la emancipación. Conocían además lo relativo al procedimiento hasta que el plebeyo Tiberio *Coruncario* accede a las magistraturas y éstos acceden a lo que antes eran fórmulas secretas, a partir de ese hecho conocidas por todos.

## 2) El *Ius Flavianum*: La Secularización del Derecho

En el año 450 *Cneo Flavius* divulgó los fastos y publicó un libro con los actos y las fórmulas para el ejercicio de las acciones de la ley, al mismo se lo conoció como *ius flavianum*. *Cneo* era secretario de *Appio Claudius Caecus*, llegó a ser Tribuno de la Plebe, Senador y Edil Curul.

## 3) *Ius Aelianum*:

S. *Aelius Catus* publicó un trabajo llamado Tripartita, en el que se trataban:

- a) Parte de la Ley de las XII Tablas.
- b) Comentarios a ésta ley.
- c) formularios con los modelos de los actos judiciales.

A éste trabajo se lo denominó *ius aelianum*.

#### 4) Los Jurisconsultos *veteres*

Cuando los plebeyos fueron admitidos en el colegio de los pontífices fue progresando la ciencia del derecho, *Tiberius Coruncanius*, el primer pontífice plebeyo fue el que enseñó públicamente el derecho (siglo V).

En el siglo VI se destacaron: Quinto *Mucius*, *L. Cincius Alimentus*, *M. Porcio Cato* el Antiguo, escribió el *comentarii iuris civilis* y publicó unas respuestas. *Marco Porcio Cato Licinianus*, hijo del anterior es probablemente el autor de la regla catoniana. Publio *Cornelius Nasica*, a quién el senado le dio una casa para facilitar su labor de jurisconsulto. *P. Publius Scipio Nasica*, que era hijo del anterior.

En el siglo VII a fines de la República la filosofía griega empezó a influir el derecho, los jurisconsultos destacados de la época fueron: *M. Junius Brutus*. *P. Mucius Scaevola*. *P. Rutilius Rufus*. *L. Crassus Mucianus*. *Mucius Quintus*, maestro de Cicerón, *Quinctus Mucius Scaevola*, hijo de Publio y gran Pontífice, en sus 18 libros expuso la jurisprudencia de derecho civil, fue asesinado por los partidarios de Mario. *Servius Sulpicius Rufus*, escribió notas con observaciones al Edicto del Pretor. *Alfinus Varus* que era discípulo del anterior. *Aquilius Gallus* formuló la *cautio aquiliana*, que permitía renovar las obligaciones de una persona y a quién se debe también la *actio* de dolo, Cicerón decía que jurisconsultos es aquél que puede dar consejos a sus conciudadanos, guiarlos en los asuntos y defenderlos en los intereses. *Antistius Labeo*, padre de Labeón que se distinguirá en la época siguiente. *Granius Flavius*, autor de un comentario sobre Derecho *Papiriano*. *Cornelius Máximus*. *Aelius Tubero*, abuelo de *Cassius Longino*, uno de los jefes de la escuela de los sabinianos.

## **XXII. La crisis de la constitución republicana y sus causas. Las clases sociales. La dictadura**

En los últimos años de la República se produjeron luchas que fueron llevando de a poco al gobierno absoluto, los aliados del La-

cio y los de Italia habían formado el poderío de Roma y a pesar de ello les negaron los derechos de la ciudadanía. Italia se sublevó y si bien la guerra fue corta Italia perdió aproximadamente trescientos mil hombres entre ellos cónsules y legiones romanas. Roma habiendo ganado, le reconoció la ciudadanía a quienes no habían participado de la guerra y a los que habían combatido, en el período de dos años casi toda Italia tenía los derechos tanto reclamados y los de sufragio, pero los nuevos ciudadanos fueron clasificados y se distribuyeron en nuevas 8 tribus que se sumaron a las ya existentes por lo que en las deliberaciones Italia no tuvo más que 8 votos mientras que Roma tenía 35, pero los italianos fueron anulando esa desproporción, se hicieron distribuir entre las 25 tribus romanas. Después de ésta primera guerra social siguieron las guerras civiles.

Los gobernadores se emanciparon del Senado, y Mario, que sucede a Cayo Graco en el consulado, se mantuvo en el poder por cinco años, apoyado por el ejército que él había reformado y organizado con carácter permanente.

Sila comandante de las tropas que iban a luchar contra Mitrídates, fue relevado del mando y reemplazado por Mario. Sila se niega a obedecer y se apodera de Roma siendo nombrado Dictador, mientras Sila combate a Mitrídates, Mario entra a la ciudad y sigue la guerra civil en la cual resulta triunfador Sila, abdicando después de cinco años. Durante su gobierno Sila procuró crear una república aristocrática sin lograrlo, fue difícil volver a la antigua constitución, por la corrupción e incapacidad de los partidos que llegaron hasta el Senado.

También hubo otro hecho aunque de menor importancia al relatado que fue el levantamiento de esclavos comandados por Espartaco.

Al retirarse Sila Pompeyo aparece como posible salvador de la patria logrando la paz en Roma y en las provincias. Derrota a Mitrídates y mientras él está en Asia, Catilina prepara una conspiración apoyada por los jefes del partido popular, Julio César y Craso. Pero Cicerón descubre la conspiración y desenmascara a Catilina.

Pompeyo regresa y se apodera del gobierno, pero encontró la negativa del senado para entregar tierras a los soldados empieza a tener vínculos con julio César que tenía vinculaciones políticas y con Craso que contaba con gran poder económico, constituyeron así el Primer Triunvirato. Éstos combatieron al Senado y se repartieron las provincias: A Pompeyo le tocó España, a Craso Siria y a Julio César las Galias.

El Senado apoyó a Pompeyo y lo nombró Cónsul único, lo que equivalía a la dictadura. Se hace más profundo su distanciamiento con César, Craso fallece.

Pompeyo le pide al Senado que César vuelva a su provincia o sea a Galia, y licencie al ejército, pero éste exige que Pompeyo también abandone su provincia. César vio que Pompeyo estaba apoyado por el Senado y decide dar combate dirigiéndose a Roma, Pompeyo huye de Roma y le deja el poder a César cuando regresa a Roma se hace nombrar dictador. Pompeyo en Tesalónica organiza un ejército; César lo derrota definitivamente en la batalla de Tesalia, huyendo Pompeyo a la corte de Ptolomeo de Egipto donde es asesinado.

En el año 49 César después de su vuelta a España fue nombrado dictador; en el año 46 a.J.C. se le dio el ejercicio de la dictadura por diez años y la censura por tres, en el año 45 se le dio el consulado por diez años y la censura y la dictadura con carácter vitalicio.

Aumenta hasta ochocientos el número de senadores, y con el título de Imperator es investido con el mando supremo del ejército de modo permanente.

#### El Alto Imperio

##### 1) El Principado: características

El título de Imperium se le daba a aquél que ostentaba el poder. Es un título que en períodos anteriores se les daba a determinadas personas por parte del Senado como ocurrió con Julio César, con el derecho de poder transmitirlo a sus sucesores, luego con éste nuevo período el Imperium se aplica en todas las magistraturas.

Augusto se hizo llamara Imperator Cesar Augustus Divini Filius, algunos suponen que Augustus deriva de Avi Gustus, o sea el elegido por los augures, el elegido por los dioses. Divus significa un dios que antes había sido un hombre.

Pero hay otro título, el de Princeps, que fue otorgado cuando cayó el Triunvirato a los sucesivos emperadores, cuando llegaban al pontificado se les daba el título de Pontífice Maximus.



El cargo de Emperador no era hereditario pero en la práctica sí lo habían establecido de ésta manera, de a poco se iba centralizando el poder en cabeza de Augusto, se le da la prefectura de las costumbres dejándose sin efecto el cargo de los censores teniendo el Emperador un control absoluto sobre el Senado. Pero el poder del Emperador deriva del desempeño de dos magistraturas: La Potestad Tribunicia y el Imperio Proconsular, la primera lo hace inviolable, puede, además oponer su veto a cualquier resolución y la segunda le da el mando de las tropas.

Se puede dividir la historia del Imperio en dos etapas: El Principado cuya fuente del derecho principal son los senadoconsultos; y el Imperio cuya fuente de producción más importante fueron las Constituciones Imperiales.

## 2) Origen y formación de la autoridad imperial

César se reúne se rodea de los eruditos de la época para emprender una reforma de carácter legislativo, funda colonias, emprende obras públicas para darle trabajo a los que no lo tenían, se reforma el calendario, se le atribuye haber comenzado a consolidar el imperio con sus obras, labor que fue interrumpida con su asesinato, pero que fue continuada por Augusto.

Quienes cometieron el asesinato después no supieron manejarse en el ejercicio del poder de modo que la situación fue aprovechada por quién había sido la persona de confianza de Julio César: Marco Antonio.

De éste modo Marco Antonio, el sobrino de César, Octavio y M. Lépido crearon el II Triunvirato que es aprobado por decisión popular y sus miembros llevaron el título de Triunviri rei publicae constituendae.

Los triunviros, dejando de lado a Lépido, se repartieron las provincias, sin dejar de lado la persecución en contra de los asesinos del César. Pronto surge la rivalidad entre Marco Antonio y Octavio, el primero instalado en Oriente se maneja como déspota, viviendo con

Cleopatra le dio a los hijos de ésta territorios de Oriente, con éstas acciones terminó repudiando a la hermana de Octavio que era su mujer.

Octavio decide combatir con él y lo derrota en la batalla naval de Actium.

Egipto es declarada provincia romana en el año 38 a. J.C. se le concedió a Octavio el título de Imperator Perpetuus, que le da el mando sobre todos los ejércitos sobre mar y tierra, al año siguiente es nombrado Príncipe del Senado, en el año 27 se le da el título de Augustus, en el año 23 a.J.C. se le da la potestad tribunicia, en el año 19 la censura por cinco años y el consulado vitalicio, en el año 12 el Pontificado Máximo.

Octavio mantuvo el Senado y las asambleas populares, aunque se elegían los candidatos propuestos por él.

### 3) Las reformas políticas, administrativas y financieras de Augusto

Augusto y sus sucesores crearon una burocracia imperial, crearon nuevos funcionarios públicos como los legados, a los que de acuerdo a su importancia se les dio el nombre de consulares o pretorianos, de carácter civil, los legados de las legiones eran funcionarios de carácter militar.

En Roma tenemos el Prefecto de la Ciudad, en el período monárquico era lugarteniente del rex, en la época imperial era una especie de gobernador y de a poco se le fueron concediendo funciones judiciales en el orden criminal y civil en un radio de 100 millas alrededor de Roma.

El Prefecto del Pretorio, tenía jurisdicción en los asuntos en los que no lo tenía el Prefecto de la Ciudad.

De a poco se transformaron en tribunales de apelación lo que explicaría que muchos jurisconsultos fueran prefectos del Pretorio, en algunos casos dictaron edictos.

Hubo además otra clase de curadores y Prefectos en Roma: El Prefectus Vigilium y el Prefectum annonae.

### **El prefecto vigilador**

Sus funciones eran vigilar la ciudad de noche, evitar situaciones de incendios, robos y otros hechos que perjudicaran la paz social.

Al principio se designaba tres que hacían su labor de noche por eso se los llamaba nocturnos, en algunos casos eran asistidos por los Tribunos de la Plebe y por los Ediles, los incendios eran frecuentes. También ocurrían en un mismo momento muchos incendios, como se designaron a varias personas que cumplieran esa función y no fueron la solución al problema se “pusieron siete compañías en lugares oportunos, para que cada una de ellas comandadas por los tribunos, cuidase de dos partes de la ciudad y sobre todos puso uno que se llamaba Praefectus Vigilum, puede disponer el apaleamiento o el azote respecto de aquellos habitantes por culpa de los cuales hubo un incendio, pero cuando el incendio fuera causado dolosamente el culpable debe ser remitido a prefecto de la ciudad.

### **4) Magistraturas y asambleas**

Las magistraturas y asambleas provenientes del período republicano seguían existiendo en éste período, pero se modificaron sus funciones y facultades.

El Consulado tuvo mucha importancia durante éste período, hasta que de a poco la fue perdiendo.

Los emperadores se hacían elegir cónsules, también cónsules perpetuos.

Los que eran elegidos al comienzo del año le daban el nombre al calendario, eran los ordinarii, a los otros se los denominaba suffecti. Durante los dos primeros siglos de nuestra era los cónsules presidían el Senado y tenían ciertas funciones en relación a la tutela, pero luego

fue un cargo honorífico que se le daba incluso a personas que nunca lo habían ocupado.

Sila suprimió la censura, Pompeyo la restableció pero decayó nuevamente en el momento que combatía contra César. Éste tomó el título de censor perpetuo y Augusto el de Director Supremo de las Costumbres. Augusto después hizo elegir dos censores pero no tenían sustitutos cuando terminaban sus funciones.

## **El pretor**

Cuando aparece la figura del pretor su buscó crear un magistrado que tuviera como finalidad tener jurisdicción sobre las causas civiles, pero como las causas eran excesivas en su número se determinó que fueran juzgadas por otro pretor, así apareció la figura del pretor peregrino que era quién atendería las causas relacionadas con extranjeros que estuviesen viviendo dentro de Roma.

### **La Jurisdicción del Pretor**

Si alguien se presenta por error ante un Pretor cuando en realidad debía presentarse ante otro todo lo actuado será nulo, el actuante al no tener competencia, no puede alegar ninguna de las partes prórroga, porque haya error.

El pretor puede mandar a otro toda su jurisdicción de la misma manera que puede mandarla sobre otras personas en relación a casos particulares que les ha tocado defender a alguna de las partes como abogados.

Se puede prorrogar la jurisdicción de un juez incompetente por acuerdo de las partes, si dieran su consentimiento al respecto, aún cuando actuara el Pretor por delegación de otro, las partes pueden cambiar de voluntad.

A los efectos del ejercicio de la jurisdicción debe tenerse en cuenta la cantidad que se pide y no la que se debe, porque hasta la sentencia no podrá saberse que es lo que realmente se debe.

No es castigado el que no obedece al juez cuando el que está no es su territorio o cuando quiere mandar sobre un asunto sobre el cual no ejerce jurisdicción.

### **El Pretor Urbano**

Luego de que las leyes Licinnias Sextias crearan la figura de los dos cónsules, uno de los cuales pasó a ocuparse de los asuntos de los plebeyos, de ésta manera el pretor tuvo la jurisdicción en los pleitos civiles, que al principio participaban solo los patricios. Era una magistratura anual, la edad mínima requerida era de treinta años, presidía juzgamientos especiales como homicidio, soborno, por mencionar algunos. Eran elegidos en los comicios al igual que los cónsules que tenían potestades militares, cuando terminaban en sus funciones continuaban como gobernadores militares de las provincias, cuando en el año 131 a de J.C. se publicó el Edicto Perpetuo se redujeron las funciones de los pretores. Por lo tanto durante el Imperio una aparte de sus funciones pasó a los cónsules y la otra al Prefecto de la Ciudad, además el príncipe podía invalidar el fallo del pretor y reemplazarlo por otro definitivo.

### **El Pretor Peregrino**

Ésta figura fue creada en el año 242 a de J.C. para ocuparse de los pleitos en los que uno o ambos litigantes pertenecían a un pueblo extranjero, en un momento dado el número había llegado a dieciséis y cuando los cónsules estaban ausentes de Roma podían convocar al Senado. Ésta pretura desapareció cuando se le dio por la Constitución de Caracalla la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

### **La Cuestura**

Al principio era un magistrado que estaba encargado de administrar los caudales del ejército, su nombre era el Tribuno del Erario.

El cuestor urbano recaudaba y administraba los caudales públicos.

El quaestor parricidii era el encargado de investigar y castigar los delitos, denominados de ésta manera porque el parricidio era el delito más cometido en aquella época.

Disminuyó su importancia en tiempos del Imperio, también los ediles perdieron sus atribuciones, tampoco había candidatos para que, de modo que Augusto los designaba a ocupar esos cargos entre quienes habían sido cuestores o tribunos y que los eximiese de la cura laudorum, que pasó a los cuestores. Se cree que la edilidad fue suprimida en tiempos de Alejandro Severo.

En lo que respecta a las Asambleas Republicana, los comicios de a poco fueron decayendo hasta desaparecer con la llegada del Imperium, Julio César les restringió la posibilidad de decidir cuestiones relacionadas con la guerra y con la paz. Augusto permitió que los domiciliados fuera de Roma enviaren por escrito sus votos, pero privó a éstos cuerpos de sus atribuciones judiciales. Los comicios por centurias desaparecieron por completo, antes de los comicios por tribus porque la división del pueblo por clases dejó de existir bien pronto. En cuanto a los plebiscitos, desaparecieron como elemento de la legislación, ya en tiempos de Tiberio porque el pueblo no ejercía el poder legislativo.

## **La Diarquía**

Es el período en el que el poder es compartido entre el Senado y el Imperator, el poder del Senado era menor del que gozaba en tiempos de la República, tenía participación en la toma de las decisiones más importantes, el Emperador en su designación era aprobado por el Senado el que le daba además la suma de las facultades civiles que iba a ejercer;

- conservaba el derecho a legislar junto con los comicios;
- si bien el Emperador era el que declaraba la guerra o la paz se enviaba un embajador ante el Senado o que informaran bajo que condición se hacía la paz.

- conservó la administración de algunas provincias;
- administraba el tesoro público;
- En la acuñación de la moneda el Senado tenía casi los mismos derechos que el Emperador;
- a partir del año 27 a.C. se había establecido que el senado y el emperador podían acuñar monedas de oro y de plata, luego se acordó que el Senado tenía la acuñación de la moneda de cobre, que era un metal más valioso se usaba para el pago de sumas importantes.

En tiempos del imperio era mayor el poder del Príncipe, Augusto respecto del Senado tuvo una postura conciliadora a pesar de las diferencias que había entre ambos, por el carácter cada vez más absoluto que tenía el emperador. Los derechos y obligaciones del emperador se mezclaban con los de la época de la República no había por lo tanto una división de poderes bien marcada entre el emperador y el Senado, con respecto a éste se puede decir:

- Presidía el Senado;
- Se le presentaban proyectos;
- Influyó moralmente en las votaciones, aún en aquellas cuestiones en las que el Senado actuaba como tribunal de justicia;
- Augusto intervino en la formación del senado;
- Controlaba que los senadores cumplieran con todos los requisitos, caso contrario eran excluidos de ese cuerpo.

### **Las Fuentes del Derecho durante éste período**

En los primeros años del imperio los comicios dictaban leyes, pero de a poco su poder se va trasladando al Senado que empieza a dictar su normativa a través de los SENATUSCONSULTUM, a partir de Septimio Severo pierden poder y éste pasa al emperador, siendo la principal fuente del derecho las constituciones imperiales.

Las últimas leyes dictadas por los comicios fueron la Lex Julia de Maritandis Ordinibus y la Lex Iulia de Adulteriis, propuestas por Augusto, pero al recibir innumerables críticas la reformula y la hizo pro-

poner por los cónsules con el nombre de Lex Iulia et Pappia Poppea, se trataba de una ley social debido a la cantidad de divorcios que había en esa época, en ella se establecía que los jóvenes que tuvieran la edad suficiente contrajeran matrimonio por estar solteros-célibes-, al igual que los viudos –*pater solitarium*-, y los *orbis*, caso contrario se establecían sanciones pecuniarias y la parte que les correspondía a ellos en el derecho sucesorio acrecería la porción de los demás co-herederos, ley que, además permite el concubinato y la unión entre extranjeros y nacionales. Otras leyes de importancia que se dictaron en ésta época fueron la Lex Aelia Sentia, Lex Fuffia Caninia y Lex Iunia Norbana sobre manumisiones de esclavos, la Lex Claudia que se refería a la tutela de las mujeres.

### **Los Senadoconsultos**

En la práctica los comicios ya no se reunían debido a que el aumento de la población hacía impracticable que una gran cantidad de ciudadanos se reunieran para aprobar las leyes, se estableció que dicha voluntad fuera suplida por los votos del senado, entonces el emperador presentaba sus proyectos que debían ser aprobados por éste cuerpo, no hay certezas de cuando se produjo éste cambio, al principio los senadoconsultos se hacían en forma de dictámenes y su cumplimiento era garantizado por el Pretor, luego los senadoconsultos se dictaban con carácter imperativo. La mayor cantidad de ellos se dictan en tiempos de Claudio, como el senadoconsulto Macedoniano-que prohibía prestar dinero a los filii familias- y el senadoconsulto Veleyano- que prohibía a la mujer obligarse por otro-.

Desde tiempos del emperador Adriano hasta Septimio Severo en materia de derecho privado se legisló a través de los senadoconsultos, como el Tertuliano y Orphiciano-referidos a las sucesiones ab intestato-; el *oratio Severi* dictado por Septimio Severo-referido a la enajenación de los bienes de los pupilos-; el *Oratio Antonini*, dictado por Caracalla-referido a las donaciones entre esposos-.



Con el paso del tiempo la votación del senado se convirtió en una cuestión formal, debido a que la elección de los senadores estaba en manos del emperador y éstos respondían a sus intereses, a partir de Adriano solo el emperador podía hacer propuestas al senado, el proyecto se expone por medio de una oratio principis a los senadoconsultos que se limitaron a ratificar la voluntad del emperador, como la oratio Severi, oratio Antonini.

## **Las Constituciones Imperiales**

Son normas jurídicas creadas por los emperadores que van desde Augusto hasta Alejandro Severo. La jurisprudencia tiene en cuenta las dictadas en tiempos de los Antoninos y los Severos.

### **Clases**

#### 1) Edictas

Eran órdenes de los emperadores, de carácter obligatorio y que estaban dirigidas a toda o parte de la población, derivan del jus edicendi de éstos, ya que tenían imperium proconsular. En cuanto a la forma son iguales a las producidas por los magistrados republicanos. Se comunicaban al Senado por medio de una oratio del Emperador, se las ponían en conocimiento de la población cuando se las colocaban en lugares públicos. No debemos confundirlos con los edictos de los magistrados.

Si las edictas eran dictadas en forma oral delante de las tropas, se las denominaban orationes in castris habitae.

#### 2) Los decreta

Emanaban de las atribuciones que tenía el emperador en la administración de justicia.

Los decreta eran las decisiones de controversias judiciales, o dicho de otra forma eran sentencias ya sean en la primera o en la última instancia, después de haberse realizado un juicio.

### 3) Rescriptos

Son respuestas que otorgan los emperadores, sobre cuestiones de derecho sobre las cuales consultaban particulares o magistrados como los gobernadores de provincias, en casos de dudas o que no estaban contemplados por la ley, que les son sometidas a su consideración por oficiales públicos o privados. La extensión a los privados se hace general después de Adriano. Los pedidos de estas son llamados libelos, praeces o supplicationes, los de los oficiales públicos, relaciones, consultationes, suggestiones.

Estos últimos se contestan mediante subscriptiones, y las adnotationes era cuando la respuesta se hacía al pie o al margen del pedido, epístolas si se hacían en una carta y pragmática sanctiones si se hacían en un acto solemne.

Del contenido de las respuestas estaba encargado un oficial.

Puede suceder, que el emperador en vez de responder al privado, responda directamente a quien deba decidir la controversia en merito a la cual el rescripto ha sido solicitado. Tiene la forma de una carta (epistola, hace referencia a los nombres del emperador y del destinatario, a quien se manda una expresión de saludo, el texto y luego la firma del emperador acompañado de un rescripti o scripsi, y la fecha. Las partes iniciales y finales de los rescriptos, son simplificadas en las colecciones de Constituciones, así, el código de Justiniano deja en la inscriptio estaba el nombre del emperador y del destinatario, y en la subscriptio el lugar y la fecha de expedición.

Los términos de inscriptio y subscriptio con los cuales se indican las partes iniciales y finales de los rescriptos como parte de todas las Constituciones son modernos.

Las subscriptiones se usaban para las consultas que hacían particulares para que el magistrado que debía ejecutar el rescripto supiera y comprobara la exactitud de los hechos que fueron alegados en la instancia.

Las epístolas se usaban para contestar las preguntas realizadas por los magistrados.

Las pragmática sanciones se hacían solo respecto de las corporaciones.

Los rescriptos resolvían una cuestión de derecho, tenían además carácter vinculante

Tanto los decretos como los rescriptos aplican el derecho vigente.

Constitutio Personali o para imponer una nueva norma de carácter general Constitutio generalis. El problema presentado al conocimiento imperial es la ocasión para la modificación del derecho vigente.

## **Mandatos**

Eran una variante de los Edictas, eran las instrucciones dadas por los emperadores a los órganos de la administración periférica, gobernadores de provincia, tanto de las provincias senatoriales como de las imperiales a quienes les delegaba su jurisdicción. En ellos establecía conceptos jurídicos generales que debían cumplir referidas al gobierno y a la administración de justicia, la mayoría eran de carácter administrativo. Eran pocas las que regulaban sobre derecho privado. Se guardaban en orden cronológico.

## **El Origen de las Constituciones Imperiales**

Augusto bajo la apariencia de cónsul o tribuno obtenía la aprobación de sus proyectos a los que hacía pasar como senadoconsultos, pero con el paso del tiempo el Senado fue perdiendo poder y la tarea legislativa fue absorbida por los emperadores. El emperador en su calidad de magistrado podía promulgar edictos, por la jurisdicción de la que gozaba y a título de pretor emitía ésta normativa con carácter obligatorio.

Los mandatos fueron consecuencia de la delegación de los poderes del emperador hacia otros magistrados como los gobernadores de provincias. Tenía en común con los demás magistrados la administración de justicia, además con la potestad tribunicia podía oponer-

se a la ejecución de las disposiciones de otros magistrados, también podían resolver las sentencias en última instancia, ese es el origen de los decretos. En los casos en que la cuestión debía ser resuelta por el emperador se le consultaba como había que resolver dicha cuestión aparecieron los rescriptos.

Los edictos se dictaron de manera más frecuente desde Constantino. En cuanto a los rescriptos y decretos hasta el emperador Adriano éstos no ejercían el poder legislativo, los jurisconsultos preferían las sentencias de sus colegas y no las de los emperadores.

### **Evolución en tiempos del imperio**

Las Constituciones Imperiales, se dividen en categóricas

Solo los mandatos no cuentan como fuentes de derecho. La posibilidad de crear nuevas normas por medio de rescriptos, se halla limitada

Constantino, por ejemplo, estatuye la nulidad de los rescriptos que sean contrarias al derecho vigente, Arcadio prohíbe la extensión, del caso en el contemplado, de un principio contenido en un rescripto. Valentino III, dispuso que el emperador pueda estatuir en un rescripto, una norma tenga valor general. Justiniano admite que toda interpretación legal, en cualquier tipo de Constitución, tenga extensión general. Se crea la oposición entre leyes generales, que son los edictos y los rescriptos en los límites vistos y las Constituciones personales o sea la mayoría de los rescriptos. La contraposición clásica, tiene otro significado. Los decretos son sometidos a la misma limitación que los rescriptos. Justiniano admite valor de los decretos emitidos en presencia de las partes.

El motivo de estas disposiciones restrictivas, ignoradas por la edad precedente, es el temor que, por vía de la corrupción de los funcionarios, el emperador pueda cambiar el derecho vigente sin tener la intención de hacerlo. Las Constituciones Imperiales, una fuente de derecho fruto de una voluntad autoritaria y arbitraria, elaborada para servir fines personales y egoístas, constituye por el contrario, el resul-

tado de equilibrados procesos mentales controlados y limitadas por los más severos resortes legales, y avalados, por las más prestigiosas opiniones de la jurisprudencia.

Una nueva especie de Constitución, es la pragmática *sanctio*, la que podría definirse como una providencia que se ubicaría entre la *lex generalis* y el *rescripto*, en cuanto es emitida a pedido de un particular, que contempla materias de interés general.

La dualidad de emperadores, reinante cada uno sobre una parte del imperio, no tiene efectos sobre la extensión espacial de las Constituciones, cada una tiene valor para todo el imperio y por eso normalmente la *inscriptio* recoge los nombres de todas los Augustos y de los Cesares. Se mantiene esto hasta que Teodosio II establece el procedimiento de formulación de las leyes generales, el proyecto deberá ser presentado en el *consistorium* y en el senado, luego redactado en su forma definitiva y leído ante esos dos órganos de gobierno. El *quoestor sacri palatii* tiene a su cargo el control legislativo. Después de la publicación del código de Justiniano en el 534, se hace regla la redacción en idioma latino.

El estilo está lejos de la claridad de las Constituciones clásicas, lo que genera no pocas dificultades de interpretación.

Los prefectos del pretorio (*praefecti praetorio*) tienen la facultad de elaborar normas jurídicas, las que llevan los nombres de *edicta*, *programmata*, *formae*, *praecepta*, *commonitoria* y se refieren las mas de las veces a materias administrativas, otras a derecho privado y procesal y tienen valor dentro del ámbito de competencia territorial del prefecto individual.

## **Las primeras colecciones de constituciones**

Las necesidades de la práctica empujan en primer momento a los mismos privados a realizar colecciones de Constituciones Imperiales, que en la terminología de esta edad se llaman *leges*. En el alto Imperio coleccionados por Paulo, una compilación de Constituciones de Marco Aurelio, y Lucio Vero, atribuidas a Papirio Justo, la recopilación

ción de derecho de Adriano, la de Dositeo, y la hecha por Ulpiano de las Constituciones dictadas contra los cristianos.

En época de Diocleciano estamos ya frente a colecciones tan avanzadas como los códigos Gregoriano y Hermogeniano. Ellas son privadas y constituyen el fruto del esfuerzo de los estudiosos Gregorianos y Hermogeniano, de la escuela de Berito.

El código Gregoriano constaba por lo menos de 14 a 15 libros divididos en títulos. Su Constitución más antigua, por lo menos entre aquellas cuya fecha es segura, es del 196 y la más reciente del 295, de Maximiano y Diocleciano, de Séptimo Severo. Se opina que la última ha sido agregada con posterioridad a la publicación del código, lo que se sitúa por el 291. Sus leyes son casi todos rescriptos y en su ordenación se sigue el llamado sistema de digesto. Los 13 primeros libros contienen las materias del edicto perpetuo de Salvio Juliano y el decimocuarto trata del derecho criminal. El código Hermogeniano está formado por 38 Constituciones publicadas entre el 287 y el 304, bajo los gobiernos de Diocleciano, Maximiano y Constantino.

Su publicación se presume por el 294 y Constituciones posteriores, del 364 y 365, han de considerarse agregadas. Dicen que el código Hermogeniano proviene de la época de Valentiano, alrededor del 365.

Ni uno y otro código nos ha llegado. Fueron reunidos por las leyes romanas bárbaras y a extractos jurídicos de la época.

El código Teodosiano es, una colección oficial de Constituciones, lograda como resultado del encargo dado por Teodosio II (401\_450) emperador de Oriente, una comisión de 9 miembros, en el 429, recoge todas las leyes generales producidas desde Constantino en adelante, los modelos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y por riguroso orden cronológico.

Se establece así mismo la facultad de complementaron, llenar por el recopilador, un criterio lógico, los vacíos legales que pudieran aparecer, actitud esta que representa un valioso antecedente para las futuras interpolaciones que se habían de efectuarse en este campo. Se

incluirían las constituciones que no estuvieran en vigor. Terminaba la obra se ordenaba iniciar otra que contuviera extractos, de códigos Gregorianos, Hermogenianos, Teodosiano y también de obras de los juristas clásicos, con la prohibición, de recoger normas no vigentes, lo que debería constituir un manual práctico.

El propósito del emperador no se lleva a cabo, una nueva comisión de 16 miembros, ordenándolas por materias y cronológicamente, a los encargos la facultad de modificar las Constituciones donde lo consideren necesario. La obra se cumple esta vez y puede ser publicada el 15 de febrero del 438, entrando en vigencia el 1 de enero de 438.

Una pragmática *Sanctio* es enviada al colega de Occidente Valentiniano III, adquiriendo así vigor en la otra parte del imperio.

Está formada por 16 libros y contiene *leges generales* desde Constantino a Teodosio II, del 313 al 437. El derecho público, el administrativo, tiene una meta prevalencia sobre todas las otras materias. Su amplio conocimiento nos llevo a través del *Breviario de Alarico*.

Una serie de Constituciones de Teodosio II, Marciano, Máximo, León, Valentiniano III, Maioriano, Severo III, Antemio, tratando materias importantes como nuevas formas de legitimación y testamento, matrimonio y divorcio, todas a la publicación del código Teodosiano, ha llegado de diversas maneras, entre ellas el *Breviario de Alarico* y llevan el nombre de *novelas postteodosianas*. Están estampadas en el apéndice del código Teodosiano y ordenadas como códigos en libros y en títulos 16 Constituciones anteriores a la compilación de Teodosio fueron descubiertas y publicadas en 1631 por el jesuita Sirmond, por lo que llevan el nombre de *Sirmondinae*, agregándose al apéndice del código Teodosiano.

## **Copias y comentarios de las constituciones imperiales**

El destinatario o recipiente podía publicar la respuesta del emperador, si lo deseaba, edicto a la población provincial, del contenido de las cartas imperiales. Las peticiones hechas al emperador por privado, eran manejadas por la oficina a *libellis* donde se bosquejaba

las respuestas sometidas al emperador para su aprobación y firma, junto con una copia oficial de la consulta. Petición y subscriptio eran enviadas a la residencia imperial, para ser posteriormente archivadas en roles. El peticionante autorizaba luego acceso al archivo, podía, obtener transcripción certificada o leer y copiar la respuesta.

## **Constituciones Imperiales y jurisprudencia**

Las referencias normativas imperiales, suministran una notable y abundante serie de datos, explotados, para el problema de las *interpretatio prudentium*. Dichos datos permiten observar la íntima y natural conexión entre las dos fuentes de creación del derecho en la edad del principado.

Existe una larga y elocuente serie de textos que demuestran y comprueban la actividad normativa imperial se mueve en el camino trazado por la jurisprudencia, como el emperador, sus intervenciones en el campo jurídico, la expedición de rescriptos, se ha inspirado en los principios, en concepciones y en las enseñanzas elaboradas por grandes e ilustrados exponentes de la ciencia jurídica. El más antiguo jurista es Servio Sulpicio.

Coloca en plano de mutua colaboración y de fecundo cambio de ideas y de experiencias por un lado la jurisprudencia, Adriano, manifiesta interés por las constituciones, la legislación imperial no pertenece indiferente a la primera. La autoridad Imperial se apoya en el imponente y orgánico sistema de principios jurídicos de la jurisprudencia, en su tradición, su refinado método científico y fuerte personalidad de jurisconsultos como Juvencio Celso y Salvio Juliano.

La legislación Imperial se inserta y hunde sus raíces en la jurisprudencia, obteniendo su primer y vital alimento. Entre los emperadores la convicción de dirigirse a *interpretatio prudentium*, como la directa expresión de la común conciencia jurídica.

La fidelidad a la tradición jurisprudencial se operaba al margen del hecho de que se fueran concretando los poderes en las personas del príncipe. Se sostuvo en doctrina, a los rescriptos y a los derechos,



que el príncipe se limitaba más de las veces a aplicar el derecho vigente, asumiendo respecto a este una función de mera interpretación. La preocupación por dejar intacta el núcleo tradicional de los principios, aun introduciendo normas en el ámbito del ordenamiento jurídico vigente. Los motivos que intervienen al emperador son el derecho y su intervención, son motivos de equidad. El soberano actúa sobre un procedimiento de la jurisprudencia, *Fictio Iuris*, que permite aportar derogaciones, desviaciones de las normas preexistentes, sin ahogarlas. Del frecuente uso de las *Fictiones Iuris*, la legislación Imperial logra introducir el ámbito del derecho vigente, reglas que no se presentan como elementos de fuerza del ordenamiento jurídico, se insertan naturalmente y sin resistencia, toma un sistema que no les es extraño.

La enorme fuerza del poder Imperial, se podrá comprender la importancia que significa el hecho de la corrección y por los emperadores hacia la jurisprudencia. Ambas fuentes conviven y coexisten desde Adriano hasta Alejandro Severo y se integra en un cambio de ideas y de motivos. El hecho las Constituciones se inspiran en la equidad, se refleja sobre la jurisprudencia, induciendo a estas a renunciar a posiciones rígidas y obligándolas a recoger principios que estén de acuerdo con las nuevas exigencias sociales.

El poder normativo del emperador se basa en la auctoritas que es una imposición; la jurisprudencia, se apoya en el rigor lógico del pensamiento y en el crédito y la fe que los jurisconsultos inspiran en el ámbito social. El emperador cierra el desarrollo especulativo y creador de la ciencia jurídica al imprimir ductilidad y elasticidad a su interpretación de la jurisprudencia. La valoración por parte de los jueces y de los particulares, en provincia, una respuesta a sus preces, de la cancillería imperial.

### **El edicto perpetuo de Salvio Juliano**

Redactado en tiempos de Hadrianus se trata de una compilación edictos o creación del derecho pretoriano, realizada por el pretor que gozaba del *ius edicendi* y podía crear edictos en el ejercicio de su ju-

risdiction, porque su función era la de administrar justicia respecto de los casos que se le fueran presentando.

No solo el pretor dictaba éstas normas sino también los gobernadores de Provincias.

Éste cuerpo legal se redactó por diferentes motivos:

- a) La incoherencia de las disposiciones de los distintos edictos que estaban en vigencia;
- b) Las dificultades que tenían los pretores para redactar normas debido a que adoptaban las de sus predecesores.

La finalidad de crear ésta nueva normativa fue establecer un orden lógico y coherente de distintas normas que solucionaban los conflictos planteados por los particulares, así se evitaba que ante un mismo problema las soluciones fueran dispersas.

Sus partes eran cuatro:

- a) La primera era la que iba desde que se incoaba la acción hasta la *litis contestatio*.
- b) La segunda y la tercera se referían a los diversos procedimientos.
- c) La cuarta a la ejecución del juicio después de la sentencia.
- d) Un apéndice con las fórmulas de los interdictos, de las excepciones y de las estipulaciones pretorias. Ésta parte no se daba a conocer públicamente
- e) El edicto se dividía en 45 títulos.

La redacción de ésta normativa no privó a los pretores del *ius edicendi*. El Emperador Adriano hizo que ésta obra fuera conformada por un *senadoconsulto*, con la potestad de poder llenar los vacíos legales lo que impidió el ejercicio de la actividad de los pretores. Éste edicto ejerció influencia en el procedimiento civil. Los pretores continuaron ejerciendo su actividad en la medida que siguió ejerciendo esa magistratura y si bien podía proponer edictos adoptaban las prescripciones del edicto *Perpetuo* porque tenía una autoridad que venía del emperador avalado por un *senadoconsulto*, las modificaciones solo podía hacerlas el emperador. Los edictos redactados por los ediles *curules* fueron compilados por *Salvio Juliano* pero sepa-

rados de los edictos del pretor que también fue confirmado por el mismo senadoconsulto, sucediendo algo similar que con los edictos del pretor, después de la compilación realizada los ediles seguían la disposiciones de Salvio Juliano.

### **La Respuesta de los Jurisconsultos. Augusto y el Ius Publice Respondendi**

La actividad de los prudentes hacia fines de la República fue creciendo a medida que disminuía la labor de los pretores, de a poco, fueron teniendo más influencia que las constituciones de los emperadores.

De modo que una vez que se disminuyó el poder de los jurisconsultos y de los magistrados, Augusto quiso acaparar para sí las cuestiones del derecho, estableciéndose que los jurisconsultos respondiesen en virtud de su autorización, quería que las respuestas de los jurisconsultos fueran emanación de su propio poder, *ut ex auctoritate eius responderent*.

De ésta manera hubo un grupo de jurisconsultos que tenían el carácter de privilegiados y oficiales, que tenían el derecho de responder cuestiones legales investidos de la autoridad del Príncipe, pudiendo poner su sello o firma. Se presume que, al tratarse de juristas autorizados obligaban a los jueces con fuerza de ley, pero en caso de disidencia del juez éste podía seguir su criterio, surge éstos de un rescripto de Adriano.

### **Controversias entre Sabinianos y Proculeyanos: características de estas escuelas y sus exponentes**

En tiempos de Augusto se produjo una situación por la cual se abrió una brecha entre las opiniones de los distintos jurisconsultos, se formaron dos escuelas fundadas por Capitón y Labeón, quienes seguían la corriente del primero se llamaron proculeyanos (de Próculo, uno de los jefes de ésta escuela), y los que seguían al segundo sabinianos (de Masurio Sabino segundo jefe de ésta rama).

En nuestra época solo ha llegado un parte de las disputas entre ambas escuelas, porque Justiniano en su labor compiladora ha dejado de lado muchas de ellas.

Los proculeyanos se caracterizaron por ser innovadores y progresivos, republicanos intransigentes, defensores de la equidad, tenían en cuenta el espíritu de la ley y su extensión, para la deducción usaban el procedimiento lógico, cuando se establecía un principio deducían todas sus consecuencias contenidas en él. Eran dialécticos, Labeón estuvo influenciado por la filosofía estoica, tomando de ésta el método del raciocinio más que la moral, quería hacer de la jurisprudencia una ciencia lógica, se quería desentender de las opiniones de los antiguos que se apartaban de las reglas que estaban ligadas a los principios generales del derecho. Sus exponentes fueron: Labeón, Nerva (padre), Próculo, Nerva (hijo), Pegaso, Celaeo (padre), Celaeo (hijo), Veracio Prisco y Capitón.

Pero las marcadas diferencias entre una y otra estaba dada por los diferentes métodos usados por cada una para arribar a sus conclusiones, se apoyaban en lo que decía el texto de la ley y buscaban apoyarse a la vez en la toma de decisiones en alguna autoridad, ya fuera la experiencia, la jurisprudencia de los autores o de los tribunales o las ideas recibidas. Tenían en cuenta la práctica, la realidad, preferían reproducir las opiniones de los antiguos a crear unas nuevas. Sus exponentes fueron: Cayo Casio Longino, Celio Sabino, Prisco Jaboleno, Aburnio Valento, Tusciano, Masurio Sabino, Salvio Juliano, Pomponio y Gayo.

Con el paso del tiempo tuvo prioridad la escuela de los sabinianos por encontrarse juristas como Gaius y Juliano. Después de Adriano cesaron las controversias entre ambas escuelas. Las escuelas plantearon controversias sobre los siguientes puntos:

- a) Uno de los temas fue cuando se llegaba a la pubertad ya que significaba el cese de la tutela, así los sabinianos decían que dependía del desarrollo físicos de cada persona, mientras que los proculeyanos establecían edades estándares, de 14 años para el varón y de doce años para la mujer.

- b) Otro tema fue comprobar el nacimiento con vida de una persona, ello era de relevancia porque si había nacido con vida había que establecer el orden sucesorio, en cambio si había nacido muerto era irrelevante desde el punto de vista jurídico; los sabinianos sostenían que era necesario que el nasciturus respirara, mientras que los proculeyanos decían que el nasciturus debía haber gritado, para que no haya lugar a dudas de que había nacido con vida.
- c) Un aspecto controversial también fue la especificación, este era un modo de adquirir la propiedad de las cosas cuando alguien con su trabajo hacía un objeto nuevo con la materia de otro, había que determinar quién era el dueño de la materia y quién el del producto industrializado. Los proculeyanos decían que la materia prima había desaparecido civilmente y que lo producido debía pertenecer a su creador, el vino debía pertenecer al que lo había industrializado (si tomamos el ejemplo de la uva transformada en vino). Los sabinianos decían que la propiedad pertenecía al dueño de la materia prima, en el ejemplo dado al dueño de las uvas, decían que la materia existía siempre y la nueva forma que ella había adoptado no hacía más que modificarla sin destruir su sustancia. También decían que la materia era lo principal, en todas las cosas, que la forma no tenía una existencia independiente. Justiniano se inclinó a favor de la postura de los proculeyanos siempre que el objeto no volviera a su forma anterior.
- d) En las obligaciones se fijaba un cierto número de días de mercado para su vencimiento, los sabinianos decían que se debía cumplir el primer día de mercado, mientras que los proculeyanos consideraban que se podía cumplir hasta el último día de mercado, la última solución fue la seguida por Justiniano.
- e) En cuanto al precio los sabinianos decían que éste no era indispensable para la existencia de un contrato de compraventa que el precio fuera en dinero. Los proculeyanos sostenían que el precio debía ser en dinero, solución que fue adoptada por el Emperador Justiniano. Si el precio no era en dinero y se entregaba a cambio otra cosa se trataba de un trueque.

- f) En lo que respecta a la cosa entregada en pago, si era distinta a lo convenido, la obligatio quedaba extinguida ipso iure, ésta fue la solución adoptada por Justiniano. Los proculeyanos consideraban que el deudor quedaba ipso iure obligado, pero al acreedor le estaba permitido oponerse por una excepción de dolus malus.
- g) En cuanto al dominio de las cosas abandonadas para los sabinianos el dominio de estas cosas termina cuando el sujeto se desprende de ellas, en cambio la postura de los proculeyanos es que la propiedad de la cosa permanece hasta que otro tenga la posesión de ella.
- h) En cuanto a la acción noxal, es la que nace en favor del perjudicado, en el caso de que un filius o un esclavo quede sometido por adopción u otra causa a la persona que tenía contra él el derecho de noxa, los sabinianos decían que desaparecía éste derecho, mientras que los proculeyanos decían que la acción quedaba suspendida hasta que terminara la potestad.
- i) Se discutió si para ser entregado en noxa un hijo se lo tenía que mancipar una o tres veces.
- j) Cuando un esclavos en condominio compraba una cosa, sin decir para cual de los dueños era, los sabinianos decían que la propiedad la adquiría el patrón de quién emanaba la orden, es la solución seguida por las institutas. Los proculeyanos sostenían que ambos dueños tenían derecho sobre la cosa adquirida por el esclavo en común.
- k) Los sabinianos decían que un testamento en el que no se consideraba a un hijo sometido a patria potestas no es válido si muere el hijo antes que el testador, y ésta es la solución que se siguió después, mientras que los proculeyanos sostenían que la muerte del hijo quitaba todo vicio de nulidad.
- l) En una cosa legada per vindicationem y bajo condición mientras la condición no se cumplía, los sabinianos consideraban que la propiedad la tenía el heredero, los proculeyanos consideraban que no correspondía a ninguno.

- m) Para los sabinianos en el caso de un legado con condición imposible, dicho legado no era nulo, sino que lo era la condición; para los proculeyanos todo el legado es nulo, ambas escuelas estaban de acuerdo en que en el caso de condiciones imposibles en contratos inter vivos dichos contratos eran nulos.
- n) En cuanto al lugar de pago, los sabinianos decían que si se recibía el mismo en una parte que no era la acordada, el pagador tenía que pagar un interés que era el que debía en otro lugar, para los proculeyanos esto no era justo; si alguno no quería que se le pague en una ciudad determinada que se le abone el interés de la ciudad en donde desea recibir el pago.

### **Los Jurisconsultos clásicos: Las obras de los Prudentes: sus clases**

Los principales exponentes de la jurisprudencia clásica fueron: Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino.

- a) Gayo: No haya certezas de la fecha y el lugar de nacimiento, su nombre aparece por primera vez en las constituciones imperiales del siglo V, no fue citado nunca por los jurisconsultos, sigue las corrientes de los sabinianos, sus obras fueron de carácter elemental, siendo: *Ad edictum provinciale*, *Ad legem XII Tabularum*, *Las Instituciones*, *Res Cottidianae*, llamado también *Libris aureorum*, difundándose solo en la provincia en la que vivía. De sus obras se tomaron algunos fragmentos para el *Digesto*, la obra de Justiniano. *Las Institutas* era una obra que estaba destinada a la enseñanza del derecho, siguen su misma estructura las *Institutas* de Justiniano. En 1816 Niebuhr encontró un palimpsesto en la biblioteca de Verona, en el que había una copia del siglo VI de las *Epístolas* y las *Polémicas* de San Jerónimo, contenía restos de una escritura más antigua que, era las *Instituciones* de Gayo, copiada aproximadamente en el siglo V, a raíz de éste descubrimiento se produjo el resurgimiento del Derecho Romano en el siglo XIX. En 1898 el francés Chatotain descubrió en Autun otro palimpsesto-

to con la paráfrasis de ésta obra, también escrita en el siglo V.

- b) Papiniano: Desempeñó diferentes cargos durante el reinado de Marco Aurelio y de Septimio Severo, siendo designado por éste último como Prefecto del Pretorio, antes de morir le encargó la educación de sus dos hijos Caracalla y Geta. La paz entre sus hijos pretendida por Septimio Severo no fue tal y cuando Caracalla mató a Geta, éste último pretendió que Papiniano justificara el crimen ante el senado, ante lo cual el jurista se opuso. También desempeñó cargos durante el reinado de Marco Aurelio. Entre sus obras encontramos 37 libros de Quaestiones; 19 libros de Responsorum; de Definitionum y otros más. Fue uno de los cinco jurisconsultos clásicos cuyas opiniones tuvieron fuerza de ley, y en caso de disidencia entre ellas las de Papiniano tenían mayor fuerza de validez por sobre las demás opiniones de los restantes jurisconsultos. De sus obras también se tomaron fragmentos para el Digesto.
- c) Paulo: Tuvo su apogeo en la época que va desde Commodo hasta Alejandro Severo fue el que realizó la mayor cantidad de obras, su obra máxima son las Sententiae. En tiempos de Alejandro Severo fue Prefecto del Pretorio.
- d) Ulpiano: Es otros de los grandes juristas de la época clásica, también fue Prefecto del Pretorio en tiempos de Alejandro Severo, su labor fue compiladora, su producción fue amplia abarcando distintas áreas del derecho, comprendió 287 libros, su obra principal son las Regulae, que surgen de un manuscrito hallado en la Galia en el siglo X. También redactó Libri et Edictum y libri ad Sabinum.
- e) Modestino: Escribió muchas obras y de ellas tomó algunos fragmentos Justiniano para su obra, en la obra en griego explicó los principios generales del derecho.

## **La enseñanza del derecho en tiempos de Roma**



El derecho en los primeros tiempos fue privativo de los pontífices en lo que hacía a la confección de las fórmulas y a la interpretación de la voluntad de los dioses el *populus* estaba ajeno a él. Hasta que llegó al pontificado Tiberio Coruncario y fue el que al develar lo secreto de las fórmulas, puso el derecho en conocimiento del pueblo. La Ley de las XII Tablas debía ser estudiada de memoria.

A fines de la República, la enseñanza teórica se unió a la práctica. Durante el bajo imperio con la existencia de las dos escuelas se siguió con la misma práctica. En la última mitad del siglo I d.C. se empezó a separar la enseñanza teórica y práctica.

Las escuelas de Roma traían discípulos de todas partes del Imperio, también empezaron a surgir algunas escuelas en las provincias.

A principios del siglo II d.C. encontramos en Berito, Fenicia, una escuela de derecho de renombre en la época, luego se abrieron otras en Roma y en Constantinopla, todas estas escuelas eran privadas. Desde tiempos de Teodosio II el Estado se preocupó por la enseñanza del derecho y la subvencionó.

Ulpiano refiere que los profesores de derecho se hacían pagar sus lecciones, sin embargo no tenían acción para perseguir en justicia el cobro de sus honorarios.

## **El bajo imperio**

La monarquía absoluta. Reformas de Diocleciano y Constantino. Cambio en la organización política y social

El bajo Imperio abarca el período entre la muerte de Alejandro Severo hasta Justiniano. A fines del siglo III el poder se consolida en el emperador, como consecuencia de la anulación de la diarquía.

La estructura del Imperio sufre un lento proceso que lleva a dividir el imperio en oriente y occidente, Diocleciano gobernó oriente y Maximiano el occidente, a ello se sumaba que, la unidad romana se debilitaba y eran constantes los ataques de los bárbaros, Diocleciano, nombró dos césares, uno para él y otro para Maximiano, así se constituyó la tetrarquía. La constitución del Imperio fue monárquica, la

autoridad imperial no quedó sometida al senado, en las provincias se separaron los poderes civiles de los militares que hasta ese momento pertenecían a los gobernadores.

Después de la heptarquía (305-323), comenzó a reinar Constantino, quién estableció como religión oficial del imperio al cristianismo, continuó además la labor de Diocleciano, todo se centralizó en la actividad del emperador que tenía bajo su órbita a siete funcionarios o ministros.

Estos ministros eran:

- a) El intendente del palacio-*praepositus sacri cubiculi*.
- b) El que expendía y hacía ejecutar los edictos -*magister officiuorum*-.
- c) El jefe de la administración judicial-*quaestor sacri palatii*-.
- d) El encargado de la percepción de los impuestos y de las rentas públicas-*comes sacrarum largitionum*-.
- e) El administrador de los dominios y del tesoro del emperador-*comes rerum privatarum*-.
- f) Dos jefes de la guardia imperial-*comites domesticorum*-.

La administración civil estaba a cargo de seis prefectos, dos para las ciudades de Roma y de Constantinopla, y cuatro prefectos del pretorio, o gobernadores de las cuatro grandes prefecturas del Imperio: Oriente, Iliria, Italia y Galia, con trece diócesis y 115 provincias. Al frente de cada diócesis había un vicario y en cada provincia un próconsul o presidente.

### **Officio Praefecti Praetorio**

En tiempos de la monarquía se nombraba a un Tribuno militar, que tenía a su cargo el cuidado y el manejo de la milicia.

Terminada la etapa de los Reyes y en tiempos de los cónsules el cargo pasó a denominarse maestro de la milicia; en tiempos de los Dictadores se denominó Praefecto Praetorio, con mayores poderes; con jurisdicción civil y criminal.

Se supone que halla su origen estaba en los Antiguos Generales de Caballería que acompañaban a los dictadores y cuidaban de la milicia. En la República, los Emperadores Perpetuos eligieron a los Prefectos Pretorios para la reformatión de la disciplina pública, estaba por encima de los demás magistrados.

Al principio no se podían apelar sus sentencias, una vez que era leída públicamente por el Príncipe, pero era permitido suplicar al Príncipe.

El Emperador Severo declara como tomó para sí el conocimiento de todos los delitos que se cometen dentro y fuera de Roma.

Debía escuchar a los esclavos que se quejaban de sus amos por el maltrato que recibían y según el caso podía darles la libertad. Si bien el esclavo desde el punto de vista jurídico al ser incapaz de derecho, no podía ser parte en un proceso acusando a su amo, oía la queja de los esclavos por excesiva crueldad y abusos, constituyéndose como defensor de los esclavos para que no sean prostituidos.

También deberá oír a los patronos que se quejen de la desatención de sus libertos en casos de enfermedad o alimentos. Recordemos de acuerdo a lo señalado en los temas relacionados con el derecho de las personas que el patrono al haberle otorgado la libertad a quién en otro tiempo era su esclavo como señal de gratitud debía asistirlo en caso de vejez o enfermedad, debía asistirlo obligatoriamente con el pase de alimentos.

Tenían facultad para deportar.

Su jurisdicción era de Roma y un radio de cien millas afuera de ésta.

Interviene en los interdictos *quod vi, aut clam, y unde vi*.

Intervenía en los casos de tutores o curadores sospechosos de mala administración patrimonial, por sobornar, ser sobornados o por fraude, si bien la jurisdicción era del Pretor en el caso de la imposición de penas corporales era jurisdicción del Prefecto al que remitía la causa.

También intervenía cuando el patrono presenta queja contra su liberto por haberlo agraviado a él o a su familia, siendo el que dispo-

ne la aplicación de la pena en caso de haber delito, por ejemplo, una injuria. También controlaba el precio de las carnes, también que la ciudad esté abastecida de provisiones. También vela por la tranquilidad del pueblo; puede desterrar, prohibir negociaciones, la profesión, la abogacía, los espectáculos y el foro de manera temporal o permanente, podía ser con carácter permanente porque su jurisdicción era perpetua.

Por disposiciones del Emperador Hadrianus se recurre al Prefecto en relación a los *Argentarii* (banqueros) y las cuestiones pecuniarias.

## **El procónsul**

Fue designado para gobernar las provincias que estaban bajo el dominio de Roma con una labor similar a la de los cónsules en la ciudad. Los procónsules cuando salen de la ciudad tienen jurisdicción voluntaria no contenciosa, ante ellos se pueden hacer manumisiones y adopciones, con el paso del tiempo no tiene jurisdicción para manumitir.

Se informaba de la llegada del Procónsul a la Provincia por Edicto, se le debía informar por escrito el día de la llegada a su antecesor.

Los magistrados que ejercían el gobierno de las Provincias eran los Procónsules, pero cuando no eran magistrados eran llamados Presidentes, la jurisdicción que ejercían era la misma.

El Presidente puede adoptar, emancipar a un hijo, y manumitir a un siervo, ejerce el mando dentro de la provincia que gobierna, puede actuar fuera de su jurisdicción en el caso de que haya hombres que cometan delitos, porque en la delegación de la autoridad del Príncipe les corresponde ésta atribución.

El presidente de la Provincia es el que mayor potestad tiene después del Príncipe.

Debe prohibir las contribuciones ilícitas, las hechas con violencia, sin precio justo, para que nadie sea perjudicado.

Cuando debe dictar sentencia se tiene que ajustar a los términos de la demanda, también puede ocurrir que lo que se pruebe en juicio

sea desvirtuado, entonces deberá primar la veracidad de los hechos y no le que se haya probado en un juicio ya que la verdad de las cosas hechas no se vicia por los errores.

Los Gobernadores de Provincia tienen jurisdicción para condenar a penas capitales, y potestad para condenar a las minas de metal.

Cuando se asignaban los títulos de cónsul, senador y patricio fueron de carácter honorífico. También hubo cambios en el ejército: se compuso de tres cuerpos especiales: guardia palatina, los legionarios, de guarnición en las ciudades no fronterizas, y la guardia de las fronteras, compuesta generalmente de bárbaros.

Cuando murió dividió el imperio entre sus tres hijos: a Constante le asignó Italia, a Constantino II las Galias y a Constancio II el resto del Imperio, sin embargo hubo rivalidades entre ellos. El Emperador Juliano el Apóstata acaparó el imperio y trató de suprimir el cristianismo. Luego Teodosio consolidó el cristianismo y a su muerte el imperio volvió a dividirse entre sus dos hijos Arcadio y Honorio, así quedó consolidada la división entre el oriente y el occidente.

Luego de los nobilissimi, que pertenecían a la casa imperial, aparecían los patricii, los illustres, los spectabiles, clarissimi, perfectissimi o egregii, títulos que se les dan a los funcionarios según la importancia de sus cargos. El sacrum consistorium o consistorium principis, era como un Consejo de Estado, compuesto por funcionarios especiales, cuya intervención en cuestiones de derecho se destacó ya que asesoraba al emperador en la administración general del imperio.

## **La Influencia del Cristianismo**

Fue durante el reinado de Tiberio que los apóstoles habían propagado la religión cristiana, en contraposición a los dioses paganos, si bien los seguidores de la nueva religión fue cada vez mayor esto hizo que la clase gobernante fuera reacia a éstos cambios, se ponían en peligro determinados intereses ya que desde los orígenes mismos de Roma el derecho era una creación de las divinidades de allí surgía el derecho público, ello justificó la violenta reacción de la clase go-

bernante, así tenemos las persecuciones de Nerón, Vero, Domiciano y Galo, ello no frenó el auge del cristianismo. Cuando Constantino fue emperador propagó la religión católica. En la práctica no produjo grandes transformaciones ni en el campo del derecho público ni en el del derecho privado, sin perjuicio de una modernidad del derecho que rompió con los viejos estereotipos del derecho divino de los primeros tiempos, por ejemplo la nueva influencia se ve en el derecho de familia con el matrimonio y la legitimación, en el derecho patrimonial (fundaciones, lesión enorme), y Teodosio le retiró los derechos hereditarios a los cristianos que abandonaran ese credo.

---

### Las Fuentes del Derecho: Las Compilaciones

El derecho como ciencia en tiempos del bajo Imperio se estancó, decayeron las leyes, los plebiscitos y los senadoconsultos, quedaron como fuentes del derecho la costumbre, aún en tiempos de Justiniano creaba reglas obligatorias, y las constituciones imperiales que se publicaban en forma de edictos.

El *ius* elaborado por los jurisconsultos, también se estancó porque ya no había exponentes importantes que lo interpretaran, entonces se recurrió a las obras de los grandes jurisconsultos, para que haya un orden inexistente hasta ese momento se empieza a realizar un intento compilatorio que tuviera un orden lógico y coherente, es por eso que en ésta tarea se empieza a dejar de lado alguna normativa y se toma otra que servía para tales fines. De ésta manera Teodosio II y Valentiniano III dictan la Ley de Citas o Citaciones. La labor de los jueces se fue dificultando por la gran cantidad de constituciones imperiales que estaban vigentes, se inicia así una labor compilatoria, así aparece el primer código de la época de Marco Aurelio y Lucio Vero. El jurisconsulto Papirio Justo dejó una colección de 20 libros sobre

instituciones, después con la aparición de los códigos Teodosiano, Gregoriano y Hermogeniano se pone de manifiesto la tendencia del derecho de ordenarlo para su práctica aplicación en la resolución de casos, hasta llegar a la confección de la máxima obra jurídica llamada Corpus Iuris Civilis de Justiniano.

## Las Escuelas de Derecho

En tiempos de la República los alumnos aprendían el derecho de los jurisconsultos más importantes, a ella se sumaban los ejemplos prácticos y la lectura de sus obras.

En tiempos del Imperio la enseñanza, conservando la aplicación de soluciones de casos prácticos, se empezó a dar más importancia a la doctrina y aumentó la lectura de las obras. A los auditores de la época de Tiberius Coruncario, se sumaron los studiosi, Labeón residía seis meses en la ciudad con sus studiosi y otros seis meses en el campo, dedicado a escribir sus libros.

Después aparecieron aquellos que se dedicaban a la enseñanza privada y libre, son la *stationes ius publica docentium aut respondentium*, eran especies de locales destinados a la enseñanza o a la consulta.

En el Bajo Imperio además de la enseñanza privada existió la enseñanza pública, a ellas los romanos la llamaban estudios liberales.

En el código de Justiniano, aparece una constitución de Teodosio II y Valentiniano III en la que se dictaban reglas para la organización de la escuela pública de Constantinopla, de los 31 profesores dos eran de derecho.

En tiempos de Justiniano los estudios en la escuela de Constantinopla se hacían en cinco años:

- a) En primer año se estudiaban las Instituciones de Justiniano y los Preliminares del Digesto; a los alumnos se los llamaban *dupondii* y después de la reforma de Justiniano, *Justiniani novi*.
- b) En el segundo y tercer año se realizaban lecciones sobre los “juicios” y sobre las “cosas”, materias tratadas por el Digesto, y temá-



ticas como dote, tutela, testamentos y legados. A los alumnos de segundo año se los llamada edictales y a los de tercer año papianistae, debido a que se estudiaban tres libros del Digesto según las lecciones de Papiniano.

- c) En cuarto año a los estudiantes se los llamaba lytae (licenciados), se seguían estudiando los libros del Digesto, legando a un total de 36 de éstos. En lo que respecta a los catorce libros restantes (partes sexta y séptima) se les sugería los alumnos que los leyeran por su cuenta y que lo invocaran posteriormente en los juicios en los que participaren.
- d) En quinto año los prolytae (prelicenciados) estudiaban el código.

## **La Ley de Citas y sus antecedentes**

En éste período los jueces para fundamentar sus decisiones recurrieron a la antigua jurisprudencia porque no se hacía una producción científica del derecho, pero el inconveniente que se presentó era que se prescindió de realizar un razonamiento de la cuestión, aplicaban lo resuelto por éstos jurisconsultos que, a veces se contradecían las soluciones y había casos en que no entendían bien lo dispuesto.

A raíz de estas cuestiones perjudiciales, Constantino empieza con los primeros intentos para eliminar las normas contradictorias que generaban confusiones al momento de su aplicación. Estos primeros intentos no dieron el resultado esperado y por ese motivo en el año 426 se dicta una Constitución en tiempos de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III en la que se reconoce autoridad legal a los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, sin dejar de mencionarse que los escritos de Gayo no gozaban del *ius publice respondendi* se les daba el mismo valor que a los demás.

Se invalidaron las notas de Paulo y Ulpiano sobre Papiniano, también se le da autoridad legal a los jurisconsultos anteriores o contemporáneos a estos que fueran citados y aprobados por los cinco jurisconsultos nombrados, y si la doctrina de alguno de éstos exponentes

de segundo orden fuera puesta en duda por un litigante deberá probar el contrincante su exactitud presentando la obra original.

En caso de que haya discordancia entre los cinco jurisconsultos mencionados, se tuvo en cuenta lo que opinaba la mayoría de ellos, pero si los criterios empataban se tenía que seguir la opinión de Papiniano y en caso de que no hubiese emitido opinión sobre una cuestión en particular de la que se buscaba la solución, era resuelto por el juez según su prudente arbitrio.

Estas disposiciones fueron derogadas por Justiniano destacando el valor de todas las obras que gozaban del *ius publice respondendi*, y las notas de Paulo, Ulpiano y Marciano sobre Papiniano.

## **Las Leyes Romano- Bárbaras**

### El Código Gregoriano

Aparece la necesidad de compilar la gran cantidad de constituciones imperiales porque las mismas se hallaban dispersas y a causa de esto varias de ellas eran desconocidas. En tiempos de Diocleciano un jurisconsulto comenzó a compilar de manera privada las constituciones formando una colección, que según el nombre de su autor se llamó Código Gregoriano. Compuesta solo por constituciones imperiales, principalmente por rescriptos, seguía el plan del Edicto Perpetuo, tenía 13 o 14 libros subdivididos en títulos, ésta obra no tenía carácter oficial. Se han encontrado fragmentos de éste código en la *Collatio*, en la *Consultatio veteres*, en los *Fragmenta Vaticana*, y en un extracto de 13 títulos y 22 constituciones contenido en el *Breviario de Alarico* y sus apéndices. Las constituciones imperiales recopiladas son del período que van desde el año 196 hasta el año 295.

### Código Hermogeniano

Se trata de una colección de rescriptos imperiales de los siglos III y IV. El código Gregoriano no era completo y se habían dictado posterior al mismo otras disposiciones, no hay certezas de otros datos de su autor. Contiene rescriptos de Diocleciano y otro de sus colegas, el

más antiguo es del año 201, otros en los que no hay precisión con las fechas, siete de Valente y Valentiniano dictado en el año 365. Se dividían en títulos sin agruparse en libros, pero contiene muchas constituciones. Durante mucho tiempo se creyó que era una continuación del Código Gregoriano porque se los citaba juntos, se presume que uno de éstos códigos fue realizado para atender las necesidades de las prácticas jurídicas en Oriente, mientras que el otro lo fue para las de Occidente. Si bien fue una obra privada, como el Código Gregoriano hay quienes consideraron que tenía carácter oficial. Hasta nuestros días llegaron aproximadamente 38 fragmentos.

### Código Teodosiano

Los códigos Gregoriano y Hermogeniano, además de ser compilaciones de carácter privado, no contenían todas las constituciones imperiales que se habían dictado desde su publicación, como tampoco abarcaban todo el derecho vigente.

Las cuestiones relativas al derecho privado se encontraban esparcidas en leyes y en diversas obras, ello hacía que fuese conocido todo el derecho vigente por ende su aplicación.

Teodosio propuso reunir en un solo cuerpo todas las constituciones generales dictadas por los emperadores cristianos, estuvieran o no con vigencia, se eliminaba todo lo superfluo y contradictorio, se distribuían en títulos y por orden cronológico, se realizaba también otra obra amplia de carácter práctico, abarcaba todas las constituciones en vigencia, no solo las de los códigos mencionados sino las anteriores, la de los jurisconsultos clásicos que podían ser convertidos en leyes.

Para poder llevar a cabo éste proyecto, se designó una comisión en el año 429 presidida por Antíoco, quién tenía facultades para suprimir lo superfluo, haciendo las modificaciones que fueran necesarias, clasificar en partes las constituciones que trataran objetos diferentes, agregando o corrigiendo lo que fuese necesario. La obra se tenía que dividir en libros y éstos en títulos en las que estuvieran reunidas las

constituciones por materias, en orden cronológicos desde la más antigua. La obra se terminó después de tres años, fue promulgada en el año 438 para el Imperio de Oriente. La publicación iba acompañada por una ordenanza o instrucción dirigida al Prefecto del Pretorio, por la cual se prohibía la aplicación en los tribunales de toda constitución que emanaba de Constantino y sus sucesores, también se establecía que las leyes promulgadas por cualquiera de los dos emperadores tenía que ser comunicada oficialmente por el otro, teniendo éste la libertad de adoptarlas, suprimirlas o modificarlas.

En el mismo año Teodosio le envió a Valentiniano III, que reinaba en el occidente, quién lo presentó al senado y fue aprobado por este, se publicó como ley también en occidente.

Este código se divide en 16 libros y éstos en títulos, se siguieron los lineamientos del Código Gregoriano, y en cuanto al derecho privado se siguió el orden de materias del edicto.

Los cinco primeros libros se dedicaban al derecho privado, del 6 al 8 al derecho administrativo, el 9 al derecho penal, el 10 y 11 al derecho fiscal, del 12 al 15 al comunal y el 16 al Eclesiástico.

Comprende las constituciones dictadas por 16 emperadores cristianos que reinaron durante 127 años.

El código Teodosiano tuvo carácter oficial, con plena validez en los dos imperios, con el paso del tiempo en Oriente fue sustituido por las compilaciones de Justiniano, mientras que en occidente siguió con plena vigencia aún después de la compilación de Justiniano.

Los manuscritos que han llegado hasta nuestros días son incompletos, existe un extracto que fue publicado en el Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum*.

En el año 1823 se descubrieron algunas leyes de éste código contenido en los *Fragmenta Vaticana*.

## **La crítica**

Se ha acusado a los compiladores del código Teodosiano de poner constituciones favorables al paganismo y al arrianismo, de alterar la

inscripción y la fecha en algunas constituciones, haciendo extractos de otras, las colocaban repetidas en distintos títulos que no se refieren al tratamiento de esas materias.

Sin embargo a ésta obra de Teodosio II, Godofredo le asignó un valor superior incluso a la obra de Justiniano.

## **Las Leyes Romano Bárbaras**

Rómulo Augústulo, último emperador romano, fue depuesto por el jefe de los hérulos Odoacro en el año 476, la autoridad imperial pasó al emperador de Oriente, concediéndose a Odoacro el título de patricio romano. Su dominio duró poco tiempo, ya que los ostrogodos, dirigida por Teodorico, penetra Italia e invade la capital Ravenna en el año 493.

Cada pueblo respetó la organización que el otro tenía, se aplicó el sistema de personalidad de las leyes, ya que él se basa en el *ius gentium*. Por tanto, los bárbaros mantenían sus propias leyes.

En el siglo VI d.C. el rey de los ostrogodos publicó en Italia un edicto que lleva su nombre *Edictum Theodorici* destinado a los germanos y romanos que habitaban en el norte de Italia y la parte de Francia conquistada a los borgoñones, se dividía en 155 capítulos, en ellas aparecen reglas de los códigos Gregoriano, Teodosiano y Hermogeniano, algunas constituciones posteriores a Teodorico y las Sentencias de Paulo. Regía también a la población ostrogoda.

## **Lex Romana Visigotorum**

Es la más importante de las leyes romano- bárbaras, el nombre de Breviario de Alarico aparece en el siglo VI, fue realizada por los reyes bárbaros, sus sucesores extrajeron disposiciones de éste código y estas recopilaciones abreviadas eran los *breviarium*.

El nombre de Breviario Aniano, se debe a que los ministros designados por Alarico II para llevar las copias (cuyo original estaba en poder del gobierno) del código eran los Anianos.

Fue realizada para los visigodos que ocupaban el sudoeste de la Galia y parte del norte de España, por orden de Alarico II, sin otra calificación que la de Lex Romana. Redactada por Goyarico, sometida a la aprobación de una Asamblea de obispos y de nobles, fue publicada en el año 506 en Aire, Gasconia, tomaron dos fuentes; las leges y el ius de la siguiente manera:

- 1) Constituciones tomadas del Código Teodosiano.
- 2) Novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo.
- 3) Una parte de las Institutas de Gayo y un extracto de las Sentencias de Paulo.
- 4) Notas de los códigos Gregoriano y Hermogeniano.
- 5) Un fragmento del libro I de las Respuestas de Papiniano.

Normativa dictada en latín, Alarico II dispuso que cada párrafo (o ley) tuviera una *interpretatio*, que aclara el texto, resumiendo y modificando algunas veces sus disposiciones para ponerlas de acuerdo con las costumbres de la época.

Esta *interpretatio*, que durante mucho tiempo fue considerada como obra de los autores del *Breviarum*, parece tomada de los trabajos anteriores. Es reemplazado en su texto por las Institutas de Gaius, teniendo un resumen muy incompleto. Ésta normativa tuvo vigencia en España durante largo tiempo, de ella solo se conocen las Sentencias de Paulo y los códigos Gregoriano y Teodosiano.

## **Lex Romana Burgundiorum**

El rey Gondebaldo publicó su ley denominada ley Gambeta, en el año 516. Después fue re editada por su hijo Segismundo en el año 517, y anunció la creación de un código de leyes romanas para sus súbditos galo-romanos, comprendía 47 títulos.

Es una normativa que no tiene la característica de tal (ley) porque no tiene carácter imperativo, sus disposiciones comienzan en general con expresiones como las siguientes: “Sean tenidas...” “debe saberse que...”

Compuesto principalmente por textos sacados del Breviario de Alarico. En el año 534 cuando decayó el reinado de los borgoñones, comenzó a regir el Breviario de Alarico.

## **El Edicto de Teodorico**

No puede dejar de mencionarse el Edicto de Teodorico, llamado también Responsa Papiniani, se distingue de las demás colecciones de los visigodos y de los borgoñones, el primero regía para vencedores y vencidos (para los ostrogodos y para los romanos), mientras que para los visigodos y los borgoñones y el resto de los pueblos germánicos estaban regidos por el sistema de personalidad de las leyes que era el sometimiento a las leyes de sus propias naciones. Las disposiciones de Teodorico fueron la excepción al sistema que acabo de mencionar.

## **Otras Obras Jurídicas**

### **Los Fragmenta Vaticana**

En la biblioteca del Vaticano fue descubierto en el año 1821 los fragmentos de una obra jurídica denominados Fragmenta Vaticana. Se presume que el Palimpsesto, tenía 232 páginas en base a las reconstrucciones hechas.

El mismo aparece en el libro de Girard, en el que aparecen 28 páginas del manuscrito primitivo ya que éste fue raspado para escribir un texto de Casiano denominado *Collationes Aegypti Anachoretarum*.

Se duda que haya tenido carácter oficial, es probable que estuviera destinada a la enseñanza a o a la práctica judicial. No se conoce la fecha exacta de su confección, se presume que es anterior al Código Teodosiano, fines del siglo IV a comienzos del siglo V.

Es probable que haya tenido su origen en occidente, ya que se menciona una constitución de Maximiano que no aparece en el código Hermogeniano. Ésta dividida en párrafos, contiene extractos de la obra de Papiniano, Paulo, Ulpiano; constituciones de la época de

Severo y Caracalla (año 205), hasta la época de Valentiniano, Valente y Graciano (año 369-372).

Esta obra fue conocida con el nombre de *Juris Civilis Antejustinianeae reliquiae ineditae*.

## **Lex Dei**

Su nombre completo es *Lex Dei quae praecipit dominus ad Moysen*, que significa “Ley de Dios establecida por el Señor Moisés”, en la actualidad es conocida como *Lex Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio*, realizada a fines del siglo V, no hay certezas de quién fue su autor, sí que se trata de un autor cristiano porque se exponen conocimientos de los textos bíblicos, algunos presumen que se trata de una obra de San Ambrosio, obispo de Milán.

Se realiza una comparación entre fragmentos tomados de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosianos, también de las obras de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino y Gayo, tiene además algunas disposiciones de la legislación hebraica, extraídas del Antiguo Testamento.

La primera edición de esta obra fue publicada en el año 1573 por Pedro Pitthou, está dividida en libros, títulos, capítulos y párrafos.

## **Consultatio Veteris Jurisconsulti**

De autor desconocido se presume que es de fines del siglo V, el autor se dirige a alguien que supuestamente le ha consultado poniendo en capítulos distintos y sucesivos distintas cuestiones de derecho a las cuales se les da solución. El número de consultas es de sesenta y están colocadas como un ejemplo de consulta particular de la época. Cada respuesta se fundamentaba en textos legales que eran transcritos, no se conservan originales, se basa en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, se citaban también los textos de Paulo. Se dividían en capítulos y párrafos, la primera publicación la hizo Cujas en el año 1577, a la que denominó *Consultatio Veteris Jurisconsulti*.



## **El Corpus Iuris Civilis**

Justiniano asumió como Emperador a raíz de la muerte de su tío Justino en el año 527, la reforma de las leyes estaba entre sus objetivos prioritarios. Hasta ese momento se habían hecho varios intentos compilatorios de las normativas existentes, pero no dieron el resultado que se esperaba, las normas seguían siendo dispersas y dando soluciones contradictorias a los casos conflictivos que se planteaban.

Justiniano comenzó por ese entonces una labor compilatoria separando el ius de las leyes agrupados en el Código, Digesto, Institutas y Novelas. Los glosadores hicieron un estudio del derecho romano a partir de la obra de Justiniano que a partir de Godofredo se llamó Corpus Civilis en contraposición con el Corpus Iuris Canonici.

Hizo ordenar una compilación de constituciones imperiales que se denominó posteriormente *codex vestus* debido a que no tuvo aplicación práctica por tratarse de normas en desuso. Luego fue necesario adaptar el derecho a la práctica y se dictó un nuevo código denominado *codex novus*, para diferenciarlo del anterior.

También dio soluciones jurídicas a puntos controvertidos por los jurisconsultos en cincuenta constituciones denominadas *Quinquaginta decisiones*.

## **El Digesto**

Digesto era el nombre que se le daba a tratados de gran extensión, proviene de *Digere* que significa “distribuir ordenadamente”; o *Pandectas* vocablo que proviene del griego que significa “contener todo”.

En el año 530 el Emperador Justiniano dicta la Constitución *Deo Auctore*, por la cual encargó al jurista Triboniano (quaestor del palacio Palatino) quién encabezaba una comisión de juristas. Se estableció que debía ser terminada en un plazo de diez años, se tenía que dividir en 50 libros y éstos en títulos, siguiendo el orden del Edicto o del Código. La comisión a cargo de la compilación tenía plenas facul-

tades para hacer las modificaciones, supresiones o agregados necesarios para que la misma tuviera un orden lógico y coherente.

Se dividieron a su vez, en tres comisiones para tratar distintas obras jurídicas, y éstas eran:

- 1) Había una comisión que estudiaba los “Comentarios a Sabino”, llamada “Serie Sabiniana”.
- 2) Otra comisión estudiaban los comentarios al Edicto, llamada “Serie Edictal”.
- 3) Y por último, las que estudiaba las respuestas y las cuestiones de Papiniano y la de otros Jurisconsultos como Paulo, Scaevola, por mencionar algunos, a ésta se la denominó “Serie Papiniana”.

Es una división que no estaba realizada al azar sino que respondía al plan de enseñanza, colocando primero al Derecho Civil, después al Edicto, que es su complemento, por último las monografías y las cuestiones que sirven de complemento a las dos anteriores.

Cada comisión realizaba su trabajo y una vez que se finalizaba el mismo lo sometía a la aprobación general del resto, se daba preferencia a la lectura y aprobación de los más extensos, en sesión plena se procedía a ordenar los títulos.

Triboniano tuvo la facultad de realizar una última revisión y coordinación ayudado por otros juristas, se presume que allí fue cuando se introdujeron interpolaciones o alteraciones en los textos, que se conocen con el nombre de emblemata Triboniani.

La obra fue publicada en el año 529 por medio de una constitución en latín (tanta); y otra en griego (dedit), ambas similares a para que comenzaran a regir a partir de la misma fecha.

Se compilaron obras de 39 jurisconsultos que eran aproximadamente dos mil libros.

En cuanto a su distribución se siguió con la base Justiniana, el del Edicto, sin dejar de lado el orden establecido por las Institutas de Gaius. En cuanto al Edicto se siguieron los lineamientos de Ulpiano.

Se dividió finalmente en 50 libros, siete títulos, cada título con fragmentos, con un número correlativo y la indicación del juriscon-

sulto y la obra de donde fueron tomados. En la edad Media los fragmentos se dividieron en párrafos, el primero no está enumerado y se llama Principium.

A pesar de ser una obra magna, para parte de la doctrina ha adolecido de defectos como los siguientes:

- a) Carecer de un plan sistemático; que, en realidad no fue así, ya que se hizo un plan a seguir y que servía la vez de distribución respondiendo a las necesidades prácticas del momento.
- b) Contradicciones entre algunos textos.
- c) Repeticiones innecesarias.
- d) Algunas leyes se encuentran agrupadas bajo títulos respecto de los cuales no tienen ninguna relación.
- e) Las alteraciones realizadas por los textos a través de las interpolaciones.

## **El Codex**

En el año 528 el emperador le encargó a una comisión de juristas la confección de una compilación de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, se añadieron las constituciones pal que en el Digesto la comisión estaba autorizada realizar las supresiones, agregados o modificaciones que fueran necesarias para que hubiera una armonía entre las normas, se respetaba el orden cronológico.

Fue publicado en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus. Como ya se explicó cayó en desuso y en el año 534 se publicó otra edición del codex denominado *codici novis*. Compuesta de doce libros, divididos a su vez en 765 títulos, aparecen 4.852 constituciones, se indicaba el nombre del emperador que las dictó y de la persona o corporación a quién se dirigieron y el lugar y la fecha en la que se realizaron, la mayoría de ellas están redactadas en latín, salvo algunas dictadas por emperadores cristianos de Oriente en griego.

La crítica que se le realiza es que aparecen normas contradictorias, desactualizadas, gran cantidad de interpolaciones y alteraciones en las que se atribuyen normas a emperadores que no las han dictado.

## Las Institutas

Con Justiniano se reformó la enseñanza del derecho, se prohibieron las escuelas libres y se redactó oficialmente el programa escolar, fue necesaria la existencia de un texto destinado a los estudiantes de derecho que les sirviera para pasar a los grados superiores (estudio del Código y del Digesto).

Una vez que estaba finalizado el código y no terminado aún el Digesto, le encargó a una comisión compuesta por Triboniano, Teófilo y Doroteo, éstos dos últimos profesores de derecho les dio el encargo de que redactasen la obra, pudiendo hacer las supresiones y modificaciones necesarias. La obra fue promulgada en el año 529, empezó a regir casi en simultáneo con el Digesto. A ésta obra se le dio fuerza de ley para que no fuera alterada y para que el derecho fuera conocido y de fácil aplicación práctica.

Se tomaron como fuentes: Las Institutas de Gaius, las Res Quotidianae también de Gaius, las Institutas de Paulo, Florentino, Ulpiano, Marciano, Modestino, la compilación del Digesto, algunas constituciones de Justiniano que reformaron el derecho antiguo y resolvían además aspectos controvertidos.

Se sigue el orden de las Institutas de Gaius, en cuanto a la división en cuatro libros, distribuidas de la siguiente manera:

- a) Reglas Generales y derecho de las personas.
- b) Derechos reales y parte de derecho sucesorio.
- c) Obligaciones y derecho hereditario.
- d) Obligaciones provenientes de cuasidelitos y de delitos, divididos en títulos y cada título en párrafos numerados, excepto el primero que se denomina principium.

## Crítica

El orden de personas, cosas y acciones no se sigue de esa manera; contiene importante omisiones, ya que es deficiente la materia sobre

derechos reales, se omiten temas como la dote, el divorcio, segundas nupcias, hijos legítimos, prueba y otros.

## **Novellae**

Cuando Justiniano finalizó su obra, vio la necesidad de dictar nuevas constituciones que fueron dictadas entre los años 535 y 545.

Tratan sobre diversas materias como las relaciones entre la Iglesia y el Estado, dogmas de la Iglesia, administración de Constantinopla y de las Provincias, otros temas de derecho público. Hay otras que se refieren al derecho privado como las números 18, 115, 118 y 127, que produjeron reformas en el derecho sucesorio, en particular en lo referido a las sucesiones ab intestato, derogando normas del Digesto, del Codex y de las Institutas.

Contienen una Praefatio, en lo cual se expresa lo que motiva la constitución, el cuerpo está dividido en capítulos y termina con un epílogo en que se manda a observarla, se cierra con una subscriptio (consulado y fecha).

Los primeros intérpretes pusieron al comienzo de cada Novela una inscriptia o rubrica con indicación de la materia de la que trata y dividieron los capítulos en párrafos, precedidos de un principium.

Se redactaron en griego, otras en latín y hubo algunas redactadas en los dos idiomas.

Se corrigieron omisiones por defectos de los trabajos anteriores, hizo además reformas acordes al derecho natural con la influencia del cristianismo.

## **Crítica**

El estilo literario no es bueno, así ocurría en la época del bajo Imperio, el vocabulario era oscuro, difuso, plagado de verbos innecesarios, términos muy anticuados, por mencionar algunos de sus defectos.

Justiniano ordenó realizar una colección de sus novelas de modo que han quedado plasmada en la constitución denominada *cordi novis* (Prefacio del Código), pero no lo hizo finalmente, solo se limitó a inscribirla en los archivos imperiales según se iban promulgando.

A ésta colección se la denomina *Epítome Juliani*. También hubo otra colección de cuya fecha no se tiene certeza, se conoció con el nombre de *Authenticum Crupum Navellarum* o *Authentica*, porque reproduce el texto de las novelas con más fidelidad que el *Epítome*, según otros autores por ser una buena traducción oficial del griego.

La edición más completa es del siglo VI, tiene 138 novelas en su mayoría escritas en griego, de ellas siete son posteriores a Justiniano.

## **Críticas**

Si bien la labor legislativa del Emperador Justiniano fue una obra jurídica de magnitud, se observó una falta de conocimiento del derecho en general. Sobre varios aspectos no daba una opinión definitiva, también se consideró que no era conciso como los jurisconsultos clásicos, sino que usaba un exceso de vocabulario, a pesar de éstos defectos innovó en materia de sucesión ab intestato. El *Digesto* permitió que se conservara la jurisprudencia de los autores clásicos.

La Historia del derecho romano finaliza en el año 565 con la muerte de Justiniano, rigiendo a la mayor parte de los pueblos. Con su muerte el occidente cae en poder de los bárbaros, y en Oriente se forma un Imperio Griego o Bizantino, donde la lengua que predominó no fue el griego sino el latín.

### El derecho post cultura jurídica romana

#### **El Derecho Romano en Oriente. El Derecho Romano en Occidente**

Terminado el poder político que en occidente imponía su vigencia, el Derecho Romano continúa, en razón de la concepción de la “personalidad de las leyes”, viviendo en las prácticas consuetudinarias de las poblaciones romanas y en la legislación romano- bárbaras de los distintos reinos en que se había fragmentado la parte occidental del Imperio.

Concluido en occidente éste período (siglo IX), el Derecho Romano sigue impregnando los sistemas locales que se constituyen en la sociedad feudal europea. En el siglo XII se produce un verdadero renacer del derecho en Roma, que pasa a tener una presencia preponderante en occidente.

Cuando desapareció formalmente el Imperio Romano de Occidente (476), regían las normas del Derecho Romano, el cual no estaba en su plenitud clásica, sino en lo que se ha llamado Derecho Romano vulgar, de estructura más simplificada y de conceptos más directos

y más amalgamados que los del derecho clásico; Es que el Derecho Romano fue perdiendo genuinidad y nivel en la teoría jurisprudencial y en la práctica cotidiana. La concepción universalista que había llevado a la unificación del status de todas las regiones y habitantes del Imperio, debilita el vigor antes tan cuidado de la romanidad. La concesión de la ciudadanía a la gran mayoría de la población imperial acarreó una desnaturalización del Derecho Romano al ser empleado por comunidades acostumbradas a otras instituciones, muchas de las cuales fueron toleradas en una posición que no se conoce exactamente, y otras subsistieron, mimetizadas o revestidas de una forma romana

### **El sistema de personalidad de las leyes**

El complejo normativo que regía al Imperio Romano de Occidente al momento del colapso, eran los “iura” y las “leges”, que era el derecho vigente para la población del Imperio ya que los pueblos germánicos se seguían rigiendo por sus propias costumbres nacionales.

El sistema no tuvo entonces vigencia sólo por la circunstancia de ser las tribus germánicas minorías enclavadas en un ambiente cultural más complejo, ni era una modalidad típica de dichas tribus. En el mundo antiguo había ya existido una arraigada convicción de que las instituciones de cada pueblo les eran propias y exclusivas. La misma Roma había permitido el uso de su derecho (*ius Civilis*) solo a sus ciudadanos, para los no ciudadanos estaba el *ius gentium*.

La personalidad de las leyes sólo se dio en el campo del derecho privado y en el criminal en la preceptiva tarifaria de las compensaciones, en el dominio del derecho público la ley es única y es la del soberano. La ley personal de cada uno es la de su grupo de origen, salvo, por ejemplo, las mujeres que al contraer justas nupcias pasan a depender de la ley de su marido.



## **Fuentes del derecho durante el sistema de personalidad**

*Las leyes romano bárbaras son compilaciones deiura y leges para facilitar su uso por los prácticos del derecho. Eran de dos clases:*

- En la clase territorialista se ubican el “Código de Eurico” (año 475, sus fuentes son los Códigos Teodosiano, Gregoriano y Hermogeniano) y el “Edicto de Teodorico” (estaba designado para la población romana y goda)
- En la clase personalista se reúnen aquellas obras que pretenden resumir o sintetizar el derecho romano a aplicarse (por el sistema de la personalidad de las leyes) exclusivamente a los descendientes de los habitantes no germanos del Imperio Romano. Fueron la *Lex Romana* de los visigodos y la *lex Romana burgundionum*.

## **Decadencia del sistema de personalidad de las leyes**

El sistema de la personalidad de las leyes fue deteriorándose por varias causas:

- La fusión de razas hizo difícil determinar la ley personal, sobre todo por la falta de un registro de estado civil.
- La misma interpretación de normas y costumbres jurídicas de los distintos derechos fue creando un campo común y borrando diferencias.
- La ignorancia de los jueces que apenas llegaban a conocer el derecho que se aplicaba con más frecuencia.
- Alguna actividad legislativa del rey imponía principios comunes para todos los súbditos, cualesquiera fuera su origen nacional.

Por todo ello el sistema de personalidad de las leyes no llegó a durar ni cuatro siglos; y en plena crisis - en el siglo IX - cedió lugar al sistema territorial; dicha territorialidad al confluir con la organización feudal y el particularismo y pluralismo de las distintas clases sociales y profesionales y de cortes judiciales presentará un tipo de derecho consuetudinario que caracteriza a toda la Alta Edad Media.

## El renacimiento del derecho romano

Este, el primero de una serie de “renacimientos” que tuvieron lugar en Occidente hasta culminar en el Renacimiento por antonomasia, consistió en una toma de contacto del mundo medieval con la gran producción jurídica romana. No con la del período clásico (de más alto nivel científico) sino con la versión que de ella transmitió a la posteridad la labor compiladora del Emperador Justiniano, considerada como el mayor aporte concreto de la cultura helénica.

Las causas y modalidades de la gran explosión cultural que significó el estudio del derecho justiniano en la Bolonia de fines del siglo IX son las que provocaron el llamado “Renacimiento del siglo XII”: la iniciación de una época de tranquilidad para la cristiandad, el renacer de la vida urbana, el incremento del comercio, el mejoramiento técnico y la extensión de las labores agrícolas, la aparición de la burguesía y las universidades, el *Corpus Iuris Civilis*, siempre presente en el ámbito italiano (en las escuelas de Ravena y Pavía), el hecho de ser el centro y norte de Italia el único territorio del Sacro Imperio Romano Germánico. Aquel renacimiento del siglo XII es fundamentalmente científico.

En la Edad Media se pagaba tributo al concepto de autoridad indiscutida (autoridad de la Biblia, de las obras literarias filosóficas o científicas de la gran antigüedad grecorromana).

La cultura medieval parte, de una autoridad no sujeta a crítica, y concilia ese acto inicial de fe con la razón. La autoridad correspondiente al mundo jurídico la tuvo el *Corpus Iuris*, no solo por sus valores intelectuales sino por la convicción de que el Imperio Romano era la más alta realización como derecho y estado, el verdadero ideal del pensamiento político de la Alta Edad Media.

Así el derecho de Justiniano fue considerado en todo Occidente como fuerza y causa primera de la comunidad jurídica. Tuvo autoridad y tradición de derecho natural, fue la “revelación” jurídica.

Esto explicará la actitud reverente de los estudiosos, sobre todo la de los glosadores de abordar un texto irrefutable y hacerlo inteligible

por operaciones racionales. No explicarlo como un fenómeno devenido históricamente, sino lograr su conocimiento ontológico.

### **Las interpolaciones**

A diferencia de lo que había ocurrido en la época del derecho vulgar, en Justiniano y en los bizantinos que lo acompañaron se nota un clasicismo pronunciado, tratando de rescatar el momento de mayor esplendor del derecho romano. Sin embargo, estaba la necesidad de tener que adecuar los textos para su época, por cuanto debían ser aplicados por los jueces en sus sentencias. Por ello se les otorgó a los compiladores facultades para producir alteraciones, modificaciones, sustracciones, y omisiones de los textos auténticos. Estas son las conocidas Interpolaciones o tribonianismos. A raíz de las mismas un mismo autor se terminaba contradiciendo, lo que dificultaba la interpretación de varios textos.

El objeto de las mismas es mejorar el conocimiento del derecho desde antes de la época de Justiniano, fue éste el que les dio valor legal.

Muchas de éstas alteraciones ya se habían venido produciendo durante el período pre - Justiniano. Considerando la unidad de su obra, sobre todo por su precisión detallista, Justiniano tomó medidas para evitar que por el camino de la *Interpretatio* se pudiera traer de nuevo incertidumbre respecto de lo dispuesto. En la Constitución “*Deo Auctore*” expresa la prohibición de interpretarla: “sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su vana palabrería en el mencionado Código”. Lo único que permitirá será la confección de “*Paratitla*” (lista de pasajes paralelos) o de reproducciones textuales “al pie de la letra”.

El corsé fabricado por Justiniano para no innovar era algo así como pretender detener la existencia de la vida social, que dentro de ciertos principios hay que mantener, resulta cambiante. Quien primero comprenderá esto es Teófilo, quien redactó una “paráfrasis”,

que es precisamente un comentario de las Institutas, ésta era una interpretación auténtica.

Es difícil encontrar interpolaciones, a veces se presumen que están.

## **El derecho romano en oriente después de Justiniano**

Hay que recordar que en la edad media, la vigencia del derecho romano se mantuvo por espacio de 900 años después de Justiniano.

Durante mucho tiempo perduró la obra de Justiniano sin embargo, se produjeron cambios de importancia y no hubo normativa alguna que la derogase, ésta cuestión comenzó con las traducciones de la obra de Justiniano que se hicieron en vida de éste, las interpretaciones, comentarios, compendios o epítomes, trabajos que habían sido prohibidos por el emperador pero que igual se llevaron a cabo en lengua griega.

Luego viene otro período en el que la transformación del derecho Justiniano se produce no en las obras de los jurisconsultos sino en las promulgaciones realizadas por algunos emperadores.

El emperador llamado León el Isaúrico, llamado también el Iconoclasta y su hijo Constantino *Copronymo*, publicaron en el año 740 un manual (*Encheridium*), o “Ley Isáurica” llamada *Ecología Legum* (colección selecta de *leges*), con el fin de volver más comprensible la compilación justiniana. En tiempos de éste Emperador se cerró la escuela de derecho de Constantinopla, ésta situación duró más de 120 años. A la *Égloga* oficial se le hicieron muchos agregados o apéndices, extractados de esos libros del siglo VI.

En la *Égloga* se hace una síntesis de la obra de Justiniano pero se modificaron algunas temáticas como derecho de familia, se agregó sobre derecho penal, militar, marítimo y rural.

Si bien en un comienzo estaban en vigencia las disposiciones prohibitorias del Emperador Justiniano, se fueron realizando no solo índices, sino también glosas y comentarios, un ejemplo de ello es la paráfrasis de Teófilo.

Basilio el Macedonio, junto a sus hijos Constantino y León el Filósofo, publicaron en el año 870 un segundo manual conocido con el nombre de *Procheirón*, “Constitución de Basilio”, “Constitución de los tres Emperadores”, por el cual quedó derogado el anterior. En el Prólogo se manifiesta como objetivo como el de la depuración de las leyes antiguas. De ésta obras salió una nueva edición que se conoció con el nombre de *Epanagoge*.

León el Filósofo continuó con el proyecto de su padre y promulgó una compilación conocido con el nombre de Las Basílicas, aproximadamente entre los años 906 a 911. Se le puso ese nombre con posterioridad a su sanción en homenaje a la memoria de Basilio de Macedonia o por el significado de la palabra griega que indica su calidad de leyes imperiales. Los textos compilados son de Justiniano presuntamente, combinados con las disposiciones o reglas de jurisprudencia posteriores, que integraban el derecho vigente. Dicho texto tiene anotaciones que tomaron el nombre de *Scholias*, dan ejemplos, interpretaciones y a veces decisiones opuestas al texto. Algunas son extractos de las obras de los jurisconsultos del siglo VI y otras fueron añadidas a las Basílicas por jurisconsultos de época posterior.

Las Basílicas se dividieron en seis volúmenes que contenían sesenta libros, ningún manuscrito llegó completo en la actualidad.

A mediados del siglo X un autor desconocido compuso la *Synopsis Basilicorum*, era un compendio de las Basílicas por orden alfabético, estuvo vigente hasta fines del Imperio.

## **Supervivencia del derecho romano en occidente**

La caída de Roma (476) no significó la desaparición del derecho romano. Los bárbaros, reconociendo su superioridad, la incorporaron en las leyes romano - bárbaras. Con Justiniano, el Corpus Iuris se tornó de vigencia obligatoria. Muerto Justiniano, se produjo la invasión de los lombardos que se apoderaron de casi toda Italia. A pesar de la pérdida posterior de gran parte del territorio, hubo ciudades

como Nápoles, Pisa, y algunas otras del sur, que hasta el siglo VIII continuaron siendo bizantinas.

## **La Escuela de los Glosadores**

En los siglos XII a XVI se produjo un renacimiento del derecho romano debido a diferentes motivos:

- a) Por causas económicas, la prosperidad que se vivía en ese momento exigía normas acordes.
- b) Políticas: El nuevo régimen municipal y el espíritu de igualdad eran incompatibles con el feudalismo, se refuerza la autoridad de los emperadores que se apoyaron en el derecho romano.
- c) Históricas: Al restaurarse el imperio los emperadores se consideraron sucesores de los antiguos Césares, la Iglesia colaboró en el estudio del Derecho Romano.

Las escuelas de derecho se multiplican y en todas había una cátedra de Derecho Romano.

## **Sus representantes**

El primer jurisconsulto que perteneció a la escuela de los glosadores fue Pepo de las segunda mitad del siglo XI y principios del siglo XII, enseñaba Derecho Canónico, recibía el nombre de Magister a quienes enseñaban derecho canónico, mientras que para los profesores de leyes se les daba el nombre de Doctores que no se les aplicaba a los primeros sino hasta principios del siglo XIII, por decisión de Inocencio III.

A Pepo lo sucedió Irnerio, que le dio importancia a la estudio del Derecho Romano, perfeccionó estudios y métodos. Entre sus discípulos se encontraron Búlgaro, Martín Gossia, Hugo de Alberico y Jacobo de Porta Ravennata. Le sucedió Jacobo.

Bolonia fue una de las más importantes universidades destinadas al estudio del derecho. A mediados del siglo XII se hicieron de mane-

ra simultánea los estudios de derecho canónico y derecho romano, ya que ambos eran universales, de aplicación necesaria y se encontraban unidos por una finalidad suprema. De la labor de los glosadores encontramos dos períodos:

- a) El período de creación: Encontramos exponentes como a Rogelio, Alberico, Placentino, Pilo, Otón, Burgundio, Vacario (introdujo el Derecho Romano en Inglaterra, fundó la escuela de Derecho de Oxford), Azón y Hugolino.
- b) El período de Recolección: Encontramos exponente como Lanfranco de Cremona, Jacobo de Ardizzón, Jacobo Balduino, Carlos de Tocco, Accursio autor de la Glosa Magna, ordinaria o magistralis, en la que reunió todas las glosas, opiniones e interpretaciones anteriores.

Publicadas las Glosas tanto el derecho romano como el derecho canónico, la escuela se apartó de estudio directo de los textos para estudiar la doctrina de los autores, cuyas opiniones invocadas en la cátedra y en la práctica reemplazaron a la ley la enseñanza quedaba reducido a esas opiniones, la comparación y la discusión.

### **Definición Glosa**

Las glosas eran notas o aclaraciones escritas por un jurisconsulto en el ejemplar de la compilación legal, plasmaba su pensamiento sobre el texto o indicaciones que le servían para recordar.

Gramaticalmente significa explicación o ampliación de un concepto obscuro o abreviado, con el paso del tiempo se le dio el nombre de Glosas a verdaderos comentarios de toda una compilación legal.

Las glosas en forma de notas existieron desde tiempo muy antiguo, alcanzando su máximo desarrollo en tiempos de la escuela de Bolonia.

## Clasificación de las Glosas

1. Interlineales: Son las que se colocaban entre línea y línea. Son las más antiguas y sencillas, ello ocurría porque en los manuscritos antiguos el espacio marginal era muy estrecho, por ese motivo no había mucho espacio para escribir y para colocarlo entre renglones las frases debían ser muy cortas, con el paso del tiempo se les dio más margen y las glosas crecieron en importancia y extensión. A raíz de ello una glosa interlineal se podía convertir en marginal al pasar a otro ejemplar y viceversa.
2. Marginales: Eran aquellas que se colocaban al margen del texto.
3. Gramaticales: Son aclaraciones sencillas a palabras complejas o difíciles del texto se corresponden con las glosas interlineales.
4. Interpretativas: Son más extensas, porque explican el sentido de los textos, se corresponden con las marginales.

El plan seguido por los glosadores fue el exegético: estudiaban los textos de manera directa y confrontaban sus semejanzas y antagonismos, para llegar a sus sentidos.

La enseñanza fue dialéctica, exegética y práctica, se basaba en el estudio directo de los textos y comprendiendo las *lectiones*, las *repetitiones* y las *disputationes*.

Las *lectiones* duraban un año y eran diarias, a la mañana se daban sobre libros ordinarios y a la tarde la de los extraordinarios, su asistencia a ambas eran obligatorias bajo pena de multa; la de los estudiantes lo era para las ordinarias, y voluntaria para las otras, era sabido que, conociendo bien los libros ordinarios después cada uno podía estudiar los extraordinarios.

Las *Repetitiones* se hacían una vez por semana y eran la explicación minuciosa de un texto ya estudiado, que se profundizaba debido a su importancia o por las dificultades que tenía.

Las *Disputas* versaban sobre un principio o sobre un caso de derecho que el profesor proponía, los alumnos debían a pensar por sí y debían buscar la solución a las dificultades, cada estudiante debía res-



ponder a las objeciones que le hiciesen todos aquellos que, de acuerdo a las reglamentaciones de la escuela tenían derecho a argumentar. Al hacerse un día a la semana recibían el nombre del día correspondiente, se hacían por escrito y se formaron los tratados o repertorios.

Los glosadores separaron la enseñanza del derecho del estudio de las artes liberales y de la Teología, además examinaron cada uno de los textos del *Corpus Iuris Romanus*.

Los glosadores romanistas usaron todas las compilaciones de Justiniano a las que confrontaron, corrigieron y llenaron lagunas del Digesto, produjeron la llamada *Littera Vulgata* o *Boloniensis*; corrigieron las Novelas, diferenciando las normas que eran de aplicación práctica de aquellas que no lo eran, se formó la colección conocida como Vulgata.

### **Crítica**

Se les ha asignado el desconocimiento de la historia, ignorancia del griego que en realidad eran efectos propios de esa época, se desconocía la historia de Roma como la crítica histórica, la filosofía y la literatura latina. Otro defecto era haber considerado a la legislación de Justiniano como un derecho vigente.

### **Escuela de los comentaristas**

La aplicación de la filosofía y de la dialéctica a las opiniones de los autores y a su discusión dio nacimiento a la escuela de los comentaristas.

### **Los Bartolistas**

Ésta escuela nació en Francia y se desarrolló en Italia, entre sus exponentes encontramos a Rabanis, Pedro de Bellapértica, Pedro Jacobi, entre otros, entendieron que el derecho romano tenía que amoldarse a la práctica, a la realidad del momento y a las corrientes filosóficas, se crean nuevas teorías y concepciones jurídicas independientes de la Glosa.

Cino se formó en París y fue a Italia, allí manifestó su oposición a la glosa, con su dialéctica y sus conocimientos, fue uno de sus máximos exponentes.

El primero de los comentaristas fue Bartolo de Sassoferrato, otro de ellos fue Baldo de Ubaldis.

El sistema seguido por los profesores y escritores en sus lecciones fue el exegético, lo aplicaron a la glosa de Acurssio para combatirla.

La glosa tuvo tanta importancia que los jurisconsultos solo podían recurrir buscando una solución amplia y general.

Debido a que había una diferencia entre la glosa y los textos se dejó de recurrir a éstos, escribieron comentarios de comentarios y se recurrió a la *communis opinio*, hasta que la de la mayoría de los doctores era un argumento decisivo y tuvo fuerza de ley en los tribunales.

El uso de las formas dialécticas llevó a un uso abusivo de las mismas, ya que se hicieron muchas distinciones, subdistinciones, oposiciones, principios, excepciones, ampliaciones y limitaciones, más que explicación de textos, para ordenar y catalogar las opiniones. El uso del latín es descuidado.

Los comentaristas consideraron al Derecho Romano desde un punto de vista práctico.

Aplicaron el método deductivo escolástico, modificaron y corrigieron sus reglas y formularon otras nuevas, partiendo de las ya existentes, llegaron hasta los conceptos abstractos y doctrinas fundamentales del derecho.

## **Crítica**

Se desnaturalizó el derecho romano, le dieron el carácter de derecho natural científicamente construido, con el fin de que rigiera como ley común en todas partes, sin embargo en su favor podemos decir que sentaron las primeras bases del derecho moderno. La teoría de los estatutos fue desarrollada por Bártolo, quien sostuvo la validez de los pactos nudos y su carácter obligatorio en el Derecho Mercantil.

## Otras Escuelas y tendencias posteriores

Los comentaristas se habían apartado del estudio de las fuentes y prescindieron del criterio histórico y el Renacimiento le dio una nueva perspectiva a los estudios de Derecho Romano a través de investigaciones filológicas e históricas al mismo, labor que se vio en los humanistas, se realiza por la escuela histórico – crítica que se extiende por Europa destacándose jurisconsultos como Cujas y Donneau en Francia.

Ésta escuela alcanzó su máximo apogeo en el siglo XVI, persiste en Holanda durante los siglos XVII y XVIII, en los demás lugares decayó por su uso teórico y también el estudio del Derecho Romano, no se hacían trabajos sobre las fuentes, abocado a la práctica del derecho.

Aparece contraria al derecho Romano la Escuela del Derecho Natural, para la cual el derecho histórico no tiene ningún valor.

A pesar de todo ésta escuela realizó una sistematización del Derecho Romano a ello se suma una reacción de la Escuela Histórica, destacándose autores como Domat y Pothier en Francia, Heinecio en Alemania, Jacobo Godofredo en Suiza, Gravina y Vico en Italia.

La escuela Histórica produjo un nuevo renacimiento del Derecho Romano en Alemania, hasta ese momento no se estudiaba puro sino que era una mezcla de Derecho Romano, Canónico, Nacional y Sentencias de los Tribunales.

Estuvo en contra de ésta postura Hugo, Profesor de Gottinga, que realizó un estudio del Derecho Romano en su totalidad profundizando su historia de ésta manera se llegó al Derecho Romano actual.

Fue defensor de la escuela del Derecho Natural Thibaud, reaccionando contra ésta Savigny el fundador de la Escuela Histórica, pero con el paso del tiempo confluyeron ambas en los estudios del Derecho Romano, se unió la filosofía con la historia del derecho y se combinó la exégesis con el plan dogmático, se amplió el conocimiento de las fuentes, se ampliaron los estudios en materia de derecho público.

## La Universidad de Bologna

El centro del estudio del Derecho Romano se encontró en Bologna; a finales del siglo IX, cuando los maestros de gramática, de retórica y de lógica inician sus estudios en derecho, en el año 1158 Federico I promulga la *Constitutio Habita* y la Universidad se transforma por ley en uno de los lugares en el que se centraliza el saber científico. Se enseñó Derecho Romano y Derecho Canónico. En el año 1364 se empieza a estudiar Teología, En el siglo XV se empiezan a dictar cursos de griego y hebreo, y en el siglo XVI se empiezan a hacer estudios de la obra de Aristóteles, en el s. XVII tuvo auge la medicina.

El término *universitas magistrorum et scholarium* o simplemente *universitas* significaba gremio o corporación de maestros (*universitas magistrorum*) para impartir la enseñanza, era la forma de organización de la Universidad de París; y de estudiantes que se unían y organizaban para concurrir a las cátedras de sus maestros (*universitas scholarium*), eran los estudiantes los que seleccionaban y contrataban a sus maestros, les pagaba los sueldos, elaboraba los programas de estudio y ejercían el contralor en cuanto a que si los profesores cumplían los horarios de clases y si eran puntuales; ésta forma de organización fue en la Universidad de Bologna.

El método de la enseñanza comprendía:

-la *Lectio* que consistía en la lectura y comentario de los textos o lecciones, y ;

- la *Disputatio* o discusión en la que el maestro contestaba las objeciones que se hacían con respecto a un tema que en esos momentos se abordaba, fuera este propuesto por antelación o planteado sorpresivamente durante la cátedra. Para las discusiones los pasos a seguir eran:
  - se requería tanto la exposición de la tesis y;
  - de los argumentos a favor, como;
  - el planteamiento de las objeciones y la solución a éstas.

Los estudiantes que asistían a la Universidad de Bologna se organizaban de la siguiente manera: se dividían en “naciones”, de cada una de ellas se elegían uno o dos representantes y entre todos los representantes formaban un parlamento que elegían al Rector, el requisito para éste último cargo era estar en quinto año de leyes, su función era representar a la universidad en sus vínculos con las autoridades y estaba al frente de las relaciones internas entre profesores y estudiantes.

Tanto los maestros como los estudiantes se organizaban por naciones según su origen geográfico, aunque el idioma dentro de la vida universitaria era el latín, tanto para escuchar las clases como para estudiar los textos, cuando el latín era deficiente se inscribían en cursos de gramática, y quienes ya dominaban el latín empezaban por la retórica. Precisamente estas disciplinas eran parte de la enseñanza básica medieval:

-el *Trivium* que consistía en la Gramática que enseñaba a saber leer y escribir, la Retórica que enseñaba a saber expresarse y principalmente la Dialéctica o Lógica que enseñaba a saber pensar.

- Se agregaba la enseñanza del *Quadrivium* que comprendía Aritmética, Geometría, Astronomía y Música.

Finalizados los estudios se otorgaba el grado de “bachiller” como preliminar, y el grado de la licencia *docendi* que permitía enseñar, dirigir discusiones, celebrar actos públicos académicos.

### **La importancia de la labor de Irnerio y su producción jurídica**

El resurgimiento del derecho romano se ubica aproximadamente en el año 1100 gracias a la labor de Irnerio<sup>4</sup>, un filólogo y gramático

---

4 Fue un Jurisconsulto italiano que nació y murió en Bologna, fue profesor de dialéctica y retórica. Cuando estuvo en la Escuela de Derecho de Roma estudió la obra completa de Justiniano; allí fue Profesor de Leyes; su obra: *Quaestiones de Iuris Sultilitabus*. Luego fue Profesor en la Escuela de Derecho de Bologna.

boloñés, quien convierte el derecho en una disciplina autónoma separada de las artes liberales. Con sus glosas, Irnerio<sup>5</sup> y sus discípulos procedieron a interpretar y explicaron los pasajes de la obra justiniana, habría que determinar cómo entendieron que se podía adaptar a la realidad medieval; porque lo tomaron al Derecho Romano como un derecho persistente a través del tiempo independientemente del devenir histórico, político, social y económico. De ésta forma las glosas aparecía unidas al texto legal.

Luego de la lectura de los textos justinianos se realizaba una exégesis de éstos. Tomaban una palabra y la explicaban si la colocaban al margen se la denominaba glosa marginal y si estaba entre el texto, glosa interlineal.

La obra más importante de Irnerio, denominada Las Auténticas, si bien no se sabe mucho de ella es porque una parte importante se ha perdido; como pasó de la misma manera con lecciones dictadas en Bologna. Son los extractos de las *Novellae* intercalados en el código, para facilitar su estudio ya que había novelas que derogaban total o parcialmente el código.

Otras glosas que se conservan de Irnerio son: un *Formularium Tabellionum* (guía para notarios); una *Summa Codicis* (algunos la atribuyen a Placentino); también fragmentos de unas secuencias teológicas.

Se partía siempre de la ley, tratando de desentrañar el significado de cada palabra, recurrían en principio al sentido común o al significado jurídico que prevalecía en su formación y en la realidad histórica que vivían. Pero había un elemento indispensable como lo es la redacción de una norma respondiendo a parámetros que no eran los del momento; que aún con buena voluntad en la labor se podían incurrir en falacias; es por ese motivo que fueron inevitables las interpretaciones arbitrarias, conservación de la ambigüedad del lenguaje, las contradicciones, la falta de objetividad también fue inevitable.

---

5 Después de la labor de Irnerio, un monje llamado Graciano realizó la primera compilación del Derecho Canónico.

Para la elaboración de las glosas se utilizaban argumentos que respondían a los intereses en la elaboración de una jurisprudencia resolutoria, casi perfecta, dinámica, adaptada a las nuevas necesidades, a la vez el sistema facilitaba el estudio de las fuentes romanas justinianas. Los glosadores utilizaban un estilo dialéctico que tenía su origen en la teología y la filosofía escolástica. Hay más escolástica bajo los comentaristas, pero no falta en general bajo los glosadores.

La actitud de Irnerio y sus discípulos fue de reverencia a la autoridad del texto: había que explicarlo con objetividad y compararlo con otras partes del mismo, evitando o dejando de lado las contradicciones, lo que desconocían los glosadores eran las atemporalidades que existían dentro de un mismo texto en el que estaban sometiendo a análisis. No debemos olvidar que la compilación de *leges* y *iura* debían ser armoniosas. Algunos comparan la actitud de los glosadores en éste sentido con la de los teólogos en lo que respecta a la autoridad de la Biblia. Las *quaestiones*<sup>6</sup> eran una forma de argumentar utilizada por los teólogos. Las *quaestiones* más antiguas de los glosadores se habrán desarrollando sin influencia escolástica<sup>7</sup>, sólo influido por los prototipos del Corpus Iuris<sup>8</sup>. En los textos de los juristas en lugar de la lógica y la armonía hay un conjunto en desorden de casos prácticos. Quedó demostrado que emplearon muy brevemente la lógica<sup>8</sup> y la dialéctica.

---

6 Era un arte de discutir con una lógica argumentativa (*quaestiones dialogicae quaestiones dialecticae*).

7 Pero en las glosas de Accursio se observa el uso de la escolástica.

8 El razonamiento era casi siempre inductivo, es decir se formulaban principios generales (*regulae*) a partir de hechos concretos pero también utilizaban el razonamiento deductivo o silogístico. Los glosadores fueron estudiosos de la dialéctica.

Cuando tiene que probar la existencia de una acción o una declaración dogmática el jurista, formula una *quaestio*, no se sabe todavía si es verdadera. Los glosadores habitualmente conservan esta posición principal de la conclusión después de haber probado ésta. A ellos sirve la doctrina retórica de las *quaestiones*. *Quaestiones* son definitivas (se trata de determinadas personas o acciones) o infinitivas (es de carácter general).

Realizaron una obra científica de explicación, deducción y sistematización, dentro de los parámetros de la escolástica, Con la exégesis por medio de glosas- anotaciones marginales o interlineales- explicaban, cual solían hacer los gramáticos, una palabra, una frase o un pasaje. Comprendía su labor:

- las *summae*-desarrollos resumidos del contenido, puestos a la cabeza de un libro o título- comenzaron tímidamente una tarea de exposición dogmática de conjunto y;
- con éstas formular máximas o reglas generales-*brocarda*-.

La labor de los maestros iba recamando de glosas-identificadas con sus siglas personales-los distintos manuscritos.

Hacia mediados del S XIII un profesor de Bolonia, Accursio, realizó la compilación de lo más granado de todas las glosas y de algunos extractos de obras de sus predecesores, y compuso un *apparatus* comentario total de Digesto que en las nuevas ediciones manuscritas se acostumbró transcribir en amplios márgenes que encuadran el texto justiniano. Esta obra tuvo una importante repercusión en el estudio del derecho hasta el siglo XV.

Pretendían el convencimiento acerca de la validez del Derecho Romano como un derecho natural de aplicación general, aunque fuera subsidiaria a las normas locales.

Pero la importancia de esta proyección indirecta de la labor estrictamente científica de los glosadores sería ampliamente superada por la obra de una nueva escuela con una distinta concepción de cómo el Corpus iuris entraría en el concreto ordenamiento jurídico contemporáneo: la llamada de los post glosadores o los comentaristas.



### La persona. Relevancias jurídicas

#### La persona física

Entender a la persona como el que tiene capacidad para ser titular de derechos y obligarse, significa que puede ser sujeto activo o pasivo de derecho, puede adquirir derechos y contraer obligaciones significa que puede ser titular de un derecho, por ejemplo ser titular de una servidumbre.

No todos los hombres eran personas en Roma, por ejemplo los esclavos formaban parte de la propiedad de sus amos y eran cosas, no gozaban del ejercicio de derecho alguno.

Cuando se hace referencia al término persona se debe diferenciar entre la persona: física y la jurídica. Las Jurídicas se conocen como *universitates*, *colegia*, *corpora*, por mencionar algunas. También el Estado y las corporaciones son entidades a las que se les da personalidad por sus características, podían tener patrimonio propio, y había independencia entre la entidad y los miembros que la componían respecto de las obligaciones.

## La Capacidad Jurídica. Concepto

La capacidad jurídica o de derecho es la posibilidad de un sujeto de poder adquirir derechos y contraer obligaciones.

### Capacidad de Obrar. Concepto

También denominada capacidad de actuar o de hecho, es la posibilidad que tiene algunos sujetos de realizar actos en la vida práctica con repercusiones de índole jurídica.

## Los Status

Son diversas formas de posicionarse que tenía un sujeto, son los siguientes:

### *Status Libertatis*

Era la posición que ocupaba el sujeto de acuerdo con la sociedad, podían ser libres y esclavos.

### *Status Civitatis*

Era la posición en la que se encontraba el sujeto con respecto al derecho de ciudad (*civitas*): se clasificaban en ciudadanos y no ciudadanos. Ciudadano romano es el que goza de todas las prerrogativas, participaba de las instituciones de derecho civil fueran públicas o privadas. El *commercium*, el *connubium*, el *sufragii* y el *ius honorum*, entre otros que a posteriori se especificaran cuando se analice el particular. Los no ciudadanos o extranjeros eran los que carecían de la ciudadanía romana, no gozaban del *ius civilis*, se regían por el *ius gentium*. Estos se dividían entre “peregrinos” y “latinos”.

## Los peregrinos

Son los habitantes de los países con los que Roma ha celebrado alianza, guardan buenas relaciones, son regiones que por la dominación han sido reducidas a provincias, en contraposición con los pue-

blos con los cuales Roma no ha hecho alianza y estaban en constante estado de guerras, a éstos pueblos se los ha denominado bárbaros a los cuales no se les reconocía ningún derecho ni aún en épocas de paz.

Los Latinos eran peregrinos tratados con más ventajas con respecto a la ciudadanía romana. Los latinos estaban en una situación intermedia entre el ciudadano y el peregrino. Se dividían en *veteres*, *coloniarii* y *latini juniani*.

### *Status Familiae*

Era la posición que el sujeto ocupaba con respecto al derecho de familia, se dividían en *sui iuris*: no estaban sometido bajo ninguna autoridad sea: *manus*, *mancipium*, *domenica potestas*, *dominium* o *patria potestas*, por ejemplo el *pater familias*; y *alieni iuris*: estaban bajo la potestad (poder) del *pater familias*, como los *filii* y la mujer.

La existencia de éstos estados se relaciona con la capacidad de las personas: por ejemplo el peregrino es un hombre libre que se rige por las normas del *ius gentium*, no por las del *ius civile*, o el *filius* si bien es un hombre libre no tiene capacidad para desempeñar determinados actos jurídicos.

### *La Capitis Deminutio*

La personalidad de un sujeto estaba abarcada por tres elementos: La *libertas*, el derecho de ciudadanía y los derechos de familia. Estos tres elementos constituyen el estado de ciudadano para el cual se utilizan las expresiones *status* o *caput*. Cuando se pierde alguno de éstos elementos se considera que la capacidad de la persona ha sufrido una modificación que puede ser menor o importante.

Éstos tres elementos hacen a la existencia del romano, si uno de ellos se extingue, la “persona” muere y renace en derecho con una nueva personalidad, porque operó en él un cambio de *status*, por eso se produjo una *capitis deminutio*.

La muerte civil era una ficción jurídica porque el sujeto respecto de la cual se aplicaba se encontraba aún con vida desde el punto de vista físico, por lo tanto lo regía el derecho natural. También podía según el estado que perdiera regido por el *ius civilis o ius gentium*.

a) La *Capitis Deminutio Máxima*: Era cuando se perdía la libertad y se extinguían por consiguiente los otros dos Status (derechos de familia y la ciudadanía). Por ejemplo:

- El deudor insolvente que era entregado a su acreedor y era llevado *Trans Tiberium*.
- El ladrón sorprendido *inflagranti delicta*.
- Aquél que no se había anotado en la lista del censo.
- Los desertores.
- Los *fili* familias que eran vendidos por el *pater* en el extranjero.
- Los condenados a trabajos forzados, por ejemplo en las minas.
- A los libertos ingratos que, a causa de ella se les revoca la libertad.

b) La *Capitis Deminutio Media* o Menor: Era cuando se perdía el estado de ciudadano, o dicho de otra manera era el cese del Status Civitatis. Por ejemplo:

- La pérdida de la libertas acarrea la pérdida de la ciudadanía y de la posición de *pater familias*.
- Por el efecto de ciertas condenas como la interdicción del agua y del fuego.
- Otra causa era la deportación.
- Cuando se abandonaba voluntariamente la patria de origen, para hacerse ciudadano en otra ciudad extranjera.

c) La *Capitis Deminutio Mínima*: Era cuando se producía una modificación en el estado o posición respecto de los derechos de familia, conservándose la libertad y la ciudadanía; por ejemplo:

- Producida la muerte del *pater familias* el *filius* se transformaba en un *sui iuris* y ocupaba su lugar de poder dentro de la familia.

- Si un ciudadano se da en adrogación.
- Cuando la mujer sui iuris cae en *manus*.
- Por emancipación.
- Por adopción, por mencionar algunos casos.

### **Efectos de la *capitis deminutio***

Los efectos son la pérdida de los derechos de la personalidad civil, traía las siguientes consecuencias:

- a. Ruptura de los lazos de agnación y gentilidad, porque el *capite minutus* sale de su familia y de su gens. Pierde por lo tanto sus derechos de sucesión, tutela y curatela.
- b. El *capite minutus* pierde todos los bienes que integran su patrimonio.
- c. El *capitis deminutio* del patrón o del manumitido extingue también los derechos de patronato, a excepción de la *reverentia*.
- d. Las deudas subsisten y se extinguen por razón de orden público, las deudas que resultan de sus delitos.

Esto fue modificado por la labor de los pretores, ya que le daban una acción a los acreedores por la cual podían demandar en justicia para reclamarle el monto de la deuda al *adrogante* que hubiere recogido los bienes del deudor reducido a esclavitud o privado del derecho de ciudadanía.

Ésta acción que el pretor le daba a los acreedores se llamaba acción de peculio. El *capitis minutus* pierde su patrimonio y es liberado de sus deudas, con excepción de las nacida ex *delicta*. El *capitis minutus* quedaba obligado con su acreedor por el derecho natural, estas cuestiones duraron varios siglos hasta que posteriormente se estableció que la adrogación se podía hacer una vez que fueran satisfechos los acreedores.

Los pretores establecieron una ficción en la que se consideraba como no realizada la *capitis deminutio* y los acreedores podían ejercer sus acciones contra el *adrogado* como acciones útiles. Se trata de una *restitutio in integrum*. Debido a que el *adrogado* no tenía bienes, el

adrogante debía venir en su auxilio y pagar la deuda, caso contrario le permitía a los acreedores vender los bienes del adrogado antes de la adrogación.

En tiempos de Justiniano no existía ésta restitución, a los acreedores se les concedían acciones contra el adrogante por la cantidad de bienes que había adquirido con la adrogación en caso de que no pague, los bienes provenientes del adrogado se venden en beneficio de los acreedores.

1. Los derechos políticos se pierden excepto en la *capitis deminutio* mínima.
2. Los derechos de usufructo, de uso, las servidumbres personales, como el contrato de sociedad inherentes a la persona del *capitis deminutio* finalizan con ella.
3. Los derechos que subsisten con la *capitis deminutio* son:
4. El *capite minutus* conserva los derechos de cognación, quedan obligados naturalmente con sus acreedores.
5. Se conservan los derechos públicos y políticos, en el caso de las *capitis deminutio* máxima y media los pierde en la medida que pierda la ciudadanía.
6. Subsiste el matrimonio.
7. Subsiste también el legado de alimentos.
8. Las servidumbres de habitación y *operarum obligationes*, o sea servicios que el manumitido del adrogado le hubiese prometido bajo juramento.
9. Subsisten las deudas provenientes de delitos.

## **Infamia, “Turpitud”, Intestabilidad**

La Infamia es negarle a alguien el honor o buena fama. Éstas últimas eran la estimación y respeto de que gozaba un ciudadano romano respecto de los demás hombres, una vez que se perdía la ciudadanía se perdía la fama, pero la pérdida de la fama no implicaba una *capitis deminutio*.

La honorabilidad era el estado de dignidad de que gozaba una persona comprobada por la costumbre, la infamia es un ataque contra esa consideración de la que se gozaba en la sociedad.

Se distinguieron dos clases de infamias:

- La *iuris*: llamada así porque estaba regulada por la ley.
- De *facti*: Era la que procedía de la opinión pública, tenía dos grados:

La Turpitud, era una conducta depravada de la persona, por ejemplo el de la meretriz.

La *Levis Nota* rebajaba la consideración social pero no la extinguía: aquellos que descendían de personas consideradas inferiores, como la concubina los posaderos, los manumitidos y sus hijos por mencionar algunos.

Con el paso del tiempo la infamia *facti* eran los tachados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos porque no se podía depositar la confianza en ellos, esos actos eran el testimonio, la tutela, ciertos matrimonios, por mencionar algunos ya que se tenía en cuenta la dignidad de la persona que iba a realizar ese acto jurídico.

La infamia *iuris* pasa por tres períodos:

A) En la Ley de las XII Tablas se estableció que si el testigo negaba lo que él presencié, fuera declarado improbo (no podía ser testigo ni servirse de testigos), e intestable: pena que luego se hizo extensiva al autor de un escrito infamatorio. Por lo tanto no se podían realizar actos jurídicos que se requiriera de testigos como el *nexum*, el testamento, la *adoptio*, la emancipación, la *mancipatio*, por mencionar algunos. Equivalía a la privación de *commercium*.

B) Cuando ya no se aplicaba la Ley de las XII, las causas y efectos de la infamia se siguieron aplicando, quiénes velaban por el honor de los ciudadanos eran los magistrados (cónsules, censores y pretores). Huno tres clases de infamias:

1. La Infamia consular: Era cuando el cónsul presidía las elecciones y desechaba a un candidato por indigno, ésta decisión no

obligaba a los cónsules posteriores, a fines de la República algunas leyes establecieron causa de inelegibilidad, se extendió en el año 709 por la Ley Julia a las elecciones municipales.

2. La Infamia censoria: Cuando el censor colocaba a una persona de clase superior a la última clase del censo, lo privaba de los derechos públicos.
3. La Infamia pretoria: El pretor mandaba a retirar de su presencia al indigno que se presentaba ante él reclamando un derecho por sí o en representación de otra persona.

Con el tiempo éstos casos fueron pasando al edicto hasta llegar al Edicto Perpetuo, éste último solo declaraba que personas eran incapaces para comparecer ante el pretor en reclamo de un derecho, lo hicieran para sí, para un tercero o con representación, no declaraba la infamia sino que era una consecuencia que la doctrina deducía de tal incapacidad.

En ésta incapacidad se encontraban:

- a) El expulsado ignominiosamente del ejército, se decían las causas o se arrancaban las insignias y el militar condenado por la Ley Julia de Adulterio.
- b) El que estaba en el escenario por precio o premio, quedaban excluidos los atletas, luchadores, conductores, músicos y conductores de carros en el circo.
- c) El que ejerce el lenocinio.
- d) El condenado por calumnia, prevaricato, el condenado o el que hubiera transigido por hurto, robo con violencia, injuria, fraude o dolo malo en virtud de una acción directa de sociedad, tutela, mandato o depósito.
- e) La viuda que, sin dispensa contrajera segundas nupcias antes de transcurrido el año de luto, el que las contraiga con ella (salvo que obrara con mandato de aquél bajo cuya potestad estuviere) y los que llamados a dar su consentimiento las autorizasen.
- f) Los que contrajeran nuevos esponsales o nupcias antes de que se disolviera el vínculo anterior, salvo que obrasen por manda-



to de su pater familias. Cuando la incapacidad y la infamia era el resultado de un hecho o del ejercicio de una profesión, se llamaba inmediata; cuando provenía de una condena criminal o civil se decía que era mediata.

C) Justiniano siguiendo los lineamientos del Edicto del Pretor determinó quienes eran infames con fuerza de ley. Se estableció en definitiva por medio de la ley lo que se venía haciendo en la práctica. Con el paso del tiempo decayeron la intestabilidad y la improbidad. Luego la infamia iuris privaba del *ius honorum* y *ius suffragium*, no se podía contraer matrimonio con personas del orden senatorial (ya que quedaban relegados a la última clase social), hasta que Justiniano lo permitió y se casó con Teodora. No podían ejercer la acción de dolo, sí la *actio in factum* contra las personas honestas; la validez de su testimonio quedaba a criterio del magistrado, no podían demandar ni acusar salvo que fuera en interés propio o cuando murieran sus parientes; cuando eran designados herederos, los hermanos del testador podían impugnar el testamento por inoficioso. Éstos efectos terminaban con una *integrum restitutio* otorgada por el Príncipe.

#### El nacimiento y la extinción de las personas

Estos dos aspectos tenían consecuencias jurídicas. Con respecto al nacimiento se tenían que dar tres cuestiones:

- desprendimiento del seno de la madre
- que el nacimiento se haya producido con vida
- que el recién nacido no tuviera malformaciones de extrema gravedad, si se daba éste requisito se le daba muerte.

Con respecto a la muerte, ésta significa la extinción de la persona física para diferenciarla de la muerte que se podía determinar por otros factores legales o civiles como la *capitis deminutio*. El efecto jurídico de la muerte física eran sus repercusiones en el derecho sucesorio.

## *Status Libertatis*

### **Concepto**

Es la facultad natural de que cada uno haga lo que le plazca a no ser que la ley se lo impida, por lo tanto es el estado en que se encuentran los hombres con respecto a la libertad.

A través de este estado se los puede clasificar en libres o esclavos, y los libres son a su vez ingenuos o libertos.

### **Los ingenuos**

Eran aquellos que nacían y morían libres sin un período de esclavitud en sus vidas.

### **Los libertos**

Eran los individuos libres, pero en algún momento de su pasado fueron esclavos y se les otorgó la libertad (manumisión).

Tanto los ingenuos como los libertos eran libres desde el punto de práctico estaban en condiciones de inferioridad. No poseían el *ius honorum* y tenían obligaciones con su patrono.

Con respecto a los Libertos podemos encontrar tres clases:

- Los Libertos ciudadanos Romanos: los manumitidos por formas solemnes. Eran los mejor posicionados ya que no solo adquirirían la libertad sino también la ciudadanía romana.
- Los Libertos latinos *Junianos*: entre ellos se encontraban los que no habían sido manumitidos por las formas solemnes, no contarán con la edad de 30 años, etc.
- Los Libertos *Dediticios*: eran los esclavos condenados a penas infamantes que hubieran sido manumitidos.

### **La Esclavitud**

La esclavitud es una institución del derecho de gentes, no es exclusiva ni primitiva de los romanos, es común a varios pueblos de la antigüedad.

En Roma podían convertirse en libertos por voluntad de su amo. Solían llevar una marca o distintivo que manifestaba su condición. El esclavo era, por lo tanto, no sujeto, sino objeto de derecho. Su condición desaparece no solo por el amo, también por disposición de la ley. La *domenica potestas* (potestad sobre el esclavo) no solo es vitalicia sino transmisible.

### **Importancia patrimonial del esclavo**

No era sujeto sino objeto o cosa, tenía valor patrimonial como cualquier otra cosa que integraba su patrimonio, si alguien tenía en su poder un esclavo ajeno el dominus lo podía reclamar por una *actio rei vindicatio*, y si era una esclava también podía reclamar el parto de ésta ya que eran los frutos devengadas por la res.

Tenía capacidad de hecho, no jurídica; no tenía la disposición patrimonial ya que lo obtenido por él engrosaba el patrimonio del amo, en un tiempo posterior se le reconoce al igual que al *filius* la posibilidad de administrar un patrimonio propio porción asignada por el pater, denominada *peculio profectium*.

El daño causado a los esclavos y animales ajenos era contemplado por la *Lex Aquilia*, estableciendo sanciones para quienes incurrieran en alguna de las conductas allí descriptas.

En virtud de las limitaciones del derecho de propiedad, existió dentro de la categoría de las servidumbres personales las *operae servorum*, que era el derecho de valerse de los servicios de esclavos ajenos haciéndose luego extensiva a las *operae animalium*.

Si un esclavo causaba daños a un hombre libre su dominus lo mancipaba, para luego volver bajo su potestas de la misma manera que lo podía hacer con un *filius*.

Podía ser designado heredero por testamento, por lo que en el momento en que se hiciera efectivo el mismo, tácitamente era manumitido, caso contrario no contaría con la capacidad jurídica necesaria (*testamenti factio pasiva*). También por testamento podía ser

designado tutor, por lo tanto los efectos jurídicos de la designación son similares al caso descripto precedentemente.

Siguiendo con el mismo tema los esclavos eran herederos sui et necessarii, por lo que no tenían la posibilidad de aceptar la herencia, y debían recibirla cargada de deudas, ya que su amo recurría a ésta vía para evitar que recayera sobre los herederos sui la tacha de infamia consecuencia de la ejecución patrimonial de la bonorum venditio (si era ejecutado), antes de que esto suceda se los instituía herederos.

### B) Conversión en esclavitud

El que es libre y se pone de acuerdo con un tercero para auto venderse como esclavo, en el caso de que posteriormente fuera manumitido no recobra su condición de ciudadano romano sino de liberto - D. 1,5-5; 2,1.

## Causales del derecho de gentes

### La Cautividad

Los prisioneros que se toman del enemigo (2= Inst.1,4 pr.); se consideró esclavos tanto a los mencionados como a los romanos que caían como tales en manos del enemigo eran esclavos sin dueños y si regresaban a suelo romano se los consideraba como que nunca habían caído como prisioneros y recobraban sus derechos -*Ius Postliminium*-, era una ficción jurídica que producía ese efecto, si era un *filius* vuelve a tener esa condición como si nunca la hubiera perdido; pero en las cuestiones de hecho por ejemplo en la posesión de los bienes queda interrumpida hasta su regreso, y si estuvo casado no se le restituye tal condición por el *postliminium*. Los prisioneros en guerras civiles no se hacían esclavos sino proscriptos.

### El Nacimiento

Los hijos de las esclavas seguían la condición de éstas a éstos se los llamaban *verna* eran los más estimado, la controversia se planteó

respecto de los hijos que nacían o se concebían en algún momento de la libertad de la madre o siendo ésta esclava; se estableció que era suficiente con que la madre fuera libre en algún momento para que el hijo siguiera con tal condición pese a que la situación de las mujeres era de peor condición que la de los varones, era el beneficio de la libertad.

### ***El caso de la mujer***

El emperador Adriano estableció que la mujer libre condenada a pena capital, si estaba embarazada se esperaba al alumbramiento y el hijo nacido era libre; y si se trataba de una desterrada que concibió dentro de las *iustiae nuptiae*, el hijo nacido sería ciudadano romano.

Se declaraba libre al sujeto cuando, se declara tal condición en una sentencia

Si la mujer libre encinta cae como prisionera de guerra, el hijo recupera su libertad por el *postliminium*.

Por causa del Derecho Civil

Se hacían esclavos por el *iuscivile*:

- a) El del *infrequeis*, el ciudadano que no acude al llamado para incorporarse al ejército o el que deserta de él, dispuesto por Servio Tulio, con el paso del tiempo se sustituyó por otra pena.
- b) El del *incersus*, que no responde al censor para inscribirse en el censo (lista de los hombres libres), dispuesto por Servio Tulio, con el paso del tiempo se sustituyó por otra pena como en el caso anterior.
- c) El que falta al pago de impuestos.
- d) El deudor insolvente vendido *trans tiberium* por sus acreedores.
- e) El ladrón sorprendido *in fraganti delictio* vendido en el extranjero por la víctima del hurto.
- f) El ladrón sorprendido *in fraganti* quedaba como esclavo del dueño de la cosa robada, luego con el paso del tiempo el Edicto del Pretor sustituyó esa pena por el *cuadruplum* del valor de la cosa.
- g) (En todos estos casos debía ser vendido o entregado fuera de los

limites romanos para no herir a la majestad ciudadana, debido al concepto que se tenía de esta, no podía admitirse que un ciudadano romano se convertiría en esclavo en su propio territorio).

- h) Los condenados a trabajos forzados en las minas, fue abolido por la Novela 22 de Justiniano.
- i) Los condenados a muerte, a los juegos gladiatorios y a luchar en el circo, sus bienes eran confiscados y se vendían en beneficio del Estado, fue abolido por Constantino cuando se suprimieron las luchas en el circo.
- j) El del liberto que es culpable de grave ingratitud para con su patrono.
- k) Por disposiciones de un Senadoconsulto Claudiano la mujer ingenua que vivía en *contubernium* con un esclavo ajeno, a pesar de las tres amonestaciones del dueño del esclavo, ésta disposición fue abolida por Justiniano.
- l) El hombre mayor a 20 años que se hace vender como esclavo por un cómplice para compartir el dinero de la venta luego de declarar su verdadera situación al comprador de buena fe.
- m) El deudor que siendo condenado a pagar no lo hacía se convertía en esclavo del acreedor (Ley de las XII Tablas), la Ley *Papiria* sustituyó esto por la dación in noxa hasta que la deuda se pagara.

### C) Situaciones diversas:

Según la época en que nos encontremos el esclavo ha sufrido un trato muy variado, así se preveía que si el esclavo era entregado por su dueño y abandonado a su suerte en un juicio por una causa que diera lugar a la pena capital, no es libre aunque resultara beneficiado con la absolucón.

Los esclavos se encontraban bajo la potestad de los dueños (como institucón del derecho de gentes ya que tenían el derecho de vida y de muerte sobre éstos).

En el mismo Digesto se señala que no es lícito de los ciudadanos romanos someter a tratos crueles a los esclavos y sin que estén am-

parados en causas reconocidas por las leyes, ya que una constitución de Antonino Pío (138- 161 d.C) establecía que el que matara a un esclavo suyo sin justa causa se le da un castigo similar al que hubiera matado a un esclavo ajeno, al igual que el mal trato - D. 1,6-1.

Para el caso anterior, se haya ejercido con o sin violencia, un rescripto de Antonino Pío, se estableció que se conserve intacta la potestad de los dueños sobre sus esclavos, pero en el caso de sevicias, hambre y otros maltratos crueles y no se les brinde asistencia ante el pedido de éstos,(aquí va punto).

A aquellos que lo supliquen justamente. Por lo tanto atiende tú las querellas de aquellos esclavos de Julio Sabino quien se acogieron al asilo de la estatua (del emperador), y si averiguarás que han sido tratado más duramente de los que es justo, o se les ha inferido una ofensa infamante, dispone que sean vendidos para que no recaigan bajo la potestad de su dueño. El que hiciere fraude a mi constitución, sabrá que estoy dispuesto a cargar el hecho más severamente. También Adriano relegó por cinco años a Umbricia por haber tratado con excesiva severidad a sus esclavas sin motivos de consideración- Ulp.8 de off. Proc.= Inst.1,8-2-.

## **Características de los esclavos**

Al tratarse de una cosa corporal era una *res Mancipi* susceptible de dominio quirritario y bonitario, podía ser vendido, legado, dado en prenda, donado, ser dado en posesión, en usufructo, en condominio, podía ser abandonado, sin que ello implicara darle la libertad, en estos casos se lo consideraba una *res nullius*.

Se discutió entre los juriconsultos si realmente se los equiparaban a las cosas, ya que al esclavo se le podía dar la libertad y la ciudadanía por voluntad de su amo, ello no podía hacerse con las cosas; el lugar donde se enterraba al esclavo era considerado como un *locum religiosum*, el liberto estaba ligado a la familia del patrono por el culto común, pero ello tampoco se aplicaba a las cosas, los esclavos podían

ser instituidos herederos y el amo podía considerarse injuriados por éstos, no ocurría con las cosas ni con los extranjeros.

Con el paso del tiempo y con la influencia de los estoicos y del cristianismo dejó de considerárselo como una simple cosa. Los esclavos quedan comprendidos en el derecho natural como tales, no así en el derecho civil, que con el paso del tiempo se fue atenuando.

En tiempos de Justiniano el esclavo:

- a) No tiene derechos políticos;
- b) No puede hacer adquisiciones, pero si lo hace pasará al patrimonio de su amo sin saberlo o aún en contra de su voluntad. En el caso de que el esclavo acepte una herencia, al tener deudas nunca pasaría a acrecentar el patrimonio del amo si él no lo quisiera. El dueño adquiere la *possessio* por medio del esclavo, también será necesaria su voluntad. Cuando un esclavo adquiere algo lo adquirido pasa a cada uno de sus dueños en forma proporcional al derecho de propiedad que tienen sobre el esclavo, salvo que la orden la haya dado uno solo de ellos.
- c) Se obliga naturalmente.
- d) Cuando contrata no puede convertir en deudor al amo, pero el Pretor les permite a los acreedores a accionar en contra del dueño cuando éste le dio permiso para que el esclavo contrate.
- e) No puede accionar en justicia, ni para sí ni para terceros, se atenuó ésta postura en tiempos del procedimiento extraordinario.

Había esclavos de diferentes clases, algunos más beneficiados que otros, los *servi publice* o esclavos del pueblo romano podían ser propietarios, disponer por testamento de la mitad de sus bienes. Los que estaban perjudicados eran los esclavos sin dueño, que no se podían mezclar en la vida civil, no tenían peculio ni posibilidad de ser liberados. Desde el punto de vista jurídico no hay diferencias entre los esclavos, todo dependía del trato que recibieran de los amos. Había



unos esclavos denominados *servi vicarii* que podían ejercer una cierta autoridad sobre otros esclavos llamados *servi ordinarii*.

### **Obligaciones del amo originadas por el esclavo**

La potestad ejercida por el amo sobre sus esclavos se denomina *Domenica Potestas*. Al principio éste poder era absoluto, ya que incluso se le podía dar muerte al esclavo propio y el amo no era castigado por el derecho, sin embargo en la costumbre éstas conductas como otras especies de maltrato eran reprobadas.

Al principio los esclavos en su mayoría eran griegos, realizaban las tareas agrícolas y los romanos no tuvieron inconvenientes en que compartieran la vivienda familiar y sus costumbres, pero con el paso del tiempo los vínculos ya no eran de éste tenor porque comenzaron los abusos ocurrió a fines de la República comienzos del Imperio, de noche se los encerraba en calabozos o grutas amontonándose en el suelo hombres y mujeres, cuando llegaban a ancianos o contraían enfermedades incurables los llevaban a la Isla de Esculapio cerca del Tíber allí los abandonaban o los mataban. Un Senadoconsulto Silariano del año 10 a.C dispuso que, cuando un esclavo matase a un ciudadano romano se les diera muerte no solo al homicida sino también a sus compañeros, cuando Pedonio II fue muerto por un esclavo, junto con el asesino murieron cuatrocientos esclavos.

Hubo rebeliones de esclavos que fueron de menor importancia, sin embargo se pusieron freno a los abusos, para no provocar una ira masiva de éstos. La Ley *Pretonia* de Augusto estableció la prohibición para los dueños de los esclavos que los obligaran a pelear con las fieras en el circo o ser vendidos con esos fines, sin embargo determinó por un Edicto especial los casos en que se permitían que los esclavos fueran torturados.

Por una Constitución del Emperador Claudio se dispuso que se diera la libertad a un esclavo abandonado a causa de la vejez o enfermedad, con el fin de que no se convirtiera en una *res nullius*.

Domiciano estableció la prohibición de castrar a sus esclavos, ello fue ratificado por Hadrianus quién prohibió que se matara o castigar con crueldad a un esclavo sin una orden previa del magistrado, desterró por cinco años a la matrona Umbricia por haber maltratado cruelmente a los esclavos sin motivos graves.

El Edicto Perpetuo permitió demandar al tercero que hubiere torturado o pegado a un esclavo ajeno, Antonino Pío dispuso que el que matase a un esclavo propio incurriría en igual pena que el que diese muerte a uno ajeno. También le puso límites al poder correctivo de los amos, disponiendo que los esclavos que se encuentren bajo graves amenazas y busquen refugios en los templos o en las estatuas de los emperadores ubicados en lugares públicos, o si habían sido maltratados se dispuso que sean vendidos y el resultado de la venta sea entregada a su dueño.

Marco Aurelio dispuso la como obligatoria la condición de venta *nec prostituatur* cuando se trataba de la esclava. El pudor de los siervos fue protegido por el Prefecto de la Ciudad.

En tiempos del cristianismo aumentaron las manumisiones.

Constantino dispuso que, el que recogiese a un niño expuesto podía ejercer sobre él la patria potestad o la *domenica potestas*, prohibió exponer a los hijos de los esclavos; ordenó la libertad el esclavo comprado por un judío, si bien permitió que los esclavos fueran castigados no podía dárseles muerte ni imponer castigos crueles. Se prohibió para los condenados la pena de circo.

Para los esclavos, el recuerdo de su esclavitud los señalaba siempre como una marca, y los colocaba en una categoría bien inferior a la de aquellos que debían su libertad solo por nacimiento.

El antiguo esclavo tomaba el nombre de su patrono; ordinariamente permanecía agregado a su casa, y después de haberla servido como esclavo, continuaba sirviéndole como libertino. No temía entregarse a ocupaciones en las que un ingenuo nunca se hubiese desempeñado (como la de dirigir un establecimiento de comercio, un navío o una tienda); a veces se hacía útil por sus conocimientos en

negocios o en la jurisprudencia; frecuentemente era cómplice y confidente de su patrono.

*Respecto de las leyes los libertos no podían en el orden político, aspirar a ciertas dignidades, ni tenían derecho a usar el anillo de oro (ius aereorum annulorum), signo distintivo de los caballeros, que había llegado a ser común a todos los ingenuos; por último estaba prohibido a los patricios emparentar con ellos<sup>9</sup>. En el orden privado la circunstancia más común era que el libertino al ser incorporado a los hombres libres, se encontraba solo y sin familia civil; esto debía alterar respecto de él todas las reglas en la materia (como las sucesiones y la tutela). No se deben olvidar que había tres clases de libertos y por lo tanto de las prerrogativas de las que podían o no gozar dependen de ellas.*

*La situación de saber si los hijos de las esclavas dadas en usufructo, eran esclavas o no, se resolvió en sentido negativo.*

## **El abandono noxal**

Era cuando se entregaba al autor de un acto ilícito tratándose más específicamente de un delito privado. Quedaba en poder de la víctima, para que la misma se indemnizara con el producto del trabajo el daño ocasionado por el delito.

Cuando un esclavo cometía un delito quedaba civilmente obligado por él, pero en la práctica era muy difícil de concretar esto debido a que el esclavo no podía actuar en justicia por no tener capacidad jurídica y la obligación que emergía era natural.

En la búsqueda de soluciones la Ley de las XII Tablas, diferenciaba dos casos:

- 1) Si el delito había sido cometido por orden del amo, éste último quedaba obligado *ex delicto*; pero si el esclavo había actuado por sí mismo, Ulpiano decía que el amo no estaba obligado en forma directa, pero se aplicaban en su contra las

---

<sup>9</sup> Era un impedimento relativo la prohibición de contraer nupcias entre ingenuos y libertos.

disposiciones de la ley *Aquilia*. Se consideró injusto que el esclavo quedara impune, por lo que la víctima podía ejercer contra el amo la acción directa o la acción noxal según lo prefiriera. Si el dueño daba su aprobación quedaba obligado.

- 2) Cuando el esclavo obró por cuenta propia, la parte perjudicada puede también perseguir al amo aunque no está obligado personalmente *ex delicto*. En éstos casos entregará al esclavo autor del delito y la víctima se cobrará con el trabajo que éste realice por un tiempo hasta quedar satisfecho, es una acción noxal, porque el amo tiene el derecho de abandonar al autor del delito (*noxam dare*), de allí viene el nombre de abandono noxal.

La acción noxal se ejercía como consecuencia de haberse cometido un delito o cuasidelito, por la cual el demandado tenía la opción de pagar la suma por la cual fue condenado o abandonar al autor de ese delito o cuasidelito a quién se lo denomina *noxia* y al hecho cometido *noxia*.

Son acciones que provienen desde la Ley de las XII Tablas que se daban para el robo y ciertos daños, luego fue usado por la *Lex Aquilia* y luego por el Pretor en la injuria.

### **Efectos del abandono noxal**

- a) Si el esclavo cambiaba de amo, la acción noxal se daba en contra del amo que tenía potestad sobre él al momento de la *litis contestatio* y no contra el que la tenía al momento de cometerse el delito.
- b) Si el esclavo autor del perjuicio fue manumitido la acción noxal no podía ser ejercida.
- c) Si el autor de un delito es un *sui iuris* y luego se convertía en esclavo la acción se daba *noxaliter* contra el amo.
- d) El amo se podía liberar hasta la sentencia haciendo el abandono noxal, en ese caso el esclavo debía ser absuelto.

- e) Caso contrario el juez lo condenaba a pagar una suma de dinero, según la proporción de daño o debía hacer el abandono noxal.

## **Realización**

El abandono noxal se hacía por medio de una *mancipatio*, el esclavo queda bajo la potestad del demandante que en virtud de la *mancipatio* se transforma en su dueño.

Si el amo no se presentaba a la acción noxal como demandado, el demandante con permiso del pretor se podía llevar al esclavo, lo tenía *in bonis* y podía usucapirlo. En ese ínterin estaba protegido el nuevo dueño contra una *reivindicatio* que podía ejercer el ex amo oponiéndole a éste una excepción de dolo.

El abandono noxal de los esclavos estuvo vigente en tiempos de Justiniano.

Las acciones noxales fueron establecidas por el Derecho Civil: en las acciones de *furtummanifestum* que tienen origen en la Ley de las XII Tablas y la acción de daño causado injustamente contemplado en la *Lex Aquilia*; y por el edicto del Pretor: en la acción de injuria y en la de rapto.

## **Acciones *quod iussu, instintoria y exercitoria***

Como se dijo anteriormente cuando el esclavo contrataba con o sin consentimiento del amo y éste se beneficiaba, el esclavo solo quedaba obligado naturalmente, en esos casos el Pretor estableció que los acreedores podían obrar en contra del amo otorgándoles las acciones *quod iussu, exercitoria e instintoria*, las de peculio, *tributoria* y de *in rem verso*. Eran acciones que se modificaban sus fórmulas y se les daban calificaciones especiales por ese motivo se llamaban *adiecticiae qualitatis*.

La acción *quod iussu* se aplicaba cuando el esclavo realizaba un acto negocial con permiso expreso de su dueño sin importar si era

un permiso general o especial o la forma en que se había dado. Se acciona en contra del dueño del esclavo en forma directa *in solidum* o sea, por el total de la deuda.

En cuanto a las dos acciones restantes, cuando un año dejaba a su esclavo que manejara su comercio, todos los ciudadanos que contrataban con éste, el Pretor con similar fundamento que la *actio quod iussu*, hacía de cuenta que esos terceros habían contratado directamente con el amo, respondiendo éste hasta el límite de los actos negociales que había autorizado.

La acción *exercitoria* se otorgaba cuando el amo siendo armador (*exercitor*) de buques había puesto al esclavo al frente de un navío (*magister navis*), para un comercio marítimo.

La acción *instintoria* se otorgaba en una situación similar pero en un comercio en tierra.

Las dos acciones explicadas eran perpetuas, se daban *in solidum* y por la totalidad de la deuda. En caso de que los acreedores pudieran ejercer varias acciones no podían acumularlas, debían elegir la que consideraban más beneficiosa.

Estas tres acciones eran preferidas a las demás porque operaban *in solidum*.

## **El Peculio**

Los amos tenían derechos sobre los bienes de sus esclavos, de manera absoluta e ilimitada, todo lo que adquirían incrementaba el patrimonio de sus dueños. Si un esclavo estaba en copropiedad todo lo que adquiría se repartía *pro virile portione* (según la personalidad) y proporcionalmente a la participación que cada dueño tuviera en el esclavo.

A fines de la República aparece el peculio de los esclavos, al principio le daba al esclavo la administración de un cierto número de animales y después consistió en otros bienes, el dueño no perdía la propiedad de los bienes. Luego se admitió que nacieran obligaciones naturales entre el dueño del esclavo y éste según las reglas de las

acciones de peculio y la *tributoria*. El peculio en la mayoría de los casos estaba compuesto por una gran cantidad de bienes, incluyendo a otros esclavos denominados *vicarii*.

Cuando el esclavo recobraba la libertad, si no recogía el peculio el ex amo tenía la obligación de dárselo, se transformaba en propietario por *usucapio*. Si se trataba de un esclavo manumitido por testamento solo se quedaba con el peculio si el amo se lo había legado.

### **La *cognatio servilis*. El *contubernium***

Al principio se consideró *contubernium* la unión de hecho entre los esclavos, en cierta medida para diferenciarlo del matrimonio civil romano entre ciudadanos romanos. Con el paso del tiempo Paulo, incluye en éstas uniones a los hombres libres con esclavos. Para establecer ésta unión no solo se debía contar con el consentimiento del esclavo sino también con el del respectivo amo.

Con el paso del tiempo se restringieron ésta clase de uniones, la restricción fue para los hombres libres, así un Senadoconsulto *Claudianum* estableció que caería en esclavitud la mujer que viviera en *contubernium* con un esclavo ajeno si después de las tres amonestaciones del amo no hiciera caso y continuara el vínculo.

En el Código se castigaba el contubernio del amo con una esclava suya con la muerte, estaba habilitada cualquier persona para denunciarlo, si lo hacía el esclavo propio obtenía la libertad.

El *contubernium* producía la *cognatio servilis*, existiendo también el impedimento de contraer nupcias con el liberto. Ésta clase de *cognatio* existía entre el padre, la madre y los hijos y también entre hermanos y hermanas.

La *cognatio* tenía por objeto impedir entre éstas personas que habían sido manumitidas celebren matrimonios contrarios al derecho y a la moral.

Antes de los emperadores cristianos se les dieron los derechos de recibir una herencia por testamento a los padres e hijos productos del *contubernium*, y después de éstos emperadores se les reconoció a los

hijos nacidos de un *contubernium*, que a falta de otros descendientes pudieran heredar al padre fallecido ab intestato.

## Las manumisiones

Manumitir es otorgar la libertad a los esclavos, hay modos solemnes y no sabemos de manumitir. Los viejos modos solemnes son tres: la vindicta, el censo y el testamento.

La acción de dar libertad se remonta a las etapas más antiguas del derecho romano. Una prueba de esto ofrecen las características formas civiles de la manumisión, que son creaciones complicadas de una técnica jurídica muy desarrollada, orientadas a conseguir un fin que hasta entonces no fue reconocido. Se tiene conocimiento que hasta fines del s. II a. c, el esclavo manumitido *libertinus*, se siguió llamando *servus* se deduce que la misma es tomada por el derecho de gentes; los libres en oposición a éstos los esclavos, y en tercer lugar los libertinos, los que habían cesado de ser esclavos.

Las manumisiones encuentran su origen histórico cuando Servio Tulio les concedió a los plebeyos la ciudadanía. Los particulares siguiendo éstos lineamientos del Estado, recurrían al censo e inscribían a sus esclavos como hombres libres, pero para no tener que esperar cinco años aparecieron en segundo lugar la manumisión por la vindicta y después por testamento así, los manumitidos pasaron a ser ciudadanos.

La Ley Municipalis Salpensana y la Lex Julia et Papia Poppea, protegieron la manumisión del siervo dotal hecha voluntariamente por la mujer como si fuera hecha por el marido. El Edicto Perpetuo también protegió las manumisiones hechas por los ascendientes del heredero.

Para que un individuo se hiciera liberto, era preciso que su esclavitud fuera real y de derecho, o sea que se cumplieran con las pautas fijadas por la ley, ya que de no ser así la manumisión hacía perjuicio a su libertad en cuanto a sus consecuencias. Era común que los esclavos



vos manumitieran esclavos sin cumplir con las formas impuestas por la ley, siendo la situación, por tanto, de carácter irregular, quedaba a criterio del pretor la protección si los amos se arrepentían y querían someterlos nuevamente, con Augusto o Tiberio se les prometía regularizar su situación, pero no de manera amplia: no se les concedía la ciudadanía, pero se les permitía anotarse en la lista de ciudadanos para la obtención de granos y si el amo los quiere someter nuevamente deberá hacerlo a cambio de un salario.

En el año 44 la población era de aproximadamente 75. 000 habitantes los amos utilizaban para los diversos trabajos manos de obra masculina reservándose para la mujer la tarea textil, ésta ni siquiera era necesaria para la reproducción ya que los esclavos podían ser comprados en grandes cantidades y a bajo costo. Era posible la manutención de los niños esclavos en los campos, mientras que los niños de los hombres libres pasaban terribles hambrunas y como un modo de garantizarles la supervivencia se convirtió en una práctica común su entrega, a lo mejor ese fue el motivo de las manumisiones de los esclavos en gran escala por los años 50, por la conveniencia de reclutar niños y jóvenes.

## **Formas de Manumitir**

Entre las manumisiones formales o de carácter irrevocable se encontraban las siguientes:

### 1) Manumisión por el censo lustral

Implementada en tiempos de Servio Tulio. Era cuando el censor cada cinco confeccionaba la lista de los varones libres, quiénes integraban sus familias y patrimonios. Allí también se dejaba asentado el esclavo al cual se quería dar libertad, y el consentimiento del amo. Después de éste paso el ex esclavo era anotado en la lista de los hombres libres de Roma.

## 2) Manumisión por la vindicta

Un ciudadano podía concurrir ante el magistrado sea pretor, cónsul o gobernador y podía pedir la libertad de un esclavo. Era un ritual antiguo, estando presentes el amo y su esclavo, se recitaban palabras solmenes, el esclavo, al carecer de capacidad jurídica era representado por el *adsertor libertatis* quién tomaba la palabra y el silencio del *dominus* implicaba la pérdida de la condición servil para su esclavo, por un consentimiento interpretado positivamente en éste sentido.

En el transcurso d el acto se lo tocaba con la vara o *festuca* al esclavo, como se hacía en los primeros tiempos para apropiarse de las cosas en los combates, ficticiamente se lo disputaban, no en la práctica, era solo un ritual rememorando esas épocas pasadas. Con el paso del tiempo el *dominus* hacía solo una manifestación de su intención de liberar al esclavo ante el magistrado.

Las consecuencias de la vindicta eran:

- a) para el *dominus* era de carácter personalísimo
- b) era irrevocable
- c) el cumplimiento de las formas garantizaba la legitimidad del acto.

## 3) Manumisión por testamento

Al principio se realizaba en los comicios en presencia del pueblo. Con el paso del tiempo al transformarse los requisitos para testar se establece que sea en presencia de testigos para que no haya lugar a dudas acerca de la voluntad de testador establecido en una cláusula testamentaria o en un fideicomiso. Éste tema tiene relación intrínseca como se observa con el derecho hereditaria, su validez será a partir de la muerte del de *cujus*, ya sea que le haya dado la libertad de manera directa o de manera indirecta haciéndolo primero su heredero y para que pueda serlo, tenga capacidad jurídica para heredar, para eso tiene que ser libre.

#### 4) Las manumisiones en la Iglesia:

Se dieron en presencia de los concurrentes en dos fechas claves para el cristianismo, en Pascua y en Navidad. Por lo general se manumitían en cantidad, su trascendencia la hacía irrevocable.

### **La influencia del cristianismo**

El derecho de la época imperial cristiana, bajo la autoridad de Constantino, creó una nueva forma de manumisión, la *manumissio in ecclesia, in sacrosanctis ecclesiis*, a la que se hizo referencia precedentemente. Encontramos en el código, sobre ésta forma de manumitir, dos constituciones imperiales (copia textual, que antecede), expedidas en el año 316 d.C. cuando Constantino dividía el imperio con Licinio y principiaba a proteger la religión cristiana, época en que hacía casi un siglo que no se había verificado el censo. Esta manumisión se hacía delante de los obispos, en presencia del pueblo; se hacía firmar por un acta que se hacía firmar por el pontífice. Según parece, se escogía para ésta formalidad un día de fiesta solemne, como la festividad de Pascua. Ser libre le implicaba convertirse en ciudadano romano.

### **Constantino El Grande**

La adopción del cristianismo como religión oficial de Roma sumado a ello el traslado de la capital Imperial a Bizancio implicaron importantes transformaciones.

Hijo de Constantino I Cloro, fue proclamado en York en el año 306, al poco tiempo Majencio se proclama emperador de Roma, Constantino marchó contra él, derrotándolo en Puente Milvio (312). En el año 313 proclamó el Edicto de Milán sobre la tolerancia religiosa, que favorecía claramente a los cristianos.

El porqué de éste apoyo se ha querido explicar en dos tesis opuestas: hay una de ellas que se basa en los relatos de *Lactancio* sobre Constantino, a raíz de un sueño premonitorio que tuvo la víspera de la Batalla de Puente Milvio. La otra tesis atribuye a una decisión

de carácter meramente político, pues la organización jerárquica de la Iglesia, le habría permitido consolidar el poder.

Constantino favoreció la expansión del cristianismo en el imperio, interviniendo personalmente en los asuntos eclesiásticos. La precaria alianza entre Constantino y Licinio, desembocó en una guerra (año 324), cuyo resultado fue la derrota de éste último (año 326). La antigua ciudad de Bizancio, tenía una ubicación estratégica ya que se encontraba entre Europa y Asia, se la llamó Nueva Roma y luego cambió por Constantinopla (ciudad de Constantino).

Por el Edicto de Milán Constantino y Licinio (año 313) equipararon el cristianismo a la antigua religión. Los bienes confiscados a las iglesias cristianas durante la persecución les fueron devueltos, estableciéndose entonces la libertad religiosa. Los cristianos se declararon a favor de Constantino, lo cual produjo la oposición de Licinio (quien en Oriente limitó la acción de los cristianos); se enfrentaron y venció Constantino, quien concedió en Oriente los mismos derechos a los cristianos (que en Occidente). Entonces el cristianismo se constituyó como religión oficial del Imperio.

### **Otras formas de manumitir**

En cuanto a las manumisiones que se realizaban en forma privada estaban las que se hacían; se denominaron no solemnes o informales:

- a) Per *epistolam*: se requería que los amos escribieran a los esclavos que se encontraran lejos de ellos, y a quien permitían vivir en libertad. Justiniano exigió que la carta o escrito que contenía la manumisión fuere firmada por cinco testigos.
- b) La que se realizaba *Inter amicos*, consistía en una declaración del amo hecha en presencia de amigos, por medio de la cuál ponía en libertad al esclavo; Justiniano fijó en cinco el número de testigos presentes; se extendía un acta en la que se acreditaba haber oído la declaración.
- c) Por *Convivium*: Era cuando el amo hacía sentar a su esclavo en la mesa.

- d) Por representante: Era una práctica poco habitual, la manumisión era realizada por un tercero que contaba con poder del amo del esclavo por el cual se lo autorizaba a realizar tal acto.
- e) En cuanto a la tercera forma per *codicilum*, consistía en un acto sin solemnidades, en el cual se podía expresar la última voluntad en lo que se refiere a las dádivas, legados y otras disposiciones particulares o generales que se relacionaran con la circunstancia de disponer patrimonialmente mortis causa. Justiniano exigió que el codicilo fuere firmado por cinco testigos.
- f) Cuando el esclavo llevaba el gorro de libertino en el funeral de su amo por voluntad previa de éste o de su heredero.
- g) Cuando el dueño casaba a la esclava con un hombre libre y constituía la dote o no se oponía al casamiento.
- h) Cuando el dueño del esclavo rompía los títulos en los que se acreditaba la esclavitud en presencia de cinco testigos.
- i) Cuando el amo le daba al esclavo el nombre de hijo en un acto público o documento oficial.

Requisitos del *manumitente* para poder manumitir

- a) Debe tener el derecho de propiedad sobre el esclavo. No podían manumitir el usufructuario y el tenedor in noxa.
- b) Debía contar con capacidad jurídica para enajenar, eran incapaces los mentecatos, las mujeres (salvo que se trate del siervo dotal) y los impúberes, sin autorización de sus tutores.
- c) Ser ciudadano romano para poder realizar la fórmula de la manumisión, por ese motivo no podían manumitir los extranjeros (si lo hacían el esclavo era libre por el derecho de gentes y adquiría la condición de extranjero).

Manumisiones forzosas: Tenían su origen en disposiciones de la Ley, casos

Tenían su origen en disposiciones de la Ley:

- 1) Cuando el esclavo estaba al servicio del emperador, con el beneficio de que a ese liberado se lo consideraba ingenuo.
- 2) Por haber ingresado a un monasterio durante tres años, sin que en ese período reclamare el dueño.
- 3) También como recompensa por haber denunciado al autor de la muerte de su dueño, al falsificador de moneda, al desertor o al raptor.
- 4) Como imposición de una pena al dueño por haber abandonado al esclavo anciano o enfermo.
- 5) Por haberse usucapido la libertad, o sea por haber estado en posesión de la libertad sin dolo malo durante 16 años según Constantino; y diez años entre presentes y veinte años entre ausentes, según Justiniano.
- 6) Cuando el dueño del esclavo se veía obligado a manumitirlo porque así lo establecía un convenio o cláusula testamentaria.
- 7) En el caso del esclavo que pertenecía a varios dueños, uno de éstos quería manumitirlo y los otros no, el derecho clásico había dispuesto que el esclavo siga en condición de tal. En tiempos de Justiniano se estaba a favor de la libertad en casos como el planteado, pero había que indemnizar a los dueños que no querían manumitirlo para compensarlos del derecho del cual se verían privados.

### **La ley *Iunia Norbana*: El origen de los Latinos *Junianos***

No era lo mismo manumitir por los medios solemnes o no solemnes. Si un ciudadano romano manumitía por las formas solemnes el liberto adquiría la condición de hombre libre y ciudadano romano, pero en el caso de que el esclavo fuera manumitido por un hombre que no tuviera la condición jurídica referida el liberto no podía adquirir una posición mejor que la de su patrono; el liberado de un peregrino no puede ser ciudadano romano deberá ser indefectiblemente un peregrino.

Cuando un esclavo era manumitido por medios no solemnes no quedaba libre desde el punto de vista del derecho, por eso ésta clase de manumisiones son revocables fácilmente, el amo deja sin efecto una situación de hecho (la de haber liberado a su esclavo *per mensam* por ejemplo, pero si antojadizamente decide hacerlo caer nuevamente en esclavitud, esa caída de hecho, no de derecho porque jurídicamente nunca cesó tal condición) el esclavo no tendrá forma alguna de oponerse a esto, en algunos casos en los que había abusos intervenía el pretor. Se estableció que las manumisiones se hacían de manera regular o formal y los liberados eran libres desde el punto de vista jurídico y ciudadanos romanos.

En tiempos del imperio se estableció la necesidad de determinar qué hacer con los esclavos manumitidos de manera irregular, teniendo en cuenta la gran cantidad de manumisiones de ésta clase que iba en aumento, en una época en que había constantes guerras civiles, y darles la libertad a ciertos individuos podía volverse peligroso para la paz social.

La Ley *Iunia Norbana*, según algunos votada en tiempos de Tiberio en el año 772, se estableció que aquellos que habían sido manumitidos por los modos irregulares, eran considerados libres desde el punto de vista jurídico, no eran ciudadanos romanos sino que se los asimilaba a los latinos *coloniarii*, contaban además con ciertas incapacidades, se los llamó Latinos *Junianos*.

### **Limitaciones a la facultad de manumitir**

En principio la posibilidad de manumitir era libre, pero como las manumisiones podían afectar intereses sancionaban leyes restrictivas de estas:

- a. Ley *Aelia Sentia* (4 d.C.) Restringía la manumisión por vindicta. Determinaba que el dominus tuviera 20 años (de lo contrario la manumisión era nula); que el manumitido tuviera como mínimo 30 años (de lo contrario se convertiría en *latinus iunianus*); no se podía manumitir a esclavos que lo fueran por penas infa-

mantes (ésta restricción fue abolida por Justiniano). No se podía manumitir en perjuicio fraudulento de los acreedores: ello ocurría cuando había intención de perjudicar, el mismo quedaba consumado porque el *dominus* se había hecho insolvente para burlar a los acreedores, la nulidad se producía ipso iure y se tenía que instar dentro de los diez años siguientes a la manumisión. Debido a la situación especial que se plantea aquí se constituyó como una excepción a la regla de la irrevocabilidad de la manumisión, porque la acción Pauliana era insuficiente para determinar que las manumisiones se habían hecho en fraude de los acreedores.

Si el *dominus* tenía menos de veinte años solo podía manumitir inter vivos por medio de la vindicta, ante un consejo y con justa causa, el consejo estaba integrado por cinco senadores y cinco ciudadanos púberes, presididos por el cónsul; y en las provincias por veinte *recuperatores*, que podían ser o no ciudadanos y resolvían conforme al derecho de gentes. Aprobada la causa la manumisión no podía revocarse aunque después se estableciera que la causa invocada fuera falsa.

- b. La ley *Fufia Caninia* (año 2 d.C.) limitó el número de manumitidos por testamento. Su objetivo era que los herederos no se perjudicaran. Se estableció que si el año tenía solo dos esclavos podía manumitir a los dos; si tenía de tres a diez, la mitad, de diez a treinta la tercera parte; de treinta a cien la cuarta parte; y de cien en adelante la quinta parte. El que iba a ser manumitido debía señalarse en forma concisa y clara con indicación de su nombre, y si no fuera conocido que se lo describa de alguna forma que no deje lugar a dudas de quién era el esclavo que se quería manumitir. Justiniano derogó esta ley y mantuvo la ley *Aelia Sentia*.

La *Lex Aelia Sentia* creaba una tercera clase de manumitidos: los *dedicticios*. Se determinó que el esclavo que durante su es-



clavitud sufrió ciertos castigos no era digno de hacerse por manumisión ni ciudadano ni latino, se le daba por ese motivo la condición de peregrino *dedictio*.

Había por lo tanto tres clases de manumitidos: Los ciudadanos, los latinos *junianos* y los peregrinos *dedicticios*.

1. Libertos ciudadanos romanos: Son los que en mejor posición se encuentran, debido a que cuando son liberados además de libres son ciudadanos romanos pero en una situación de inferioridad en relación a los ingenuos. No tienen el *ius honorum* prohibido por la Ley *Visellia*, de tiempos de Tiberio, ejercían el derecho de votar solo en los comicios por tribus. En el campo del derecho privado tuvieron el *commercium* y el *connubium*, con la salvedad en éste último caso no se podía contraer matrimonio entre ingenuos y libertos; no podían llevar el anillo de oro que era un privilegio de los caballeros. En tiempos del Imperio, los manumitidos ciudadanos podían adquirir una condición similar a la del ingenuo por concesión del Príncipe, había dos grados: - el *ius aereorum annulorum*: asimila el manumitido a un ingenuo tanto en las prerrogativas de derecho público como de derecho privado, subsistiendo los derechos del patrono. -La *restitutio natalium*: Le da al liberado una ingenuidad completa y extingue los derechos del patrono, solo se otorga con el consentimiento de éste.
2. Los Latinos junianos: La condición de los libertos latinos junianos es similar a la de los latinos *coloniarii*: no gozan de derechos políticos; en el ámbito del derecho privado gozan del *ius commercium*, pero no del *connubium*, no pueden testar ni recibir por testamento o por legado a menos que se hagan ciudadanos los cien días siguientes a la muerte del testador, no podían ser designados tutores testamentarios, ni serlos en Roma por disposición del magistrado de acuerdo a lo establecido por la *Lex Atilia*. Desde tiempos de Augusto se les facilitó adquirir la ciudadanía romana: si tenían treinta años y habían sido liberados de

manera no solemne, era suficiente con otra liberación solemne realizada por su amo, el mismo efecto surtía una concesión expresa del emperador, el patrono conservaba sus derechos sobre la sucesión del liberado. -La *lex Aelia Sentia* había dispuesto que se otorgaba el beneficio que se detalla a continuación: Si el manumitido menor de treinta años se casaba con una ciudadana en presencia de siete testigos ciudadanos romanos, asegurando que contraía matrimonio para tener hijos, en el caso de tener un hijo cuando el mismo cumpliera un año debía presentarse ante el magistrado, debiendo probar la existencia del hijo, así se hacía ciudadano; a ésta se la denominó la causa *probatio*, que en tiempos del Emperador Vespasiano y por un senadoconsulto Pegasiano se hizo extensivo a todos los latinos junianos. -También se convertían en ciudadanos cuando prestaban un servicio importante para el Estado.

3. Los libertos peregrinos *dedicticios*: Eran los que se encontraban en una situación bastante complicada en comparación con los dos grupos anteriores. Su libertad se denominaba *peissima libertas*, no poseían derechos políticos, ni el *connubium*, ni el *commercium*. Tenían prohibido ingresar a Roma ni en un radio de cien millas cercanas a la misma bajo pena de caer nuevamente en esclavitud y no volver a ser manumitidos. Se los presumía muy peligrosos por ese motivo no se les permitía vivir en Roma ni en sus cercanías. Como forma de gratitud a quién le dio la libertad deben vivir cerca de él en una relación similar a la de un hijo con su padre, esto trae como consecuencia que toma el nombre, origen y domicilio legal del patrono, formando parte de su gens. Cumple con las reglas del patronato: el *obsequium*, las *operae* y los *bona*, el patrono conservaba derechos sobre la tutela y la sucesión del liberto.

Justiniano eliminó éstas diferencias por medio de una constitución en el año 538, estableciéndose la igualdad entre el liberto y el ingenuo, subsistiendo solamente el patronato.

Éste emperador también suprimió la diferencia entre la que produce como efectos la adquisición de la ciudadanía. De las formas más antiguas quedaron la que se hacía por la vindicta, por el testamento y la *manumissio in ecclesia*, y de las que antes solo llevaban a la latinidad, la que era *per epistolam e Inter amicos*.

Había una forma no solemne de manumisión, ya que Justiniano había establecido que fuera declarado libre el esclavo al que se le daba el nombre de hijo aunque no se le reconociera la condición de tal.

### ***La Relación de Patronatus***

En ésta situación, las leyes de acuerdo con la costumbre, le había dado en cierto modo por familia la del patrono, el patronus, en la libertad y en la ciudad le daba su nombre y hacia éste patronus debía una serie de obligaciones, denominados derecho del patrono o *iura patronatus*.

En los primeros tiempos de la República había pocos esclavos, y por lo tanto pocos libertos. Posteriormente el número se multiplicó, en las últimas guerras civiles se formaron con ellos legiones, cosa contraria al derecho constitutivo. Augusto quiso reprimir en muchas leyes las frecuentes manumisiones; pero la fortuna y las costumbres del Imperio no eran iguales a las de la República, la cosas continuaron su curso; los ciudadanos emancipados se asemejaron a los ingenuos; frecuentemente los emperadores concedían a algunos de ellos el derecho de regeneración o *ius regenerationis*, encontrándose en cierto modo regenerados, colocados entre los ingenuos y pudiendo usar el anillo de oro. Por último Justiniano acabó por hacer desaparecer toda diferencia en ésta materia, concediéndoles a todos, los libertos la regeneración y manteniendo solo para distinguirlos de los ingenuos, los derechos del patronato y de su familia.

Los deberes eran:

- a. El *obsequium*: El liberto debía respecto al patrono y a sus descendientes, no podía demandarlo judicialmente sin permiso del

pretor, en caso de necesidad le debe alimentos, así fue dispuesto por la *Lex Aelia Sentia* y a partir de Commodo se dispuso que podía caer nuevamente en esclavitud por incumplir éste deber.

- b. Las *operae*: consistía en servicios que debía prestar el liberto. El amo se hacía prometer antes de darle la libertad de que su esclavo le iba a prestar esos servicios. Podían ser Oficiales (servicios domésticos); fabriles (de carácter más extraordinario).
- c. Los *bona*: cuando el liberto moría sin descendientes, los bienes correspondían a su patrono. También tenían la tutela del liberto impúber o de la libertad.

Las obligaciones eran:

- a. Si el patrono caía en miseria, podía reclamarle alimentos, la obligación era recíproca.
- b. Las obligaciones del liberto hacia su patrono pasan a sus descendientes de este, en cambio, el que debe cumplirlas es el liberto y en principio no pasan a sus hijos quienes nacen ingenuos, sin embargo, de hecho quedan bajo la dependencia moral del patrono luego de la muerte de su padre.

## **La Ciudad. *Status Civitatis***

### **Concepto**

Es un conjunto de derechos y prerrogativas de carácter político y privado, que se les daba a los ciudadanos romanos y de las que éstos podían gozar en mayor o menor grado.

Al principio era privativo de los patricios, cuando se desatan las disputas con los plebeyos logran como conquista social entre otros aspectos, poder adquirir la ciudadanía, pero de manera más restringida que el patricio.

Estas diferencias con el paso del tiempo se eliminan ya que Caracalla y Justiniano les conceden la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.

## Derechos Públicos

El derecho público es aquél en el que el Estado organiza el poder público y regula las relaciones de los particulares con él. En Roma abarcaba los siguientes aspectos:

1. *Suffragium*: Era uno de los derechos políticos más importantes, por él se participaba en los comicios, en las elecciones, en los juicios y en la sanción de las leyes.
2. El *ius honorum*: Era el derecho de poder ocupar cargos públicos.
3. *Provocatio ad populum*: Este derecho público aparece después de la caída de la monarquía, el pueblo decidía en las causas en las que se imponían penas capitales, se hacía con el fin de limitar el poder del magistrado que cumplía con ésta función así fue establecido por la Ley Valeria. Era algo similar a una apelación, el que solicitaba el fallo del pueblo indefectiblemente debía ser ciudadano, se debía tratar de una pena que hubiera recaído en un juicio criminal y ser capital, dicha apelación se realizaba en última instancia ante los comicios por centurias. Luego, con el paso del tiempo se hizo extensivo a multas que excedieran la suma de trescientos ases. Se hacía un sumario, luego una especie de procedimiento en el que el acusado se defendía: se trataba del *anquisitio*, después se apelaba ante los comicios por tribus o por centurias. El *comicio* podía revocar el fallo.

La *Provocatio ad populum* fue extendida por otras leyes: La *Lex Valeria Horatia* (449 a.C.) prohibió la creación de nuevas magistraturas a las cuales no se les podía oponer la *provocatio*

Otra ley Valeria prohibió que se castigue a quién hacía uso de ella. Las Leyes *Porciae* prohibieron a los generales que condenen a muerte a los ciudadanos, aún fuera de Roma.

Una ley de Cayo Graco calificó de *Perduellio* los casos en que se la violara.

Hubo una institución similar a la *provocatio*; el *auxilium*, es la defensa que se le concede a un magistrado contra la disposición de otro.

Un magistrado podía prohibir el acto hecho por un colega porque es una facultad de la que goza, el límite o el control es que la prohibición de un magistrado predomine sobre las resoluciones de otro.

Éste veto se aplicaba entre los cónsules y en las demás magistraturas colegiadas. El cónsul puede prohibir el acto de un pretor o de un edil, y los tribunos de la plebe pueden prohibir las decisiones de cualquier magistrado, excepto el del dictador. Cualquier ciudadano podía recurrir a un magistrado para que prohíba un acto que fuera en contra de sus intereses, a éste derecho se lo denomina *apellatio*, para el ciudadano y de *auxilium* para el magistrado.

El recurso que se interpone contra el magistrado se llama *intercessio*.

1) *Nomen, praenomen y cognomen*:

Las cuestiones referidas al nombre lo hacían los romanos para indicar la estirpe aristocrática a la que pertenecían, y para diferenciar ingenuos de libertos.

Era común usar dos nombres, por ejemplo: Anco Marcio, también se usaba el nombre de la gens precedido por el nombre personal y acompañado de la filiación: *Publius* (nombre personal o *praenomen*), Cornelio (nombre de la gens o nombre gentilicio), Marci Filius (filiación). Se simplificaba P. Cornelius; M.F. etc.

En la época clásica se usaban tres nombres, por ejemplo: *Titus Quinctius Cincinnatus*. Las tres partes son:

- a. Primera parte: El *praenomen*, o sea, el nombre individual de la persona. Solo se conocieron treinta y seis nombres, de los cuales se presume se usaran habitualmente solo dieciocho. Por ese motivo los romanos colocaban una inicial en lugar del nombre. Algunos *praenomen* eran usados por algunas gens, tales como los de Appius y Numerius, usados por los Claudios y los Fabios

respectivamente. Un decreto senatorial dispuso que el *praenomen* del padre solo sea usado por el primogénito.

- b. Segunda parte: la denominación de *Quinctius* es el *nomen* o *nomen gentilicium*, indica la gens a la que pertenece, es común a todos sus miembros, hay ciertas terminaciones que indican el origen común en los nombres de ascendencia romana que terminaban en *ius*. *Acus* indica el origen galo (*Avindiacus*) mientras que *na* o *nas* el origen etrusco: por ejemplo *Perpena*, *Maecenas*.
- c. Tercera parte: Es el *cognomen*, era una especie de sobrenombre que se usaba para distinguir las distintas ramas de una misma gens. Aparece después de la II Guerra Púnica y podía tomar un viejo *praenomen*, o una condición personal (*Cincinatus*, el enrulado), o un derivado de un lugar (*Coriolanus*).
- d. Algunas veces aparece un cuarto elemento: El *agnomen*: era un sobrenombre particular que derivaba de algunas particularidades especiales de la persona, por ejemplo: *Publius Cornelius Scipio Africanus*; individualizaba a la persona y como se transmitía de padres a hijos, generalmente se convertía en un *cognomen*. A las cuestiones relacionadas con el nombre se la denominaba *trina nomina*, será necesaria la afiliación y la tribu a la que se encuentra inscripto, por ejemplo en *Marcus Tullius: Marci filius, Cornelia Tribu, Cicero (M. Tullius, M.f.Cor., Cicero)*. Los libertos en lugar de su filiación debían colocar el nombre de su ex amo y se reemplaza a la *f* (*filius*) por una *l* (*libertus*). A las mujeres se las llamaba empleando el nombre de la gens (*Virginia, Cornelia*), se anteponeía generalmente un *praenomen*.

### **Derechos Privados**

Derecho privado es aquél que regula las relaciones entre particulares. Los ciudadanos romanos gozaban de los siguientes:

- a) El *commercium*: Era la facultad de realizar actos jurídicos válidos como el derecho de comprar y vender, de acuerdo a los modos reconocidos por la ley.
- b) La *testamenti factio*: Como consecuencia de la anterior el ciudadano romano podía transmitir su patrimonio por medio de un testamento, y de ser instituido heredero.
- c) El *connubium*: Era la posibilidad de contraer justas nupcias, o sea, el matrimonio civil romano. Posibilidad que no tenían los esclavos que gozaban del *contubernium*, era una relación de hecho mientras que el *connubium* era una unión reconocida por el derecho. De ella se derivan la patria potestad y la agnación. Hubo una época que no se podía celebrar entre miembros de distintas clases sociales por lo que en el año 310 a. C. la *Lex Canuleia* suprimió la prohibición.

### **Adquisición del derecho de ciudadanía**

Adquisición: Los motivos eran los siguientes:

- a) El nacimiento: Había que diferenciar:
  - 1) El hijo que había nacido dentro de las justas nupcias, era ciudadano romano, porque los hijos concebidos dentro del matrimonio civil seguían la condición del padre, a diferencia de los esclavos que seguían la condición de la madre, por los motivos ya explicados, la unión de los esclavos llamada *contubernium* era de hecho, se tenía por cierto a la madre y no al *pater* por ese motivo no podía seguir la condición de éste.
  - 2) El hijo concebido dentro de las justas nupcias: Se estableció que ese hijo seguía la condición de la madre, la *Lex Minicia* había establecido que si uno de los padres era peregrino, el hijo era peregrino. Un senadoconsulto de Hadrianus había establecido que si la madre era ciudadana y el padre latino, el hijo sería ciudadano romano.
- b) Causas posteriores al nacimiento: Había que diferenciar entre el esclavo, el peregrino o el latino.



- 1) El esclavo se podía convertir en un ciudadano después de haber sido manumitido por los modos solemnes o regulares.
- 2) El peregrino podía serlo por concesión otorgada por los comicios, por un senadoconsulto o por el emperador. Éste beneficio se podía con el derecho de sufragio o no, se excluía el *commercium* y el *connubium*. Dicha concesión podía ser individual o colectiva, la forma colectiva fue utilizada por los emperadores, se iba ampliando el número de ciudadanos, hasta que Caracalla otorgó la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.
- 3) Con respecto a los latinos, en la sub-clasificación ya vista se especifican los modos en que la adquirirían.

### **Pérdida de la ciudadanía**

- a) Por caída en esclavitud.
- b) Como consecuencia de ciertas condenas como la interdicción del agua y del fuego y la deportación.
- c) Por *dicatione*: Cuando abandonaba voluntariamente su patria y se hacía ciudadano de una ciudad extranjera.

### **Los latinos, clases y derechos**

Los que no eran ciudadanos romanos estaban divididos en dos clases: los peregrinos y los latinos. Los latinos eran peregrinos a los cuales los romanos les daban mejor trato que a los peregrinos propiamente dicho. Había tres clases de latinos:

- a) Latinos *veteres*: Cuando se destruyó la ciudad de Alba Longa, Roma se convirtió en la nueva metrópoli latina, a raíz de éste hecho hubo resistencias cuyos resultados fueron algunas sublevaciones, neutralizadas éstas revueltas se disolvió la liga de las ciudades latinas, distinguiéndose entre los habitantes que habían participado de las rebeliones de los que no lo habían hecho, éstos últimos eran los latinos *veteres*. Tenían el *commer-*

*cium* y el *connubium* y si se encontraban en Roma el *ius sufragii*, podían adquirir fácilmente la ciudadanía romana: por ejemplo si fijaba su lugar de residencia en Roma, si dejaba en su patria un descendiente que perpetuara su raza, si había desempeñado alguna magistratura en su país, o si había hecho condenar a un magistrado por concusión. Después de la guerra social la ciudadanía se les dio a todos los habitantes del Imperio.

- b) Los latinos *coloniarii*: Roma creó colonias que eran de dos clases: 1) Colonias romanas: integrada por romanos de las clases más pobres, seguían siendo ciudadanos romanos. 2) Las colonias Latinas: Integrada por latinos y romanos que integraban su patria y perdían su calidad de ciudadanos. Hubo muchas colonias latinas y Vespasiano le otorgó a España el *Ius Latinii*. Ésta clase existió aún después de extinguidos los latinos *veteres*. En tiempos del Imperio su situación cambió, tuvieron el *commercium* pero no el *connubium*, salvo que fuera por concesión especial. Los derechos políticos se ejercían en sus ciudades pero no en Roma y solo podían adquirir la ciudadanía en el caso de haber desempeñado alguna magistratura latina.
- c) Los latinos *junianos*: En sus orígenes fueron libertos que habían sido manumitidos por los modos no solemnes, quedaba incluido el liberto cuando el amo tenía sobre el esclavo la propiedad bonitaria (imperfecta).

El Edicto de Claudio que le daba la libertad al esclavo enfermo también lo convertía en latino juniano, además, la *Lex Aelia Sentia* consideraba como tal al liberto menor de treinta años que fuera manumitido sin autorización del consejo creado por la misma ley.

### **Los Peregrinos. Los *dedicticios***

Al principio los extranjeros fueron llamados *hostes*, pero a partir del siglo VI se usó éste término para designar a los enemigos de Roma, se usó la palabra peregrino para designar a los extranjeros, se creó una magistratura denominada pretor peregrino para que solu-

cione controversias entre éstos. Los peregrinos son los extranjeros que pertenecen a aquellas ciudades con las cuales Roma ha celebrado alianzas o se ha sometido a la dominación romana, quedando reducidas a la condición de provincias, no tenían derechos públicos ni privados, pero podían adquirirlos si obtenían la ciudadanía por concesión. Se les aplicaba el *ius gentium* y el derecho de sus ciudades. Aquellos pueblos que se habían rendido a discreción se encontraban en una condición inferior y sus habitantes eran los peregrinos *dedicticios*, no pertenecían a ninguna ciudad por lo que estaban solo regidos por el *ius gentium*.

### ***Status Familiae***

Determinación de los factores que modifican la capacidad Jurídica.

### **Agnación**

Era el lazo jurídico que unía a todos los que se encontraban bajo la potestad del mismo *paterfamilias* en el caso de que estuviera con vida. Debido a que la patria potestas solo podía ser ejercida por los varones el vínculo de agnación se constituía por la línea masculina.

Eran agnados: el *pater* y los *fili* que estaban bajo su potestad, o lo hubiesen estado en el caso de que el padre viviera; los anteriores y los nietos del *pater* en iguales condiciones, por mencionar algunos casos. A ellos se suman las mujeres *in manu* y los adoptados. No eran agnados sino solo cognados, los descendientes de las hijas, ni éstas cuando hubieran salido de la familia por matrimonio *cum manus*, ni los descendientes que hubieran sufrido las *capitis deminutio*, ni los hijos en relación a la madre.

La proximidad en el parentesco por cognación se contaba por grados, a partir del *pater familia* común.

Efectos de la agnación

Hacía de carácter obligatorio rendir el culto doméstico, y los derechos de tutela y sucesión.

Clases de agnación

- a) Por generación: derivado del matrimonio.
- b) Por legitimación: Por ella los hijos o descendientes naturales quedaban equiparados a los legítimos, quedaban bajo la patria potestad.
- c) Por matrimonio cum manus del varón, ya que por éste la mujer entraba a la familia del marido.

### **Fin de la agnación**

Finalizaba en todos los casos en los que terminaba la patria potestad, emancipación, capitis deminutio, dación de la mujer in manu y del descendiente en adopción.

Fue el basamento de la familia romana de los primeros tiempos, pero por distintas circunstancias que confluyeron y que se explicarán al tratar el derecho de familia, se fue privilegiando el parentesco natural o vínculo de cognación, a partir de la época del cristianismo hasta Justiniano.

### **Cognatio**

Es el vínculo de parentesco natural fundado en la consanguinidad o vínculos de sangre, que une a personas descendientes unas con otras (línea recta), o descendientes de un pater común.

Al principio la cognación era el vínculo de parentesco por parte de la madre, pero en el derecho clásico se entendía que era el lazo existente por razón de la generación, tanto por parte de la madre como del padre, abarcando a la vez a muchas personas agnadas, podía haber cognación sin agnación, por ejemplo entre el hijo y la madre o entre el padre y el hijo sin haber salido de la familia.

La cognación no tenía efecto jurídico, salvo el de impedir el matrimonio en ciertos grados, solo los agnados en llamados a la sucesión ab intestato y a la tutela legítima pero luego fueron equiparados a los cognados. Ello contó con la colaboración del pretor que llamó

a la sucesión del padre a los hijos emancipados y a otros cognados; algunos senadoconsultos establecieron el derecho de sucesión entre la madre y los hijos, Justiniano eliminó toda diferencia entre la cognación y la agnación.

## **Afinidad**

Es el vínculo que se establece por las justas nupcias entre cada uno de los cónyuges y los cognados del otro. Cada uno de los afines llevaba un nombre especial, el marido y la mujer llevaban el nombre de vi y uxor respectivamente; la nuera era *nurus*; el yerno, *gluer*; el padrastro, *vitricus*, etc. Las mujeres de dos hermanos aunque entre ellas no había parentesco se llamaban *panitricas*. Los afines tenían derecho a formar parte del *concilium* doméstico y el *ius osculi*, tenían que llevar por la muerte de alguno de ellos.

Una vez que se producía la afinidad no desaparecía por la muerte de alguno de los afines, ni por el divorcio de las personas que la originaron.

## **Gentilidad**

La gens era otra agrupación civil, sus miembros reciben el nombre de gentiles. Hay dos teorías acerca de su constitución: una de carácter natural y otra de carácter artificial.

- Como construcción artificial, la gens sería una creación del legislador al igual que las curias, estableciéndose un lazo ficticio entre varias familias que en sus orígenes eran extrañas unas con otras.

- Como construcción natural era una agrupación de familias provenientes de un tronco común, pero cuyo parentesco no podía ser comprobado de generación en generación, ésta es la tesis más aceptada.

## **Constitución como gentil**

Se llegaba a ser gentil por:

a) Por nacimiento, por tener un padre gentil,

- b) Por ser agregado directamente, mediante la admisión y voto.
- c) Por ser agregado indirectamente a formar parte de una familia integrante de una gens.

## Cese

Se dejaba de ser gentilicio cuando se sale de una para pasar a pertenecer a otra; también perdiendo la ciudadanía o la libertad y por dejar de pertenecer a una familia.

## Características de la Gens

- 1) Sus miembros llevaban un nombre en común y era el nombre del antepasado del que todos suponían descender, a éste se añadía el nombre del individuo, el de la rama de la gens a la que pertenecía, que podía ser uno, dos o más.
- 2) Cada gens tenía un culto peculiar, que a diferencia de la curia era considerado como *sacra privata*. Éste culto se rendía a un dios particular, protector de la gens, en su honor se le construía una capilla, un altar, se le ofrendaban sacrificios y fiestas anuales en determinadas épocas del año; se cree que era factible también rendirle culto al genio o héroe fundador de la gens.
- 3) Los co- gentiles tenían la obligación de contribuir a los gastos del culto y asistir a sus actos.
- 4) Un jefe era a la vez magistrado, juez y comandante militar y además al principio formaba parte del Senado.
- 5) En cada gens varían los usos y costumbres que tenían, que tenían fuerza de ley: por ejemplo la gens *Cornelia* no permitía el rito de la cremación.
- 6) Había una tumba común para todos sus miembros incluso los clientes, ya que éstos participaban del culto gentilicio.
- 7) Los gentiles debían prestarse mutuo auxilio sobre todo en casos graves.
- 8) Era obligación pagar las multas impuestas a un miembro de la

gens en caso de carecer de recursos para liberarlo del cautiverio.

9) Cuando no había parientes agnados se tenía en cuenta el gentil más próximo, que eran llamados en la curatela y en la sucesión ab intestato del co gentil (regulados por la Ley de las XII Tablas).

10) Los miembros de las gentes recibían el nombre de patricios (descendientes de los *patres*) y también el de los quirites (lanceros o guerreros).

### ***Alieni iuris y sui iuris***

Según la posición en que se encontraban las personas dentro de la familia encontrábamos dos grupos: los *sui iuris* y los *alieni iuris*.

Eran *alieni iuris* los libres, ciudadanos romanos, que en los vínculos de familia se encontraban bajo la potestad de otro hombre libre. Tenían ésta condición la mujer *in manu*, los descendientes legítimos y adoptivos no emancipados que se encuentran bajo la patria *potestas*, los cedidos al *pater in mancipium*; en tiempos de Justiniano desaparecieron la *manus* y el *mancipium*, quedando solo como *alieni iuris* los hijos de familia.

*Alieni iuris* era aquél que reunía los tres status, por tanto, era hombre libre ciudadano romano y *pater familias* y no se encontraba sometido a potestad alguna. De allí derivaba su capacidad de hecho y de derecho. Con la aclaración que si bien podía reunir los tres status no significa que, necesariamente los debía poseer, ya que podía ser hombre libre y ciudadano romano, pero si nunca contrajo justas nupcias por ser un niño por ejemplo igual era un *sui iuris* si no estaba sometido bajo la potestad de otro.

Causas que podían modificar la capacidad Jurídica

- Honor Civil: en Roma la persona debía mantener su honorabilidad, si el ciudadano perdía el honor (*existimatio*) pasaba a ser no apto para el goce de derechos. La *existimatio* era el estado de dignidad ileso la cual se perdía ante un delito.
- Religión: las diferencias de derechos según la religión se hicieron notorias cuando advino el cristianismo ya que los que

los que pertenecían a dicha religión se veían beneficiados con derechos que no poseían los pertenecientes a otras religiones como los judíos y *maquineos*.

- Condición Social: esto era debido al diferente trato que existió entre patricios y plebeyos aunque finalizó con el comienzo de la República.
- Profesión: el trato sería diferencial según ocuparan cargos en alguna magistratura, fueran militares (los cuales tenían mayores privilegios), o por el contrario realizaran alguna profesión que le traía la tacha de infamia con la consecuente disminución de derechos.
- Domicilio: podía ser voluntario cuando la persona había establecido su residencia fija o domicilio en un lugar determinado, o en cambio podía ser necesario cuando era impuesto por la ley.

### **Causas que modificaban la Capacidad de Obrar**

- Edad: se establece la división entre púberes e impúberes. Se era púber a los 12 años en la mujer y a los 14 en el varón. El impúber era incapaz de obrar por eso estaba bajo tutela. Entre los impúberes había que distinguir los infantes (*minor infantia*), que eran incapaces absolutos de obrar, de los infantes mayores (*mayor infantia*) que tenían incapacidad relativa. Estos a su vez se dividían en *infantiae proximi* y *pubertati proximi*, dicha división hecha con referencia para responsabilidad ante delitos, excluida para los primeros y admitida para los segundos.
- Sexo: esto se debe a que la mujer siempre estuvo en un plano de inferioridad con respecto al hombre.
- Enfermedades corporales y mentales: dentro de estas quedaban incluidos los sordos, los mudos, los ciegos, los eunuco, los locos y los imbeciles que debido a sus diferentes circunstancias estaban imposibilitados para realizar determinadas actos.

3.- Las Personas Jurídicas. *Universitatis Personarum* y *Piae Causarum*. Normas que las rigen.



## La denominación de “personas jurídicas”

La terminología no fue conocida así por los romanos de acuerdo a lo que encontramos en las fuentes, la misma corresponde a construcciones más modernas del derecho que se aplica en éste caso por la asimilación que los romanos hacían de la persona física a ésta como titular de derechos y la eventualidad de contraer obligaciones<sup>10</sup>.

Hacer referencia a “Personas Jurídicas” es de carácter genérico, por lo que éstas asumieron diferentes modalidades a saber:

- las ciudades y comunidades anteriores a Roma;
- El Estado Romano (*civitas*, municipios, res publica, etc)
- las colonias romanas
- fundaciones,
- asociaciones: cofradías de artesanos, de sacerdotes, de oficiales subalternos (eran aquellos que por directivas de los magistrados tenían diversas funciones), de lictores
- *curiae* o decuriones
- fora, conciliabula, castella (localidades, no se encuentran en la obra de Justiniano)
- Las provincias
- Colegios Sacerdotales
- *Collegia* de las vestales
- *Scribas* (escribientes o copiadore, con funciones parecidas a la de los actuales notarios) según la función recibían diversos nombres: *librarii* fiscales, censuales. Llamadas corporaciones de escribientes o corporaciones *decuriati*.
- Corporaciones de panaderos en Roma
- Corporaciones de Banqueros en Roma y en las provincias.
- *Societates* (por Ej. para explotar minas).
- El *Fiscus: aerarium* (ingresos y egresos del Estado) en tiempos de la república; pero en tiempos del Imperio éstas cuestiones

---

10 *Hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societates*

fueron asumidas por el senado se siguió llamando *aerarium*; y lo que correspondía administrar al Emperador se llamó *fiscus*.

En cuanto a las Corporaciones a diferencia de otras personas jurídicas su existencia y duración estaba dada por el conjunto de personas que lo integraban independientemente de la individualidad de éstas o de alguna de ellas en particular: por ejemplo la corporación de artesanos. Mientras que las fundaciones tenían por lo general fines piadosos y de caridad, por ejemplo en tiempos de Trajano se creó una fundación para los niños pobre de Italia.

### Las corporaciones

De acuerdo a lo que señala el Digesto existía regulación por las leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales en lo que respecta a las corporaciones, es por eso que no se le daba a cualquier persona el permiso para constituir una sociedad o colegio, sin embargos ha permitido excepcionalmente: por ejemplo la corporación de socios arrendatarios de la recaudación de las contribuciones públicas o de las minas de oro o plata o de las salinas.

Sin embargo existieron ciertos colegios que fueron admitidos por los senadoconsultos y las constituciones imperiales, como el de los panaderos y otros varios, y el de los navieros que también existen en las provincias.

#### a) Su funcionamiento

Se establece quién se constituya como colegio, sociedad o cualquier otra corporación, tienen bienes comunes, caja común apoderado o síndico quién por medio del cual realizará todo lo que sea en común.

#### b) Su actuación en juicio

Si dado un litigio nadie los defendía, el procónsul podía autorizar a que se dé la posesión (al demandante) de lo que posean o tengan en común y se podían vender si al ser citados en juicio no salían en su defensa.

La falta de un apoderado síndico, cuando no puede actuar suya sea por ausencia o enfermedad o no tuviese habilidad para ejercer la acción.

Pero Si aparecía algún extraño que quería defender la corporación el procónsul lo podía autorizar como ocurría en la defensa de los particulares, porque de éste modo se favorece a la corporación.

Si los decuriones establecían que la acción debía ser ejercida por quién hubiese elegido, se lo considera como elegido por la corporación y es por ello que puede litigar pero dentro del mandato conferido.

Si el gestor de la corporación demanda también se lo obliga a que la defienda, tampoco se le exige que otorgue caución. Éste representante o apoderado hace sea procurador y no se le da por el edicto la acción ejecutiva, salvo que haya sido designado en interés propio, y se puede cambiar de apoderado por las mismas causa que de procurador, puede ser nombrado apoderado el hijo de familia.

Para el, caso de que se litigue por la partición de una herencia común con los particulares, se conceda para el caso la acción de deslinde y la de contención del agua de lluvia.

### c) Actuación de sus miembros

Si los miembros de un municipio o de una corporación nombra- sen representante para ejercer la acción, no lo hará por el conjunto de los individuos sino por el de la corporación a la que representa. De la misma forma que si se debe algo a la corporación no significa que se deba a alguno de sus miembros, y cuando la misma reciba el pago no ha de significar que se lo debía a sus miembros.

Solamente pueden litigar a nombre de una ciudad o de una curia a quién la ley haya establecido para tal función, en ausencia de ésta a quién la corporación haya designado, debiendo estar presente dos o más partes de sus miembros.

El jurista Pomponio establecía que el voto del padre sería a favor del hijo y el del hijo a favor del primero, incluye a todos los que se

encuentran bajo su potestad, porque voto como decurión y no como familiar.

Ya sean decuriones u otras corporaciones, éstas subsisten sin importan la continuidad de sus miembros, pero si la misma se redujo a uno puede demandar y ser demandado porque el derecho de todos se concentró en él y es en ese individuo en el que subsiste la corporación.

También se puede nombrar apoderado para una denuncia de obra nueva y para interponer estipulaciones, por ejemplo: por legados, daño temido y por cumplimiento de una sentencia, pero se tiene que dar caución a un esclavo de la ciudad, y aunque ésta última se hubiera dado al apoderado, la acción útil se dará al administrador de los bienes de la ciudad.

### La familia y el matrimonio romano

---

#### I.- Evolución histórica de la familia romana.

El pater familias; sus potestades.

Son muchos los autores que señalan a la familia como la base de toda sociedad y la construcción de los vínculos con los demás miembros de la sociedad.

La conformación de los grupos familiares varía según la época y la sociedad en que nos encontremos, así como existieron familias primordialmente matriarcales, la romana se caracterizó por ser patriarcal por excelencia.

Si bien la mujer tenía su participación en la vida social y familiar, se reservaba para un grupo selecto de ellos su activa participación como vestales y destinadas al culto de por vida, con el predominio paternalista tenían claras limitaciones para actuar en la vida jurídica, en la organización política, religiosa y económica, el ejercicio de éstos aspectos eran privativos del varón.

Para comprender la organización de la familia romana tenemos que conocer la idiosincrasia romana que varía a la de la familia actual, entonces así vamos a poder entender las posiciones del varón, de la mujer y de los hijos; y sus vinculaciones con otros grupos como los esclavos y clientes, y las transformaciones que fue sufriendo con el paso del tiempo.

### A) Aspectos Básicos

La sociedad romana encontró su punto de apoyo en el poder jurídico del gobierno y en las tres virtudes familiares de las que hablaba Cicerón:

- la Gravitas: que es el conocimiento de la responsabilidad;
- la pietas: la sujeción a los derechos humanos y divinos;
- la Simplicitas: el sentido de la exacta valoración de las cosas.

### B) Aspecto Jurídico de la Familia

De la institución de familia se abre un abanico jurídico que se vincula con la persona, la capacidad jurídica, los peculios, el derecho hereditario, el matrimonio, la patria potestas, la filiación, por mencionar algunos de los temas que permiten comprender por qué el derecho Romano no es un compartimento estanco más que a los efectos de su estudio académico, pero que en la práctica sus instituciones están íntimamente relacionadas.

También sirve para entender como ha repercutido la institución de la familia en el seno de la sociedad romana, el rol del pater, no solo en la conformación familiar sino en lo social, lo político, lo económico y lo religioso.

La confederación de familias constituía un grupo más amplio al de la familia origen, denominado gens o familia *communi iure dicta*, compuesto por miembros que tenían orígenes comunes, un antepasado en común.

Con el paso del tiempo, por distintos motivos la gens fue perdiendo fuerza, y surge una nueva conformación familiar, la familia *propio iure*, se caracterizaba por los vínculos de cognación o de sangre, por el cual sus miembros continuaban bajo la potestad real y actual del *pater familias*: ya sea a través de la *manus* o de la *patria potestas*.

El *Paterfamilias* era el mejor posicionado en el ejercicio del poder, éste reunía los tres *status*, o sea, era hombre libre ciudadano romano y jefe de familia. No se encontraba bajo la dependencia o sujeción de otro/s. A diferencia de los *alieni iuris* que sí estaban bajo su órbita.

Los *alieni* eran los *fili familiae*, los *liberi* (descendientes libres) concebidos dentro de las *iustiae nuptiae* y la mujer o *uxor*. Cabe la aclaración que la denominación de *pater* no equivalía la actual de padre, ya que se refería al miembro varón más antiguo que estuviera vivo (familia *propio iure dicta*); o el antepasado más remoto para el supuesto de que éste viviera (familia *communi iure dicta*).

### C) El fundamento religioso de la familia

La familia era una constitución de personas vinculadas por una antepasado común si nos referimos a la familia *communi iure*; o por los lazos de sangre si nos referimos a la familia *propio iure*. Por lo tanto independientemente de la etapa histórica en la que nos encontremos hallamos el fundamento de la unión de sus miembros en la religión o culto doméstico, ya que los actos que éstos realicen son *privativos* de ese grupo y no podían ser invadidos por la mirada ajena. Cada familia tenía sus dioses traducidos en los antepasados ya que el concepto trascendía a la muerte y no se perdía memoria de quienes ya no estaban en el mundo de los vivos, los rituales y oraciones nacían en el seno de cada grupo y se pueden decir que los mismos eran secretos. Cabe recordar que era común entre los pueblos de la antigüedad la creencia de que la vida continuaba después de la muerte.

## II.- Ingreso y egreso de los filii familias de la familia romana

### A) Admisión de los filii familias

Se podía realizar a través de tres formas distintas:

- 1) La adrogación
- 2) La adopción
- 3) La legitimación

1) La adrogación: Se aplicaba sobre los sui iuris, en tiempos de Justiniano en que ya no había comicios se les dio la posibilidad de ser adrogadas. Los impúberes no pudieron ser adrogados hasta tiempos de Antonino Pío.

a) Forma en que se: Se trataba de un acto político- religioso de mucha importancia, ya que por ella un pater quedaba bajo el poder de otro pater con todo lo que ello implicaba que ingresaba en calidad de alieni iuris y adoptaba el culto del adrogante. Intervenia el colegio de los Pontífices y los Comicios, en representación de la religión y del Estado respectivamente. Se realizaba una investigación en la que se trataba de determinar si había posibilidades de que el adrogante pudiera tener hijos y cuáles eran los motivos de la adrogación, la misma debía ser de carácter gratuito. Una vez que el Colegio de los Pontífices daba su aprobación, se reunían los comicios curiados y el presidente de ellos le preguntaba al adrogante si quería tener por hijo al adrogado; y a éste se le preguntaba si daba su consentimiento, obtenido el consentimiento de ambos el pueblo votaba dando el suyo, con lo que terminaba el acto. En tiempos de Diocleciano la adrogatio se concedía por rescripto imperial, a pedido de los interesados, los magistrados eran los que hacían la investigación correspondiente.

2) La adoptio, clases y características

- La adoptio recaía sobre los alieni iuris.



- Al principio solo podía adoptar el varón pero en tiempos de Justiniano le fue permitido a la mujer poder hacerlo;
- eran incapaces los esclavos, los peregrinos, los alieni iuris, los impúberes, los castrados, el que no había cumplido 60 años, el que tuviera descendientes legítimos, las mujeres en el antiguo derecho, los tutores o curadores mientras no rindieran cuentas, y aquél cuya fortuna fuera inferior a la del adoptado, salvo casos excepcionales.
- Con el paso del tiempo las mujeres pudieron ser adoptadas. Al principio los impúberes no podían ser adoptados, sin embargo después se les permitió.
- El adoptado podía serlo en concepto de hijo o nieto, en el primer caso se necesitaba tener 18 años menos que el adoptante, en el segundo 36.
- Además en el segundo caso se señalaba como padre del adoptado a uno de los hijos del adoptante, debiendo éste hijo prestar su consentimiento.

a) Forma en que se realizaba

En los tiempos antiguos tenía dos partes: en la primera el adoptado quebraba con la patria potestad de su pater de origen, y en la segunda originaba el surgimiento de la patria potestad en el adoptante.

Cuando se entregaba al hijo o a la hija en causa mancipi, ello originaba la patria potestad en el adoptante que lo vindicaba al adoptado en presencia del magistrado por medio de una *iure in cessio*, como hijo suyo y no oponiendo ningún inconveniente el que tenía in mancipatio al que iba a ser adoptado, compareciendo tanto uno como otro ante el magistrado.

Este procedimiento era complicado y exigía que el tercero fuera de confianza, porque si no se allanaba a la vindicatio no podía hacerse la adopción y el que iba a ser adrogado quedaba en su poder.

Con el paso del tiempo se simplificaron las etapas a seguir y se hacía entre el pater natural, el adoptante y el adoptado; el primero vendía el hijo al adoptante, comprometiéndose el comprador (man-

cipante y adoptante a la vez) a remancipar el hijo al vendedor; pero como en la última venta el hijo quedaba libre del poder de su pater era reclamado por el adoptante, ante el magistrado.

Durante el período clásico, era suficiente con que declaren el padre natural y el adoptante su voluntad ante el magistrado, quién daba su aprobación y se levantaba la correspondiente acta que se archivaba en el Registro. Por lo descripto la *mancipatio* y la *in iure cessio* cayeron en desuso.

- 3) Efectos comunes a la adrogación y a la adoptio:
  - a) Ambas producían una *capitis deminutio* mínima en el adrogado o en el adoptado, porque se salía de una familia para pasar a pertenecer a otra,
  - b) En el caso de la adoptio; y en la adrogatio el *sui iuris* se transformaba en un *alieni* porque quedaba bajo la potestas de otro pater familia.
  - c) El adrogado adquiere la condición similar de *filius -alieni iuris-* como si hubiese sido concebido dentro de las justas nupcias, el vínculo de agnación y los derechos de sucesión y tutela; su patrimonio y sus hijos quedaban bajo la potestad del adrogante; mientras que todo lo detallado se perdía en la adoptio: a la familia natural se hallaba ligado por los vínculos de sangre (cognación) llegó un momento en que éstos vínculos fueron reconocidos por la ley y substituyeron a los de agnación, en el que el adoptado no perdió por la adopción los derechos en su familia natural.
  - d) A partir de Justiniano el adrogado conserva la propiedad de su patrimonio y de lo que adquiriera mientras esté en poder del adrogante, a éste último solo le correspondía el usufructo.
  - e) Efectos particulares de la adopción propiamente dicha: En los tiempos primitivos si el adoptante emancipaba al adoptado, éste perdía todo derecho a la herencia de aquel, y, como la adopción le había hecho perder la del padre natural, que-

daba desamparado. Para evitar esto el pretor dispuso que se considerase como no hecha la adopción, pero ésta solución resultaba insuficiente en el caso de que hubiera muerto el padre natural. Justiniano estableció una distinción entre la adopción plena y la menos plena, en ésta última el adoptado seguía bajo la potestad de su padre natural. Una vez que se eliminó la diferencia entre la agnación y la cognación, siempre el adoptado tuvo derecho a heredar al padre natural.

- 4) La legitimación. Subsiguiente matrimonio. Oblación de la curia. Rescripto imperial  
La legitimación fue una forma jurídica de adquirir la patria potestad sobre los descendientes nacidos fuera del matrimonio. Respecto de las uniones de hecho como el concubinato, para el derecho se suponía que no tenían madre ni padre, incluso no se les reconocía el derecho de alimentos.  
La legitimación propiamente aparece en tiempos del Constantino, en que se aplicó a los hijos que nacían como producto del concubinato. Constantino tuvo como objetivo disminuir el concubinato, entonces se permitió que se pudiesen legitimar por subsiguiente matrimonio los hijos que hubiera tenido el pater con la concubina siempre que fuera una mujer ingenua.
- 5) La legitimación estaba a cargo del pater ya que era el fundador de la familia y era el que ejercía la patria potestad. Se podían legitimar a los hijos naturales y a sus descendientes legítimos, pero no a los ilegítimos debido a que éstos debían ser legitimados por su respectivo padre por aplicación del principio de que a nadie se le podía dar en contra de su voluntad un heredero forzoso.

### **Formas de legitimación**

- 1) Legitimación por subsiguiente matrimonio; Antes de Justiniano requería dos condiciones:

- 2) Que no existieran hijos legítimos de anterior matrimonio, para evitar que éstos resultasen perjudicados por la legitimación, ya que los legitimados tenían derecho a una parte de la herencia.
- 3) Que la madre de los hijos a legitimar fueran de una ingenua.

Justiniano apaciguó éstas exigencias, con respecto a la primera se eliminó como tal, y con relación a la segunda era suficiente con que la mujer fuera libre.

Pero estableció las siguientes condiciones:

- 1) Se tenía que tratar de un matrimonio que no estuviese prohibido según las leyes en el momento de la concepción o del parto.
  - 2) No se podían legitimarlos hijos de cristiano o judía o viceversa.
  - 3) Tampoco los de ciudadanos y extranjeras adúlteros, incestuosos, etc.
  - 4) Se tenían que otorgar instrumentos nupciales, con el fin de que la celebración del matrimonio quedase acreditada.
  - 5) No era necesario que los instrumentos fueran dotales debido a que en muchos casos se contraían justas nupcias con mujeres pobres y si se requería ésta clase de documentación quedarían excluidos los hijos naturales de la posterior legitimación por subsiguiente matrimonio con la concubina.
  - 6) La persona sobre la que recaía la legitimación debía dar su consentimiento, porque iba a sufrir una *capitis deminutio mínima* ya que pasaba de ser un *sui iuris* a un *alieni iuris*. Era suficiente con no oponerse a la legitimación.
- a) Evolución histórica de la legitimación por oblación de la curia  
Hubo un momento en que el cargo de curial fue una carga pesada que todos rechazaban porque tenían que cobrar las contribuciones, los emperadores lo declararon hereditario, pero no podían

heredar el cargo de curial los hijos naturales, entonces Teodosio II y Valentiniano III, para aumentar las curias permitieron que el padre fuese o no curial, pudiera incluir a sus hijos naturales en matrimonio a individuos de la misma corporación, se los autorizaba para dejar a unas y otras hasta la totalidad de sus bienes por donación o testamento.

*Más tarde se les dio a los hijos naturales inscriptos en la curia la condición de herederos ab intestato de sus padres suponiendo que esa sería la voluntad de éstos.*

También estableció Justiniano que los hijos naturales adscriptos a la curia tuvieran el carácter de legitimados, independientemente de que el padre tuviese hijos legítimos, se les permitió a los naturales adscribirse por sí mismos a la curia cuando el padre muriese si dejar descendencia legítima.

Antes de lo implementado por Justiniano se establecían los siguientes requisitos:

- 1) No tener ascendientes legítimos;
- 2) Que el padre le diese al hijo 25 arpentas (fanegas de tierra) ya que era indispensable tener tierras para desempeñar el cargo de curial.
- 3) Que los hijos que se fueran a adscribir lo consintieran.

b) Legitimación por rescripto imperial

Se daba cuando el emperador les concedía la gracia a los hijos naturales poder ser hijos legítimos.

Para el rescripto se tenían que dar las siguientes condiciones:

- 1) Debía solicitarlo el padre o los hijos, cuando el primero hubiese manifestado esa voluntad.
- 2) No tenía que haber hijos legítimos para que éstos no fueran perjudicados.
- 3) Se tenía que acreditar que no era posible el subsiguiente matrimonio, por ejemplo por haber fallecido la madre, por encontrarse ésta ausente, o si se hubiera casado posteriormente con otro.

*Ésta fue una de las formas de legitimar sobre todo en tiempos en los que Justiniano había prohibido la adrogación.*

- c) Efectos de la legitimación
  - 1) Las tres formas de legitimación vistas hacían adquirir la patria potestad sobre el legitimado, que, de ser sui iuris pasaba a ser alieni iuris.
  - 2) Por subsiguiente matrimonio el legitimado quedaba equiparado al filius nacido dentro de las justas nupcias, adquiriendo los derechos de agnación con los agnados de su pater.
  - 3) Por la oblación de la curia: también el hijo adquiría la calidad de legítimo, podía recibir la totalidad del patrimonio del pater o el equivalente que le correspondía al hijo menos favorecido si el pater tenía descendientes legítimos, pero no entraba en la familia, solo adquiría derechos con respecto al pater no con respecto a sus agnados.
  - 4) En la legitimación por rescripto, los legitimados adquirirían derechos con respecto al padre y a los agnados de éste, que hubiesen consentido en la legitimación, permaneciendo extraños con respecto a los demás.

## B) Exclusión de los filii

### 1) Etapas de la emancipación:

Fueron dos:

- a) En la época antigua el pater lo imponía como pena a los hijos, expulsándolos de la casa por medio de la mancipatio unida a la vindicta, quedando en calidad de libertos y produciéndose un rebajamiento a su persona ya que perdían la ingenuidad, la gentilidad, los derechos de agnación, tutela y sucesión además de todos los derechos políticos los que antiguamente iban unidos a la gentilidad.

Con el paso del tiempo los derechos políticos dejaron de estar asociados a la ingenuidad, se vio a la emancipación como un beneficio para el hijo, se rompía con el vínculo de la patria potestad y éste

se transformaba en un *sui iuris*. En tiempos del derecho clásico y en tiempos de Constantino se equiparó la emancipación a la manumisión, y se estableció que podía revocarse si el hijo era ingrato para con el emancipante.

## 2) Formas de realizarla

El acto de la emancipación se hacía de tres maneras diferentes:

- a) *Emancipatio antiqua*
- b) *Emancipatio anastasiana*
- c) *Emancipatio Justiniana*

a) *Emancipatio antiqua*: Al principio a la patria potestad se la consideró perpetua, por eso en los tiempos antiguos no había una forma para emancipar a los descendientes, sin embargo ante determinadas dificultades que le pudiera generar un *filius* se amparaba en la disposiciones de la ley de las XII Tablas por la cual se establecía que, si un *pater* emancipaba tres veces a un hijo lo sacaba definitivamente de su potestad, se lo consideraba *in mancipium*: al hijo se lo podía vender tres veces, a la hija una vez a una persona de confianza llamado *pater fiduciario* que lo manumitía dos veces para que volviera bajo la potestad del *pater*, pero a la tercera vez lo vendía sin manumitirlo. Después de ésta venta el *pater* lo tenía *in mancipium* no bajo la patria potestas, entonces lo manumitía por la vindicta, quedando respecto del descendiente manumitido como patrono teniendo los derechos de tutela y sucesión. Se añadía a la tercera venta un pacto de fiducia por el cual el comprador se obligaba a vender de nuevo el hijo al padre sin manumitirlo.

b) *Emancipación Anastasiana*: Anastasio dispuso en el año 531 a.C. que el *pater* pudiese emancipar a los hijos obteniendo un *rescripto imperial* que le diera la emancipación, ésta se aplicaba los *ausentes* e *infantes*.

- c) Emancipación Justiniana: Justiniano en el año 531 a.C. estableció que el pater podía emancipar utilizando el procedimiento de la emancipación anastasia o con una simple declaración ante el magistrado. Comparecían ante éste el pater y el filius; el pater manifestaba su voluntad el hijo no lo contradecía y el magistrado aprobaba la emancipación de la cual se levantaba el acta correspondiente, la se guardaba en el registro.

A través de las formas ya descriptas el pater podía emancipar al descendiente de cualquier grado, que estuviese bajo su potestad, podía emancipar al nieto y retener al hijo, o emancipar al hijo y retener al nieto, o emancipar a los dos a la vez.

4) Efectos

El ascendiente perdía el poder paterno sobre el emancipado y no lo adquiría sobre los hijos que éste tuviese de allí en adelante.

- a) El descendiente dejaba de estar sometido al poder paterno, haciéndose sui iuris, con plena capacidad jurídica.
- b) En el derecho antiguo como el emancipado salía de la familia civil rompiendo la agnación, se perdían los derechos de sucesión y tutela.
- c) Si el emancipado tenía hijos, todos los que fueran concebidos después de la emancipación caían bajo su potestad.
- d) En cuanto al patrimonio, el emancipado al hacerse sui iuris contaba con capacidad jurídica plena. Los peculios le seguían perteneciendo en propiedad el castrense y quasi castrense; en cuanto al profecticio se estableció que éste conservaba la administración, adquiría la propiedad si el pater emancipante no se la quitaba expresamente; el adventicio seguía perteneciendo al emancipado, administrando y usufructuando al mismo, al principio el pater se reservaba la tercera parte en propiedad y luego Justiniano dispuso que usufructúe la mitad.



### III. La Patria Potestas y las Manus

#### A) El rol desempeñado por el Pater Familiae

Como *sui iuris*, tenía a todas las persona libres bajo su potestas. La familia o *Domus* fue originariamente un grupo de personas sobre las cuales el *pater familias* ejercía su potestad y estaba compuesta por el éste, y las personas sometidas bajo su poder.

El poder del *pater* significaba el dictado de sentencias por las que podía condenar a los miembros de la familia a penas como la exclusión de la *domus* (hogar), la flagelación, la prisión y hasta la muerte.

La familia estaba compuesta por varios aspectos que la caracterizaban, uno de ellos era el patrimonio familiar común que se transmitía a través de las generaciones, pero el titular solo era el *pater* y cuidaba de la buena administración de los bienes.

#### 1) Los poderes del Pater

- a) El conjunto de poderes que el *pater familias* ejercía sobre las personas libres que constituían la familia, se llamaba *patria potestas*. Ésta era privativa de los hombres, pero en casos excepcionales se admitió que las mujeres que fueran *sui iuris* pudieran ejercerlas y por una constitución de Diocleciano, pudieron adoptar a los hijos perdidos.
- b) La palabra *manus* había manifestado la existencia de un poder sobre el conjunto de la familia, hasta que con el paso del tiempo fue privativo solo de la potestad ejercida sobre la mujer casada llamada *uxor*.
- c) Tenía la *domenica potestas* o poder sobre los esclavos y;
- d) El *mancipium* o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *pater*.

#### 2) Implicancias de la patria potestas:

Períodos:

- 1) En los tiempos más remotos el *pater* era jefe político, militar y religioso, su poder era absoluto, el fundamento se hallaba en el culto doméstico.
- 2) En el período clásico, con la decadencia del culto doméstico, y con el apoyo de las leyes los *fili* empiezan a tener cierta independencia desde el punto de vista jurídico.
- 3) Lo expuesto anteriormente se consolidó en tiempos de Justiniano.

#### Requisitos para tener la ejercer la patria *potestas*

- 1) Ser varón: debido a que la mujer tenía el culto doméstico de su marido, no podía presidirlo por no pertenecer a él por nacimiento, sino por las justas nupcias.
- 2) Ser ciudadano romano.
- 3) Ser *sui iuris*: En el caso de que su padre no lo fuera la ejercería su abuelo o ascendiente que estuviera con vida.

#### El ejercicio de la patria *potestas* antes de Justiniano

Comprendían los siguientes aspectos:

- a) Podía reconocer o rechazar (*execratio*) al hijo cuando nacía, si era rechazado quedaba fuera de la familia y era muerto o expuesto. Si lo reconocía quedaba bajo el poder paterno.
- b) El derecho de vida y muerte; denominado *ius vitae*, éste derecho era usado con asistencia del *concilium* doméstico, su intervención no era necesaria ni el *pater* tenía que seguir lo que éste resuelva. Desde los comienzos del Imperio éste derecho se fue restringiendo, Trajano estableció que quede libre del poder paterno el *filius* que hubiera sido tratado inhumanamente por su *pater*.
- c) El *ius exponendi* o derecho de exposición; el *pater* realizaba la exposición para que los hijos fuesen recogidos, obteniéndose en la medida de lo posible un buen precio en el mercado público.

- d) El *ius vendendi*; Se realizaba por la *mancipatio*, el *pater* se reservaba la facultad de readquirirlos. El que era vendido quedaba *in mancipium* del comprador, en caso de que lo liberaba volvía bajo la potestad del *pater*. La Ley de las XII Tablas estableció que fuera liberado en el caso de que el *pater* lo vendiera tres veces, la jurisprudencia interpretó que la ley podía estarse refiriendo a los descendientes que no fueran hijos (hijas, nietos, etc.) era suficiente con una sola *mancipatio* para que el *pater* perdiese la potestad sobre los *filius*, con el paso del tiempo se usó como medio para mancipar a los sometidos a ese poder.
- e) El *ius noxae dandi* o entregarlos *in noxa*; se hacía con el fin de que el *pater* no respondiera por los actos realizados por aquellos que estaban bajo su *potestas*, en los casos en que ocasionaban daños a terceros el *pater* los entregaba a éstos con el fin de que trabajasen durante un tiempo y así indemnizaren a la víctima. También estaba la posibilidad de pagar voluntariamente el daño causado.
- f) Derecho a oponerse a que los filis contraigan matrimonio, negando su consentimiento de manera justificada;
- g) Todo lo adquirido por los *liberi* pasaba al patrimonio del *pater*, hasta que aparecieron las restricciones al poder del *pater* en la administración patrimonial con los peculios.
- h) Tenía facultades para corregirlos y educarlos.
- i) Fijar el domicilio de los mismos.
- j) Hacer testamentos para ellos cuando fueren furiosos o im-púberes.
- k) Designarles por testamento un tutor, para que en caso de muerte del *pater*, el tutor supliese la incapacidad de los *fili*.
- l) El *filius* gozaba del *ius connubium* y podía ejercerlo con permiso del *pater*.
- m) También tenía el *commercium* pero todo lo adquirido era para el *pater*. Hasta que aparecieron a fines de la República los peculios.

- n) Donación hecha por el pater: Eran las realizadas a las personas sometidas a su patria potestad. Los principios del Derecho romano impedían esta clase de donaciones, porque la unidad del matrimonio hacía imposible esta clase de liberalidades. Para dar validez a los actos de esta naturaleza era preciso un legado per praescriptionem. En la época de Diocleciano se dictó una nueva regla en virtud de la cual, si el padre donante moría sin haber revocado la liberalidad, ésta era válida, salvo reducción, si afectaba a la cuarta Falcidia.

## 2) Extinción de la patria potestad

Podía ocurrir de otras maneras denominadas “necesarias” que eran:

- a) La muerte del *pater familias*.
- b) Podía ocurrir de manera voluntaria y solemne en la emancipación.
- c) La *capitis deminutio* tanto del *pater* como del *filius*, ya que le vedaba la capacidad jurídica. En el caso de la pérdida de la libertas y si el cautivo regresaba a Roma por aplicación del derecho del *postiliminium* a la patria potestas se la consideraba en suspenso, hasta dicho regreso o hasta la muerte. Durante ese período que el *pater* no estaba los *fili* se transformaban en *sui iuris*. En el caso de una *capitis deminutio* media que podía sufrir por una deportación, recobraba la patria potestad cuando el emperador le devolvía, por un rescripto, los derechos que había perdido, empleando la fórmula *restitutio te per omni*, o le reintegraba especialmente el ejercicio de la patria potestad. En el caso de la *capitis deminutio* mínima, que ocurría en el caso de una *adoptio*, cesaba la patria potestad para el *pater*, uno de los efectos de la *adoptio* plena pero no de la *minus* plena.

Por disposición de la ley

- a) Había casos en los que se imponía al *pater* como una pérdida la patria *potestas*, por ejemplo cuando celebraba un matrimonio incestuoso o exponía a los infantes.
- b) Los casos en los que se autorizaba al hijo a pedir la liberación, por ejemplo cuando el padre maltrataba al hijo o prostituía a la hija.
- c) Se declaraba extinguida la patria potestad por indignidad obtenida por el hijo.

En tiempos de la República se estableció la idea de que, la potestad del pater debía tener un control del Estado, fue que se le impuso a los censores el contralor del poder ejercido por el pater, para que éste no lo ejerciera arbitrariamente, éste aspecto influyó en la modificación de la participación de todos sus miembros.

Ésta atenuación de los poderes significó poner límites a la potestad de vida y muerte, a partir de entonces tal aspecto quedaba también a consideración de una junta consultiva de parientes. Con Justiniano y la Influencia del Cristianismo, la patria potestad quedó limitada a ser un poder disciplinario y de corrección.

## **El nacimiento**

En Roma el nacimiento de un niño era un acontecimiento de importancia, que estaba rodeado de un ritual religioso; el mismo era prerrogativa de las mujeres mayores, el niño era criado por su madre o por una nodriza.

## **El Final de la vida**

Producida la muerte de un romano su cuerpo era embalsamado provisoriamente, las mujeres rodeaban al difunto para llorarlo, y durante los días de luto olvidaban completamente lavarse y peinarse.

## **La Vestimenta de la mujer**

Las mujeres debían llevar toga igual que los hombres la de éstos era más larga. Las mujeres usaban la stola, su parte inferior era de color púrpura impuesto por el senado para que las matronas se diferenciaran de otras mujeres se bajo status social, por ejemplo las esclavas. Esta vestimenta podía ser cubierta por una toga rectangular que cubría todo el cuerpo, las puntas quedaban libres para cubrirse la cabeza.

## **El Parentesco**

En Roma existió un parentesco civil o agnación y uno natural o cognación. También la legislación romana reconoció un tercer vínculo parental, la afinidad que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

## **La Agnación**

La agnación es el parentesco civil reconocido por el derecho romano que unía a todas las personas que se encontraban sometidas a la patria potestad o a la potestad marital (manus) de un jefe de familia. La agnación quedaba suspendida en relación a la mujer, que era cabeza y fin de su propia familia. La mujer fue la representante de la familia cognaticia. Integraban la familia en calidad de agnados todas aquellas personas sometidas a la potestad de un eventual pater para el supuesto de que éste viviera; se constituía además entre la mujer casada cum manu y el pater, que ocupaba el lugar de hija (loco filiae).

## **La Cognación**

La cognación era el vínculo de parentesco fundado en el vínculo de sangre que unía a las personas que descendían unas de otras de un antepasado común, que podía darse tanto por la línea femenina como por la masculina. La mujer casada in manu era agnada con relación a la familia del pater bajo cuya potestad se encontraba y cognada respecto de los miembros de su familia anterior.

## La afinidad

La afinidad es el vínculo que nacía entre los cónyuges por el matrimonio y el que existía entre uno de ellos dos y los parientes consanguíneos del otro, las fuentes nos dicen que los afines son los cognados del marido y de la mujer llamados así porque en las nupcias se unen dos cognaciones que son diversas entre sí.

## Concepto y evolución histórica de los peculios. Condición del filius. Capacidad de éste. El peculio profecticio, castrense, quasi castrense y los bona adventicia

- a) Concepto: Era una parte del parte del patrimonio que el filius o el esclavo recibían de su pater, con el fin de que al administrarlo respondieran con él por las obligaciones contraídas para que se eximiera así, de responsabilidad al pater familias.
- b) Capacidad: Como hemos visto el filius tenía capacidad de hecho pero su capacidad jurídica era muy incompleta, de modo que era suplida por el pater familias quién tenía plena capacidad jurídica, pero con la asignación de los peculios la situación se fue modificando, ya que toda la responsabilidad no caía sobre la cabeza del pater.
- c) Las consecuencias que se derivan de la plena capacidad jurídica del pater eran:
  - 1) El pater tenía el derecho de propiedad sobre todo el patrimonio, al principio, luego, con la aparición de los peculios, el hijo se volvía administrador de esa porción patrimonial en provecho propio respondiendo también a los acreedores, servía para eximir al pater de que los acreedores fueran contra él.
  - 2) Debido a la falta de capacidad jurídica no podía constituirse el filius en acreedor o deudor del pater, ni éste lo será del filius. Además cuando el pater muriera el filius al ser su heredero continuaría la personalidad jurídica del de cuius (fallecido) no pudiendo ser nadie deudor o acreedor de sí mismo.

- 3) Podía contratar el padre en representación del filius, o éste para el pater.
- 4) Con el paso del tiempo aparecieron los peculios. Se trataba de un patrimonio chico, de menor entidad que tenía el filius en relación al que le pertenecía al pater, y estaba separado del patrimonio del pater, luego se dio en beneficio de los esclavos.

Su nombre proviene de pecus (ganado) y se relaciona con su origen porque cuando empezó a darse en la mayoría de los casos era ganado, ya que en su mayoría se dedicaban a la agricultura y a la ganadería por eso era lo que el pater les daba. Había una diferencia entre el peculio de filius y el del esclavo: al primero se le daba la administración de los bienes y en algunos casos podía ser propietario de esa porción patrimonial. En el caso de los esclavos solo tenían la administración.

#### d) Clases de peculios

- 1) Peculio profecticio: Era aquél cuyos bienes procedían del pater, quedaba a criterio de éste una vez que lo constituía dejarlo sin efecto. Los bienes que lo integraban continuaban siendo de propiedad del pater, el filius tenía la administración, pero estaba restringido en la realización de ciertos actos: por ejemplo no podía hacer manumisiones, ni ejecutar actos jurídicos sin permiso del pater, los contratos que celebrase, mientras obligaban al hijo in solidum, el pater respondía hasta el monto del peculio; éste podía ser deudor o acreedor del filius hasta el monto del peculio. Cuando el pater fallecía el peculio se repartía entre todos los hijos al igual que el resto del patrimonio del pater, los acreedores podían accionar en contra del patrimonio como de los bienes que habían integrado el peculio.

Una constitución del emperador Claudio dispuso que esta clase de peculio se consideraba separados del patrimonio del pater cuando éste fue confiscado por el Estado; los hijos podían adquirirlos en propiedad cuando el patrimonio era enajenado y no los quitaran expresamente.



- 2) Peculio castrense: Se creó en tiempos de Augusto, sostenido por los emperadores posteriores con el fin de ganarse la aprobación del ejército y mantenerse en el poder. Era todo lo que el hijo de familia adquiría como soldado u obtenía por esa calidad, comprendía:
  - a) Las donaciones que le hacía el pater cuando ingresaba al ejército, también lo donado por la madre, parientes y amigos.
  - b) Los bienes recibidos inter vivos de la mujer para sostener los gastos de la milicia.
  - c) Todo lo donado por cualquier persona en virtud de su función militar.
  - d) La herencia de un compañero de armas, siempre que le dejasen la herencia cuando fuese militar.
  - e) Todo lo adquirido con el peculio castrense.
  - f) El Senadoconsulto Macedoniano dispuso que el filius fuese considerado con respecto a éste peculio como sui iuris y pater familias, ello traía como consecuencia que tenía la propiedad del mismo pudiendo disponer de los bienes a título oneroso o gratuito.
  - g) Efectos jurídicos del peculio profecticio:
    - Si el hijo sufría la pena de deportación esos bienes no eran apropiados por el pater sino pasaban bajo el poder de éste.
    - El pater podía tomar las herencias que el hijo no aceptaba.

### 3) Peculio quasi castrense

Se implementó en tiempos de Constantino, al principio estaban constituidos por los bienes adquiridos por los filii en virtud de ciertos cargos que desempeñaban en la Corte, luego se equipararon a los militares aquellos que desempeñaban ciertos oficios en el palacio imperial.

Teodosio el Joven dio éste beneficio a los letrados, León y Autenio lo dieron a los obispos, presbíteros y diáconos; Justiniano a los médicos del Príncipe, los profesores de artes liberales y a todos los que recibieron liberalidades del emperador o de la emperatriz o percibieren retribución del Estado.

Los derechos del filius sobre éste peculio son los mismos que los del peculio castrense, pero hasta tiempos del Emperador Justiniano el derecho de disponer de éste peculio por testamento, solo pertenecía a los que lo hubiesen obtenido por una concesión expresa.

#### 4) Peculio adventicio

El Emperador Constantino declaró que era propiedad de los hijos el patrimonio de lo heredado por testamento o ab intestato de parte de la madre, con la reserva al pater mientras viviese de la administración y usufructo al padre, que no estaba obligado a dar fianza, ni a rendir cuentas; pero no podía enajenarlos sin el consentimiento del hijo, salvo cuando fuera por no poder conservarlos o para pagar deudas.

En caso de emancipación el pater retenía un tercio del peculio adventicio convirtiéndose en propietario de esa parte, con el paso del tiempo Justiniano estableció que el pater tenía la mitad en usufructo, cuando fallecía el padre el hijo adquiría la propiedad de éste.

La regla era que el hijo tenía la propiedad del peculio adventicio aún bajo la potestad de su pater, en casos excepcionales se les daba además la libre administración, el usufructo y la libre disposición, por eso había un peculio extraordinario, para distinguirlo del general y ordinario.

- 5) El peculio extraordinario era respecto de los siguientes bienes:
  - a) Lo adquirido por el hijo en contra de la voluntad del padre.
  - b) Los que se le dejaban al filius bajo condición de que el pater no tuviese respecto de ellos la administración o usufructo.
  - c) La parte que le corresponde al hijo de la herencia del hermano a cuya sucesión concurre con el pater.
  - d) Cuando el pater en su mala administración patrimonial hacía una malversación.
  - e) Los que el hijo adquiría cuando el pater se divorciaba injustamente.

## V. El matrimonio. Concepto. Normas que lo rigen. El divorcio.

### A) El Matrimonio: Concepto

En las Institutas 1, 9, 1 se lo define de la siguiente manera: “Es la unión del varón y de la mujer que comprende el comercio indisoluble de la vida”; Para Modestino: “las nupcias son la unión del varón y de la hembra, comercio de toda la vida comunicación del derecho divino y humano” en D. 23, 2, 1.

Era común que el pater eligiera a la futura nuera, sin perjuicio, de que, como en cualquier acto jurídico las partes dieran su consentimiento libremente para que el mismo no fuera declarado nulo.

*Ésta elección eran el resultado del poder ejercido desde los orígenes mismos de la familia romana.*

### B) Elementos requeridos

Era una situación de hecho fundada en la convivencia o cohabitación del hombre y de la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, a lo que debía agregarse la intención permanente y recíproca de transformarse en marido y mujer, llamado por los romanos  *affectio maritalis*; por lo tanto en el matrimonio encontramos dos elementos uno objetivo y otro subjetivo o intencional conocido como  *affectio maritalis* que debía ser continua duradera en el tiempo, por ello con la simple relación inicial no bastaba.

La ausencia de la mujer impedía el perfeccionamiento del matrimonio, porque si la  *affectio maritalis* cesaba el matrimonio se extinguía.

### C) Las Formas en que se contraía la manus sobre la uxor

Había distintas formas de celebrar el matrimonio, tres de ellas ponían a la mujer bajo el poder absoluto del marido ( *in manu mariti*). En los últimos tiempos de la República éstas formas habían caído en

desuso, en cambio se aplicó una cuarta forma que daba a la mujer su independencia.

Las tres formas más antiguas de contraer matrimonio fueron:

1) La *Confarreatio* o sea, la celebración del mismo a través de ritos religiosos, los desposados se hacían solemnes interrogaciones y declaraciones ante diez testigos, ciudadanos romanos, asistidos del gran pontífice y ante el sacerdote de Júpiter o Flamen Dialis, a quien los interesados ofrecían un sacrificio en el que figuraba un pan de trigo. La mujer desde entonces era admitida en la comunidad familiar del pater, quedando bajo la potestad de éste. Éste rito fue cada vez menos practicado al desaparecer las diferencias entre patricios y plebeyos. El emperador Tiberio abolió los efectos civiles de la *confarreatio*. Por éste procedimiento la mujer quedaba indisolublemente unida a la familia del marido y de su culto y no podía ser separada más que por el rito contrario (*contrarius actus*) de la *diffarreatio*.

Para Ulpianus la *confarreatio*, era bastante complicada en su celebración; para ellos debían producirse tres actos sucesivos:

- a) la *traditio*: entrega de la mujer en la casa de su padre; la colocación del vestido de la novia comenzaba en la noche de la víspera; le habían dividido los cabellos con la punta de una lanza, de manera que se formaban seis trenzas que rodeaban la cabeza y se fijaban con pequeñas cintas de lana. Luego se le colocaba una túnica, al parecer de una sola pieza ceñida al talle por un cinturón atado con un nudo ritual, el “nudo de Hércules”. Durante la ceremonia la esposa tenía sobre la cabeza un velo anaranjado, el *flammeum*, esa noche la misma se despedía de sus juguetes infantiles y entregaba su lar.
- b) La *deductio in domum*: Al día siguiente por la mañana sus padres y los invitados se reunían en la casa de la esposa y en el *atrium* se celebraba un sacrificio: era inmolada una cerda, a veces una oveja, y se observaban sus entrañas para deducir los auspicios. Ante la víctima del sacrificio los esposos cambiaban su mutuo consentimiento y la esposa pronunciaba la

fórmula: “Ubi tu Gaius, ego Gaia”, después de lo cual los presentes aplaudían alegremente gritando feliciter, como buen augurio.

Después todos se sentaban a la mesa común y el banquete se prolongaba hasta la noche. Cuando aparecía la estrella vespertina, la primera que brilla en el cielo, llegaba el momento de conducir a la joven esposa a la casa del marido. Entonces la joven aparentaba tener miedo y se refugiaba en los brazos de su madre, de los cuales se dejaba arrebatar con facilidad, era el simulacro de rapto, pero antes de que el esposo llegara, había un cortejo que se dirigía a la casa del futuro marido precedido por la esposa y rodeado de un séquito que entonaba cánticos religiosos; llegaba al futuro hogar, se le presentaba el agua lustral y el fuego sagrado, símbolo religioso y se simulaba el rapto descripto.

- c) Luego se producía la *confarreatio* propiamente dicha, donde se ofrecía compartir el pan de cebada o torta de harina, se ofrecía la comida del *panis farreus* a Júpiter, a la vez que se recitaban fórmulas sagradas, que solo ese grupo familiar conocía, y jamás podía llegar al conocimiento de un extraño, ajeno a la familia en cuestión, como se dijo debía ocurrir el acontecimiento en presencia del flamen *Dialis* y por lo menos 10 testigos.

2) La *Coemptio* (adquisición ficticia de la mujer) va haciéndose infrecuente en la época de Cicerón, como consecuencia de la aversión que sienten las mujeres hacia el matrimonio *cum manu*. En la época clásica cayó en desuso y solo perdura como institución la *coemptio fiduciae causa*, aplicable para que la mujer pudiera testar válidamente o cambiar de tutor.

3) El *usus*, o sea, el matrimonio por cohabitación, cuando el matrimonio había sido celebrado sin las formalidades de la *confarreatio* o de la *coemptio*, se aplicaban las normas propias de la *usucapción*, y el marido adquiría la *manus* por el *usus*, es decir reteniendo a la

mujer en posesión durante un año, en ese lapso la mujer podía interrumpir la cohabitación, permaneciendo fuera de la casa por tres noches. Éste modo de contraer matrimonio no sobrevivió hacia fines de la República y habría sido el Emperador Augusto quién lo abolió completamente.

#### D) Los Esponsales

La palabra sponsales, proviene del latín sponsio, era un contrato verbal, solemne celebrado entre los ciudadanos romanos. Antes de celebrar las justas nupcias se realizaba una promesa entre los que iban a ser marido y mujer en el futuro o sus patres, a partir de esa promesa se transformaban en esposos.

En los primeros tiempos el incumplimiento de los sponsales daba lugar a la acción de daños y perjuicios que se traducía en el pago de una suma de dinero.

Los sponsales crearon un lazo de cuasi afinidad entre los parientes de los comprometidos que constituyó un impedimento matrimonial; se prohibió contraer otra promesa de matrimonio, antes de disolver la anterior, bajo pena de infamia; se autorizó al prometido a perseguir por una *actio iniuriarum* a quien ofendiera a su futura esposa y se consideró adúltera a la prometida que no cumplía con sus deberes de fidelidad.

#### E) Matrimonio cum manu

Desde el antiguo derecho de Roma las mujeres casadas solían formar parte de la familia del marido colocándose bajo su potestad y rompiendo el vínculo agnaticio con la familia de origen; se configuraba entonces una forma de matrimonio cum manu, según el cual la mujer (*uxor in manu*) se hacía filifamilias y quedaba sometida al poder del nuevo pater, ocupaba el lugar de hija (*loco filiae*) y el lugar de nieta (*loco nepotis*), todo ello dependía de la situación en que se encontrara el marido (en ligar de hijo o nieto).

Aunque la condición jurídica de la mujer se definía en la fórmula *loco filiae mariti est*, el poder que el marido ejercía sobre su mujer difería radicalmente del que tenía respecto de sus hijos. El marido no había poseído el *ius vitae necisque* (derecho de vida y de muerte) sobre la mujer, ni el derecho de venderla o darla en *noxae*; es cierto que cuando la mujer se encontraba sometida a la *patria potestas* o a la tutela legítima (*tutela mulierum*), una y otra quedaban absorbidas por la *manus*.

Con respecto a la capacidad patrimonial, la *uxor in manu* estaba en una situación similar a la del hijo en potestad. En consecuencia si era *sui iuris* todo su patrimonio se transmitía al *pater*. La *manus* no nacía automáticamente por la sola celebración del matrimonio, sino que requería un acto legal especial para que el marido adquiriera tal potestad.

## F) El Matrimonio sine manu

Fueron un medio para que el *paterfamilias* se procurase los hijos pero sin incorporar a la mujer con la que los tenía. La decadencia de la *manus maritalis*, desaparecida absolutamente alrededor del s. III d.C. hace habitual la práctica del matrimonio *sine manu*, en el que al no tener el marido poder alguno sobre la mujer, ésta quedaba en la misma situación patrimonial y familiar que tenía antes de las nupcias, su marido no era su tutor legítimo, ni era usual nombrar al marido tutor de la mujer.

## G) Presupuestos de validez del matrimonio

Se exigió para que el matrimonio fuera válido el cumplimiento de ciertos requisitos: capacidad jurídica o *ius connubius*, capacidad sexual para procrear o llegada a la pubertad a los doce la mujer y a los catorce el varón, consentimiento de los contrayentes, consentimiento de los *patres*, cuando los desposados fueran *alieni iuris*.

En el caso de la mujer el consentimiento no era requerido a su *pater*, porque los hijos que nacieran de la unión matrimonial no iban

a formar parte de su familia, sino de la del marido. El consentimiento podía ser negado por el *pater*, hasta que la *Lex Iulia* autorizó la venia supletoria del magistrado cuando la negativa no estuviera justificada. Para las mujeres *sui iuris*, menores de veinticinco años, el derecho imperial autorizó el consentimiento de la madre a falta del paterno, y hasta admitió subsidiariamente el de los próximos parientes.

## H) Impedimentos para contraer matrimonio

Podían ser de dos clases absolutos o relativos:

- a) Relativos: Se excluía la posibilidad de que una persona pudiera contraer matrimonio con cualquier otra; en el segundo caso era cuando si bien una persona por algunos de los impedimentos consagrados no podía contraer matrimonio con una persona pero sí podía hacerlo con otra.
- b) Eran impedimentos absolutos los siguientes: la esclavitud, el matrimonio anterior; en tiempos del cristianismo: la recepción de órdenes mayores y haber hecho el voto solemne de castidad.

Los impedimentos relativos procedían del parentesco y del delito (motivos de orden moral), por razones sociales y la necesidad de proteger a personas débiles.

- a) Por el parentesco: En línea recta en todos los grados, y en línea colateral hasta el cuarto grado, su fundamento se hallaba en el repudio al incesto, por eso la ley lo prohibía expresamente, así tenemos:
  - 1) La cognación natural: Se prohibía el matrimonio en línea recta *usque ad infinitum*. En línea colateral hasta el cuarto grado comprendían: primos hermanos, y entre un hermano y los descendientes del otro hasta el infinito.
  - 2) Cognación civil derivada de la adopción: El impedimento estaba dado entre adoptante y adoptado y descendientes del adoptado *usque ad infinitum* en línea recta. En línea colateral solo entre hermano y hermana mientras dure el vínculo de *adoptio*.



- 3) Afinidad: Impedía el matrimonio en línea recta hasta el infinito, en línea colateral solo hasta el segundo grado. No se podía casar con la hijastra, ni con la nuera debido a que ambas estaban en el lugar de hijas, tampoco con la madrastras no con la suegra, porque están en lugar de madres, no con el cuñado o cuñada, tampoco entre el marido de una mujer y la hija nacida de ésta después del divorcio, por mencionar algunos ejemplos. Pero como los parientes de los cónyuges no son afines entre sí, podían casarse cualquiera que fuera el grado de parentesco que los uniera con ellos, y también con los hijos que uno de los cónyuges tuviera de un matrimonio anterior, se podían casar con los del otro.
- 4) Cuasi afinidad: Fundado en la honestidad se prohibió el matrimonio entre:
  - a) Entre el padre de la mujer y la *uxor* de éste y todos sus descendientes *usque adinfinitum*.
  - b) Entre la madre de la mujer y el marido de ésta y sus descendientes.
- 5) Parentesco espiritual: Con la influencia del cristianismo se prohibió el matrimonio entre el padrino con el bautizado.
- 6) Parentesco natural: Es el que procede del concubinato o *contubernium*.
- 7) Por razón del delito estaba prohibido el matrimonio entre el adúltero y su cómplice; también entre el raptor y la robada, el Derecho Canónico estableció que si la raptada daba su consentimiento y estaban cumplidos los requisitos para contraer matrimonio éste podía celebrarse.
- 8) Por razones sociales: Al principio se estableció la prohibición de que contrajeran justas nupcias patricias y plebeyas, establecidas en la *Lex* de las XII Tablas y abolidas por La *Lex Canuleia*; luego se prohibió entre ingenuos y libertos prohibición que fue abolida por la primera de las leyes matrimoniales de Augusto, se estableció la prohibición entre los

senadores y sus agnados hasta el tercer grado, para casarse con mujeres de profesión o conducta deshonrosa, prohibición que fue suspendida por Justiniano. También se prohibía el matrimonio entre judíos y cristianos; y la que tenían los magistrados y sus hijos con las mujeres que vivían en las jurisdicciones donde prestaban sus funciones.

- 9) Por razón de protección: Se refería a las personas débiles, por ejemplo entre tutor y curador con sus respectivos pupilos, para poder hacerlo tenía que haber finalizado el vínculo, la pupila debía tener como mínimo veintiséis años y haberse rendido cuentas de la administración patrimonial.

#### I) Otros efectos del matrimonio respecto de los cónyuges:

Principal consecuencia del matrimonio era el deber de fidelidad de los cónyuges, el derecho trató más severamente la infidelidad de la mujer que la del varón; y en éste sentido la mujer adúltera cometía un delito público que se castigaba severamente. La mujer debía habitar la casa del marido, que constituía su domicilio legal; estaba obligada a seguirlo siempre, al menos que él se hiciese reo de algún delito. La mujer adquiría el nombre y la dignidad de su cónyuge, los que conservaba aunque quedara viuda, mientras no pasara a segundas nupcias, el marido tenía que dar protección a su mujer y representarla en la justicia, un cónyuge no podía ejercer contra otro acción que aparejara pena infamante, al marido se le otorgó el ejercicio del *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* para hacerlo valer contra cualquiera que se apoderara ilegítimamente de una mujer, aunque fuera el propio paterfamilias, la mujer debía honrar al marido y obedecer a éste o al *pater familias* en cuya potestad se encontrase, el marido tenía la obligación de mantener a su mujer, ambos cónyuges se debían fidelidad, ayuda y alimentos, tenían el derecho a heredarse. Para dejar el matrimonio al margen de todo interés pecuniario, se prohibió que los cónyuges pudieran hacerse mutuas donaciones y que la mujer

fuera fiadora de su marido, prohibición ésta última que consagró el senadoconsulto Veleyano.

El *pater* de manera prioritaria y la madre excepcionalmente, tenían el derecho de corregir y educar a sus hijos.

#### J) Efectos del matrimonio respecto de los hijos, la filiación:

- a) Concepto: Derivada de las legítimas nupcias, en la procreación se derivaban consecuencias jurídicas, de allí surge la filiación.
- b) Efectos: Le daba al hijo la calidad de legítimo, la mujer debía probar la paternidad si el marido la negaba, la acción que se otorgó para el reconocimiento del hijo se llamó *actio partu agnoscendo*. Sin embargo la mujer que se creía embarazada en el momento del divorcio, tenía obligación de acuerdo a un senadoconsulto *Plaucianum*, de la época de Vespasiano, a comunicárselo al marido dentro de los treinta días. Más tarde el edicto del pretor extendió ésta disposición al caso de disolución del matrimonio por muerte del marido, supuesto que había dar aviso del embarazo a las personas interesadas.

#### K) Disolución del matrimonio:

Se podía disolver por muerte de uno de los cónyuges, por pérdida de la capacidad patrimonial, por sobrevenir un impedimento y por una causa específica; el divorcio.

La muerte era el medio natural de extinguir el matrimonio; si uno de los cónyuges vivía largo tiempo sin tener noticias del otro, y en circunstancias que hicieran presumir su muerte, se consideraba disuelto el matrimonio.

También había disolución del vínculo conyugal por pérdida de la capacidad de los mismos, en los casos de *capitis deminutio* máxima o media.

El divorcio era la falta de  *affectio maritalis* de uno de los cónyuges o de ambos, cuando faltaba por consiguiente se disolvía el vínculo y no podían ser considerados ya como marido y mujer. No le estaba permitido a la mujer, dado su estado de dependencia a la patria  *potestas* o  *manus*, divorciarse de su marido, obstáculo que fue superado en la época republicana.

## L) Legislación Matrimonial de Augusto

### 1) Leyes Julia *et Papia Poppaea*

La primera de ellas se promulgó en el año 762 d. C. en tiempos de Augusto, con el claro objetivo de combatir el celibato y fomentar la natalidad. Completó las disposiciones de la Ley Julia de  *Maritandi Ordinibus*, del año 736, cuyas disposiciones completó, por lo que se la cita precedida del nombre de ésta, siendo difícil establecer que disposiciones pertenecen a una y cuales a la otra.

En ella se dispuso que:

- a) Se prohibieron los matrimonios entre personas de clases o categorías diversas, entre senadores y libertos o mujeres de dudosa reputación.
- b) Se favorecieron los matrimonios de personas de iguales condición, se les dio determinados beneficios.
- c) Se establecieron penas para los solteros y casados sin hijos; determinándose:
  - 1) Los solteros de más de 25 años y menos de sesenta; y las solteras de más de 20 y menos de 50 eran incapaces para heredar, tanto por testamento como ab intestato, y lo mismo como herederos que como legatarios.
  - 2) Los hombres casados que no tuvieran por lo menos un hijo legítimo y las mujeres casadas que no contasen con tres si eran ingenuas o cuatro si eran libertas, los viudos y divorciados que no se hubiesen vuelto a casar aunque tuviesen hijos solo podían recibir la mitad de lo que se les dejase o les tocara.

- 3) Aquellos que no tuviesen hijos vivos de su matrimonio no podían recibir uno del otro sino una décima parte del capital, cuya cantidad se podía ampliar a otro décimo por cada hijo difunto o nacido de matrimonio anterior.

Ésta clase de incapacidades cesaban:

- 1) Por ponerse en regla dentro de los cien días siguientes a la delación de la sucesión.
- 2) Por tener la *solidis capacitas*, o sea, por tratarse de cognados hasta el sexto grado; de hijos de sobrinos hermanos hasta el séptimo, de próximos allegados y militares.
- 3) Por dispensa o privilegio particular, total o parcial, que primero se concedía por el Senado y después por el Emperador.

Para quienes cumplían con las disposiciones de Augusto, se consagraron algunos privilegios: ocupar un cargo público, el pago de ciertos tributos a quién tuviera tres hijos en Roma, y cuatro en el resto de la península Itálica; se eximía de tutela perpetua a la mujer que gozara del *ius liberorum*, ó sea la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro hijos.

## M) Segundas Nupcias

La disolución del matrimonio por cualquier causa no impedía a los ex cónyuges pasar a segundas nupcias, solo que la mujer debía guardar luto por un período de diez meses, y de un año en el derecho post clásico.

Sin embargo se miró con poca estima al cónyuge bínubo, especialmente a la mujer. Los emperadores volvieron a la antigua tradición romana. Así Alejandro Severo prohibió a la viuda que contraía nuevas nupcias a educar a sus hijos.

## N) El Concubinato

Existía una unión estable del hombre y de la mujer sin que medie intención recíproca de estar unidos en matrimonio. La mujer no

gozaba del rango de mujer casada, le faltaba el honor *matrimonii*; los hijos no entraban bajo la potestad ni a la familia del padre; seguían la condición personal de la madre.

El concubinato fue la única unión posible de libertos y mujeres sancionados con la tacha de infamia. No se lo miraba como a una unión inmoral o contraria a las buenas costumbres. Con el advenimiento del cristianismo se produce una reacción contra ésta clase de uniones.

Justiniano lo asemejó al matrimonio, aunque tenía rango inferior; dispuso que el concubinato no fuera admitido entre mujeres ingenuas y respetables, prohibiendo además que un hombre soltero tuviera varias mujeres concubinas, la mujer debía tener al igual que para contraer matrimonio la edad mínima de doce años, y la concubina de un hombre no podía serlo de su hijo o de su nieto; reputándose su infidelidad como adulterio, al igual que en la mujer casada.

## O) Régimen Patrimonial de matrimonio

Cuando por el matrimonio el marido adquiría la potestad marital sobre su mujer, todos los bienes que ésta poseía, si era *sui iuris*, pasaban a aquél, del mismo modo que las adquisiciones que realizara se convertían en propiedad del cónyuge, porque la mujer sometida a la *manus maritalis*, era patrimonialmente incapaz. A la muerte de su marido la sucedía como si fuera hija, y los derechos sucesorios en su familia de origen se extinguían al ingresar en la de su cónyuge.

En el matrimonio libre la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen, o paterna, había en tal caso una separación de bienes. Si era *alieni iuris*, las adquisiciones realizadas durante el matrimonio se hacían propiedad de su paterfamilias y si tenía la calidad de *sui iuris* era propietaria de todos los bienes y de los que adquiriera durante las nupcias, con amplio poder de disposición. Sin embargo a fines de la República de acuerdo a reglas del juriconsulto Quinto Muscio Scaevola, todas las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumían hechas por el marido, salvo prueba en contrario.

El marido no tenía facultad sobre los bienes propios de la mujer; y si ésta le encargaba la administración éste actuaba en carácter de mandatario. Éstos bienes destinados a la administración marital se llamaban extra dotales o parafernales. En cuanto a los bienes parafernales, el marido debía de actuar en todo de acuerdo con las instrucciones de la mujer, quedando el primero responsable por la pérdida que pudiera acaecer, si hacía un uso no autorizado de ellos. Disuelta las nupcias, el marido estaba obligado a restituir los bienes extra dotales, disponiendo la mujer en ese caso la *actio ad exhibendum*, como medida preparatoria de la *reivindicatio*. Los podía reclamar también por una *condictio*.

En el matrimonio sine manu, al existir un régimen de separación de los bienes conyugales, esto no se debía alimentos.

Estos principios generales relativos al derecho matrimonial de bienes se modificaron con la institución de la dote, que constituyó la columna vertebral del sistema patrimonial del matrimonio romano.

## P) El divorcio: causas y efectos jurídicos. Repudio

Concepto: El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial.

1) Clases: El divorcio podía ocurrir por:

A) Por la muerte de ambos cónyuges o solo uno de ellos.

B) Por *capitis deminutio*, haciéndose las siguientes distinciones:

1) *Capitis deminutio* máxima: El matrimonio quedaba disuelto ipso facto, ya que la esclavitud quedaba equiparado a la muerte, en cuanto a sus efectos. El *Postliminium* restituía los efectos del matrimonio *cum manus*, pero no libre, cuando los dos cónyuges caían prisioneros al mismo tiempo permanecían en cautividad el mismo plazo y volvían a la ciudad al mismo tiempo, se establecía que el matrimonio no había dejado de existir, ni se había interrumpido la cohabitación física ni el consentimiento. Justiniano dispuso que el matrimonio continuase subsistente durante cinco años, si el cónyuge

que no había caído en cautiverio contrajere nuevas nupcias antes de ese lapso se consideraba que había incurrido en la causal de divorcio injusto.

- 2) *Capitis deminutio* media: En los primeros tiempos producía la disolución del vínculo, porque el que la sufría quedaba equiparado al esclavo desde el punto de vista jurídico y ya no tenía el *ius connubium*, con el paso del tiempo solo producía el cambio del matrimonio justo al matrimonio *iuris gentium*. En tiempos de Justiniano como la ciudadanía perdió importancia no quedaba disuelto el vínculo matrimonial, salvo que el delito que produjese cambiase el afecto de la mujer y ésta se casase.
  - 3) *Capitis deminutio* mínima: Solo disolvía el vínculo en el caso de que la misma produjera específicamente un impedimento, por ejemplo que un hombre se transformase en senador, en la época en que estaban prohibidos los matrimonios entre éstos y las mujeres de conducta deshonrosa. En tiempos de Justiniano solo tenía lugar en el caso de que un *pater* adoptase como hija a la mujer de su hijo, entonces los cónyuges resultaban hermanos y el vínculo incestuoso, esto se evitaba cuando el *pater* emancipaba previamente al hijo.
- C) En el divorcio se distinguen dos casos:
- 1) Divorcio por mutuo consentimiento: Se podía disolver el vínculo sin sanción o penalidad alguna cuando alguno de los cónyuges hacía votos de castidad; por impotencia del marido, por haber transcurridos tres años sin tener vida marital. Si no era por una de éstas causas, los divorciados debían permanecer toda su vida en un convento, sucediéndoles sus hijos en sus bienes; en defecto de los hijos los ascendientes y a falta de éstos, el convento.
  - 2) Divorcio por disenso de un solo cónyuge: Podía ser con o sin causa legítima:



- a) Sin causa legítima o sea por repudio: El que lo provocaba era recluido en un convento, perdiendo la dote o la donación *propter nuptias*, si no había ni una ni otra, la cuarta parte de sus bienes a favor del cónyuge inocente.
- b) Por causa legítima: El que lo provocaba o pedía no era castigado, pero las penas mencionadas recaía sobre el que hubiere dado motivo para el divorcio; por ejemplo, cuando la mujer concurría a baños o convites contra la voluntad del marido y si tomaba partes en espectáculos públicos contra la voluntad de éste o si cometía adulterio. Por parte de la mujer, cuando el marido la inducía al adulterio o atentaba a su castidad; cuando en menosprecio de su mujer tenía concubina en su casa, cuando la acusaba falsamente de adulterio y por impotencia probada durante tres años consecutivos.

### 3) Forma del divorcio

Antiguamente si el matrimonio era *cummanus*, solo se podía disolver por la *diffarreatio*, en el caso de una *coemptio* por una *remancipatio*; y en el caso del *usus* por el *trinoctium*.

Era necesario que el cónyuge que quisiese divorciarse manifestara su voluntad, por medio de una *servio receptitio*. En tiempos de Augusto y por medio de las leyes caducaría Julia y *Papia Poppaea*, se requería con carácter obligatorio que un cónyuge le comunicara esa voluntad al otro cónyuge verbalmente o por escrito delante de siete testigos, púberes y ciudadanos romanos.

Una vez que se había producido la disolución del vínculo había que determinar si los hijos que habían nacido de dicha unión eran legítimos, se prohibieron las donaciones.

El cónyuge que no había sido condenado a clausura, podía contraer enlace si se trataba del marido, pero si era la mujer debía esperar un año de luto salvo que antes tenga un hijo.

Si la culpable era la mujer perdía el derecho a las donaciones *propter nuptias*, y en la parte de la dote que se hubiese estipulado, si el culpable era el marido, adquiriría la mujer una porción de la *propter nuptias* igual a la estipulada en cuanto a la dote para el caso de que ella fuese culpable.

Los *filii* quedaban a cargo del cónyuge inocente; los gastos de educación debían ser costeados por el *pater* y si éste era indigente o estaba en extrema pobreza, debían ser costeados por la madre.

#### 4) Nulidad del matrimonio

El matrimonio es nulo cuando no se cumplen con los requisitos exigidos por la ley, dado que al tratarse de un acto jurídico al faltar uno de ellos o al estar defectuoso traía aparejada como consecuencia la nulidad del acto jurídico, por ejemplo: por carecer del *connubium*, por falta del consentimiento de los contrayentes, por mencionar algunos.

En caso de bigamia o incesto se confiscaban los bienes que componían la dote o la donación.

Toda unión contraria a las leyes y a las buenas costumbres era denominada *stuprum*. Cuando la unión era con un hombre o mujer casados recibía el nombre de *adulterium*; y si se realizaba entre parientes o afines en grado prohibido se llamaba *incestum*.

Los hijos procedentes de un *stuprum* se llamaban *spurii* y se consideraban como vulgarmente concebidos (*vulgo concepti*): no existía a su favor ninguna presunción de paternidad, se encontraban unidos a la madre y a los parientes maternos por la cognación.

Existían demás penas pecuniarias y corporales; para el *stuprum* sin violencia, la confiscación de la mitad de los bienes o alguna pena corporal; para el *stuprum* con violencia, la muerte y lo mismo para la poligamia, el adulterio y el incesto.

## VI. Concepto y Evolución histórica de la dote

### A) La Dote. Concepto

Se designaba así al conjunto de bienes o cosas particulares de la mujer, su paterfamilias u otra persona que en su nombre aportaban por causa de matrimonio, con el fin de atender los gastos que demandaba al marido la vida matrimonial (*ad sustinenda onera matrimonii*).

La sociedad romana consideraba como un deshonor para la mujer concurrir indotada al matrimonio. Habría surgido como consecuencia del carácter del matrimonio cum manu, que al hacer que la mujer perdiera sus derechos hereditarios en su familia de origen justificaba la entrega a ella de bienes como anticipo de herencia. Con la vigencia del matrimonio sine manu, la dote implicó un aporte de la mujer para contribuir al mantenimiento de los *onera matrimonii*, no quedando la protección de la mujer una vez disueltas las nupcias.

La dote se configuró como una donación con causa onerosa, condición que surge no tanto del fin que perseguía, al servir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, cuanto de la obligación del marido de restituir la dote en caso de disolución del matrimonio.

En la concepción romana originaria, la dote era propiedad exclusiva del marido y la mujer carecía de derecho sobre tales bienes. No obstante surge la idea de que aquella dote se debía tanto a la mujer, o que, hasta cierto punto le correspondía. La pertenencia especial de la dote a la mujer va apareciendo en la legislación romana en algunos aspectos que restringen la propiedad del marido. Así la *actio furti* es excluida para los objetos dotales sustraídos por la misma, aplicándose para el caso una acción especial de “cosas movidas de sitio”. Por una *lex iuliade fundo dotali* de la época de Augusto, se prohibió al marido enajenar los fundos itálicos de la dote sin consentimiento de la mujer. El marido se hacía responsable por la pérdida de las cosas dotales en la misma medida que a un poseedor de cosa ajena. Por fin se reconoció a la mujer el derecho de recuperar la dote al producirse la disolución del vínculo conyugal.

## B) Clases, formas y constitución de la dote

El que constituía la dote fue en principio el *pater familias* de la mujer, cuando ésta era *sui iuris* le correspondía dotarse a sí misma.

Se llamaba profecticia si era constituida por el *pater familias*, y más tarde sobre el *pater* que no tenía la patria *potestas* sobre la mujer; dos adventicia: era la otorgada por la mujer misma, por su madre o por persona distinta del padre y; dos *recepticia*: la dote en la que el constituyente se reservaba el derecho de recuperar los bienes en caso de disolución del matrimonio.

## C) Restitución de la dote

Disuelto el matrimonio, el marido tenía obligación de restituir la dote, en los primeros tiempos la misma operaba tácitamente en el matrimonio *cum manu*, porque siendo el fallecimiento del marido era el modo natural de extinguir el vínculo, tal hecho hacía heredera a la mujer.

Con el paso del tiempo se producen divorcios con frecuencia, entonces apareció la necesidad jurídica para hacer efectiva la restitución. A tal fin se introdujo en la práctica que el marido mediante estipulación, prometiera al constituyente la restitución de la dote en caso de divorcio, si el marido no cumplía se hacía exigible por la acción propia del contrato, la *actio ex stipulatu*. Se admitió también en el derecho post clásico, un pacto de restitución que las partes podían celebrar al hacer la transmisión inmediata de los bienes dotales. El constituyente podía exigir la restitución de la dote ejerciendo la *actio praescripti verbis*, que era la acción por la cual se demandaba el cumplimiento de los contratos innominados.

La falta de acuerdo sobre la restitución de la dote planteaba el problema de la imposibilidad de recuperar por parte de la mujer los bienes que se habían hecho propios del marido. Ante tal circunstancia se llegó a reconocer a la mujer, cuando el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio, un derecho de restitución que se hacía efectivo

por medio de una acción pretoriana *ex fide bona*, la *actio rei uxoriae*. La acción correspondía a la mujer misma si era *sui iuris*, o el *pater* hubiese fallecido; si no se daba esa situación la ejercitaba el padre con el consentimiento de la hija.

El marido que tenía obligación de restituir la dote estaba autorizado, a retener cierta cuota de los bienes en caso de la existencia de hijos, retención que también podía hacer como sanción por el adulterio de la mujer, para castigar una conducta menos grave, por los gastos útiles que hubiera realizado y por las indebidas sustracciones que la mujer hubiera hecho de los bienes del marido. Con Justiniano el régimen de la dote experimenta profundas transformaciones tendientes a favorecer el interés de la mujer y que el marido solo tenía sobre los bienes dotales del usufructo. Se declaró restituible la dote en todos los casos de disolución del matrimonio.

## D) Donaciones Nupciales

### 1) *Ante Nuptias* y *Propter Nuptias*

La donación hecha por el esposo, cuya validez dependía jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio, se denomina donación nupcial. Desconocida en el derecho clásico, aparece solo en el período posterior. La donación nupcial debía hacerse antes del matrimonio, al igual que la dote, estaba destinada a constituir una reserva a favor de la mujer y de los hijos.

En caso de muerte del marido o de divorcio sin culpa, la mujer retenía la donación. Si tenía hijos solo le correspondía un derecho de goce, ya que la propiedad pertenecía a los hijos. Si moría la mujer, la donación quedaba sometida a una regulación semejante, relativamente al marido y a los hijos.

2) Donaciones entre cónyuges: Es de suma importancia la que consagra la prohibición de las donaciones entre cónyuges del más generoso a desprenderse en beneficio del otro.

El principio, sin embargo, fue atenuándose y la jurisprudencia llegó a admitir la validez de las donaciones que no importaran un enriquecimiento para el donatario, como las que se hacían para procurar sustento a alguno de los cónyuges o motivadas en deberes sociales.

## E) Capacidad jurídica y Capacidad de obrar

La edad para alcanzar la capacidad jurídica y de obrar, permitía la distinción entre púberes e impúberes. En la pubertad comienza a manifestarse la aptitud física para engendrar y para concebir, antes de esa edad la persona es incapaz de obrar.

La mujer en los pueblos indogermánicos siempre estuvo colocada en una situación de inferioridad a la del hombre. En Roma estaba excluida del ejercicio de las funciones públicas y por la naturaleza patriarcal de la familia se encontraba privada de todo poder en general, cuando ésta era *sui iuris*, o sea no se encontraba bajo el poder paterno (*patria potestas*), o bajo el poder de la *manus (maritalis)*, cualquiera fuera su edad se encontraba sometida a la tutela perpetua del sexo. Era incapaz de obrar, con incapacidad relativa; le estaba permitido realizar todos aquellos actos que pudieran producir beneficio patrimonial; para los demás necesitaría la *auctoritas tutoris*. La tutela perpetua del sexo fue limitada en el derecho clásico hasta que al final desapareció.

## La posición de la mujer en la vida jurídica romana

Veremos algunas de los caracteres de la vida jurídica romana en cuanto al trato asignado a la mujer en su desempeño en la vida, su relación con su familia, con su marido, los *fili* y su trascendencia jurídica.

La mujer siempre se encontraba bajo la potestad de un varón libre, cuando nacía, la de su *pater* y si no tenía a éste, la de su marido o la de su tutor, era éste último caso denominado tutela perpetua de las mujeres.

Sin embargo no r aina situación de inflexión, por el *ius liberorum* de la *lex Iuliaet Papia Popaea* que las mujeres se liberan de ésta, exceptuando a las vestales, mujeres consagradas desde corta edad al culto de la diosa Vesta.

La Ley de las XII Tablas establecía que las mujeres tuvieran como tutores a sus agnados (parentesco proviene de la línea masculina).

En tiempos del bajo imperio se permitió a la madre y abuelas viudas que pudieran ser tutoras, una en defecto de las otras (en caso de no haber tutor testamentario) respecto de los hijos legítimos o naturales, siempre que:

- a) No se vuelvan a casar.
- b) renunciar a los beneficios del *Senatus Consultum Veleyanum*, que protegía a la mujer que se obligaba por terceros.

Les está permitido a las mujeres pedir a otro tutor en reemplazo del suyo que está ausente, pero hay una excepción y es el caso de la liberta que no puede pedir tutor para su patrono ausente.

### **Posición de la mujer en cuanto al concubinato**

El concubinato se caracterizó por ser una unión con una mujer de baja condición social y sin *affectio maritalis*, sin honor *matrimonii* por lo que no ofrece obstáculo para que pueda ser confundido con el matrimonio legítimo.

En tiempos de Justiniano el concubinato sufre un cambio intrínseco que afecta a la misma esencia y es que el rango social no constituye ya un impedimento para el matrimonio y tampoco para el concubinato, desde que éste es posible con una mujer ingenua y honesta.

No se permitía el matrimonio entre la liberta y su patrono, sobre todo si ésta lo hubiera abandonado contra su voluntad, pero tanto en uno como en otro caso no se le permitía contraer *iustiae nuptiae*, sino mantener el vínculo de concubina, en igual situación quedaba la mujer adúltera, a quién se podía tener como concubina y no como mujer legítima.

La mujer que en estas circunstancias hubiera caído en locura es obligación del patrono no abandonarla.

El adulterio y el concubinato con la misma mujer es incompatible porque al ser el segundo una situación de hecho no es acorde al primero que es una creación de la ley y si bien había incompatibilidades para contraer matrimonio entre quién desempeñase un cargo en la provincia y una mujer de esa jurisdicción, la misma no subsistía si se trataba del concubinato.

### **Actos negociales de las mujeres**

Debido a sus limitaciones en la capacidad negocial las mujeres tuvieron ciertos permisos en determinados casos, por ejemplo:

- El senadoconsulto Velejano, prohibió que las mujeres salieran de garantes a terceros. El sentido de ésta prohibición radicaba en que no hubiese conflictos familiares de origen patrimonial. Sin embargo le daba a la mujer una *actio* contra el deudor al cuál le había salido de garante, por considerarse que la mujer había sido engañada causa del perjuicio por el cual reclamaba.
- en tiempos de Augusto, después de Claudio se prohibió por edictos que las mujeres salieran de garantes de sus maridos, luego se dictó un senadoconsulto por el cual se les extendió protección, en lo que respecta a las fianzas y las daciones en mutuo a favor de otros, por los que éstas fueron garantes, no se da acción en contra de las mismas, para que no queden equiparadas a los hombres, considerándose éstas cuestiones más de hombres que propio de las mujeres.
- Los emperadores Antonino Pío y Severo por rescripto establecieron que se daba protección a las engañadas y no a las engañadoras.
- Se estableció que si la mujer era defensora judicial de cualquier persona, podía ser garante, al asumir una obligación ajena puede por éste motivo sufrir una condena, por lo tanto no se permite que la mujer pueda defender a su marido, hijo o padre.



#### Tutela

Cuando se hizo referencia a la persona vimos que quién reunía los tres status (hombre libre, ciudadano romano y *pater familia*) tenía plena capacidad jurídica, pero el resto de las personas libres que se encontraban bajo la *potestas* de éste *pater* no gozaban la mencionada capacidad jurídica plena: ocurría con los *filii*: estaban bajo el poder del *pater* no tenían capacidad jurídica hasta que no fueran cabeza de familia, la *uxor*: que por estar casada con el *pater* no tenía capacidad jurídica y si no estaba casada siempre estaba bajo el poder de algún varón: su *pater*, o en el caso de que no tuviera *pater* o marido quedaba bajo la tutela perpetua, aspecto que se tratará a posteriori, pero dentro de éste capítulo. A veces podía ocurrir que un *pater* falleciera y dejará a sus *filii* que si bien adquirirían plena capacidad jurídica y eran impúberes no eran capaces de ejercer por sí mismos sus derechos, o cualquier clase de acto jurídico que se propusieran, en ésta situación se encontraban aquéllos que no habían cumplido aún los catorce años; y las mujeres *sui iuris* de cualquier edad. En razón de su incapacidad de obrar, estaban sometidos al poder de un tutor, pero la tutela por razón del sexo perdió ya en el período clásico su antiguo rigor.

## Origen de la palabra Tutor

Proviene de la voz latina *tueri*, que significa proteger, defender tenía sobre los impúberes y las mujeres un poder de protección similar, en cierto modo al reconocido al paterfamilias, atenuado por su finalidad tuitiva y de salvaguarda de los intereses patrimoniales respecto del incapaz o pupilo. Pero lo que hay que tener en claro es que ésta era en defensa de la persona y no del negocio/s en particular o no porque en la tutela lo que primaba era la persona.

La tutela correspondía a supuestos en que había una causa general y permanente de incapacidad, como la edad y el sexo.

La función del tutor era meramente civil; y también viril, por lo cual estaba vedada a las mujeres. Solo en la época cristiana, la legislación admitió que las mujeres, especialmente las que eran madres fueran tutoras.

La tutela era gratuita, no se cobraba remuneración por ejercer el cargo, pero el magistrado podía fijarle al tutor un honorario proporcional a las posibilidades del incapaz.

## Definición

*Servio* la definió como fuerza y poder dada y permitida por el derecho civil de dar a quien por causa de la edad o del sexo no se podían defender a sí mismos.

## Clases de Tutelas

### a) Testamentaria

La designación de tutor por testamento era hecha por el paterfamilias y la misma recaía en otro *pater*, también en el hijo de familia en éste caso no era necesario que el magistrado investigara quien era el designado y su solvencia, pero sí debía hacerlo cuando la designación de tutor era hecha en el testamento de la mater.

Aquel que era nombrado si se lo hacía en un testamento inválido posteriormente era confirmado por el magistrado.

Si bien el esclavo no contaba con capacidad jurídica para ser tutor, podía serlo si el *pater* lo instituía su heredero, con lo que tácitamente era manumitido y luego podía ejercer dicha función, sin embargo esta cuestión no era aplicable a los peregrinos y a los *dedictios*. Operaba también cuando el esclavo era designado por error creyéndoselo libre.

Al tutor testamentario le era permitido realizar la *Abdicatio Tutelae* para liberarse de ésta, se realizaba a través de un acto solemne en presencia de testigos, realizaba una *in iure cessio*, por la cual transmitía el ejercicio de la tutela a un extraño, pero si éste moría o sufría una *capitis deminutio* se reintegraba *ipso iure* al cedente.

Si se nombraba tutor a un *furiosus* o menor de veinticinco años había que esperar que el primero recobrase la razón y el segundo llegara a la mayoría de edad.

#### b) Legítima

Llamada así porque se interpretó que Ley de las XII tablas establecía quien era tutor, a falta de tutor designado por testamento; el ejercicio correspondía a los agnados más próximos del incapaz (hermanos, hijos de los hermanos, etc), si eran varios del mismo grado era ejercida conjuntamente, si eran impúberes había que esperar a que llegaran a la pubertad. En el derecho Justiniano se incluyen a los cognados.

#### c) Dativa

El Pretor junto con los tribunos de la plebe designaban un tutor para el incapaz que no lo tuviese, a partir de año 186 a.C. con la *Lex Atilia* que la crea. En tiempos del Emperador Marco Aurelio se le dio ésta facultad al Cónsul; en tiempos de Claudio se creó el cargo de *Praetor Tutoris*, aquél que se negara si no existía una causa justificada podía ser obligado, no hay que olvidar que ejercer la tutela era un honor, salvo que se den las causales de excusación.

#### d) Tutela Legítima del *Patronus*

Después de la tercera *mancipatio* el *filius* era manumitido de la *potestas* de su *pater*, para ya no volver bajo ésta como había ocurrido las dos veces anteriores. En éste caso quedaba bajo la tutela Legítima del *Patronus*, si éste moría quedaban como tutores legítimos sus agnados y sus hijos también heredaban el derecho de patronato. En ella se ve la relación entre tutela y *hereditas* ya que la ley de las XII Tablas establece como sucesores ab intestato del liberto al *patronus* y a los hijos de éste, por los tanto éstos últimos podían ejercer la tutela.

e) Tutela fiduciaria

Denominada de ésta manera porque el tercero fiduciario es el que contribuye a la emancipación del *filius* y posterior manumisión de la *potestas* de su *pater*, la tutela ejercida por éste se transmitía hereditariamente a sus hijos. En la época de Justiniano eran tutores fiduciarios los hijos del *pater* manumisor, ejerciendo por lo tanto la tutela sobre sus hermanos/as.

f) Tutela de las Mujeres

Las mujeres *sui iuris* se encontraban sometidas a la tutela común *impuberum*, si eran impúberes; y a la especial y perpetua tutela *mulierum*, cuando hubieren llegado a los doce años y alcanzado por ende la pubertad. La institución se prolongó hasta el derecho clásico, que mantuvo el concepto de que las mujeres carecían de capacidad de negociar, pero con la progresiva independencia de la mujer fue disminuyendo la importancia de éste género de tutela a la par que se protegieron todos sus efectos. Ello hizo que en el derecho post clásico subsistieran débiles vestigios de la tutela *mulierum*, hasta que al final del período acaba por desaparecer.

Las funciones del tutor, debido a que la mujer tenía una incapacidad relativa de obrar, se reducían a la interposición de la *auctoritas* para dar validez a determinados negocios jurídicos de trascendencia patrimonial, como enajenarla *res Mancipi*, manumitir esclavos, obligarse, hacer *acceptilatio* de sus créditos, designar herederos por testamento y constituir dote.

El ocaso de ésta figura de tutela comienza al imponerse la costumbre de que, tanto el padre como eventualmente el marido cum manu, al nombrar tutor por testamento dejarán a las mujeres el derecho de designar ellas mismas el que quisieran. En la república tardía se ideó otro medio evitar la tutela, cuando la pupila no está autorizada por testamento para elegir tutor; la mujer se sometía mediante la *coemptio* a una persona de su confianza, quien la manumitía inmediatamente pasando a ser su patrono, con lo cual se convertía en tutor legítimo, con la denominación de tutor *fiduciarus*, un a potestas de ésta clase sobre la mujer también responde a la protección de intereses patrimoniales a los efectos de evitar que los bienes de la ésta pudieran pasar a otra familia.

Luego con el *ius liberorum* que se la daba a las ingenuas y a las libertas con tres o cuatro hijos, éste derecho desaparece completamente con HONORIUS y THEODOSIUS, quiénes en año 410 d.C. concedieron el *ius liberorum* a todas las mujeres del imperio, aunque parece no tener mucha explicación porque la tutela *mulierum* se exceptuó hasta ese momento.

A favor de la *uxor* in manu se ha admitido la *optio tutoris*, o sea que se le permite elegir el tutor que prefiera o el de su confianza.

Y la fórmula que se redactaba era la siguiente, por ejemplo: “Doy a mi mujer X la opción de tutor”.

Al principio la tutela de las mujeres era testamentaria, legítima según sea establecida por testamento o encargada a los agnados, a los gentiles o al manumisor.

Como tutor legítimo puede actuar un impúber lo que parece contradictorio con la institución.

Como sui iuris a la mujer, se le permiten determinados actos patrimoniales, pero para que fueran plenamente válidos debía contar con la *auctoritas* de su tutor, por ejemplo para realizar una in iure cessio, el usufructo, las manumisiones solemnes, etc. Pero cuando decae la *manus* y la mujer con cuenta con la *auctoritas* para la celebración del negocio igualmente éste es válido.

En cuanto a la tutela de sus agnados se le permite a la mujer que pueda someterse a la *manus* de alguno de su confianza a través de la cometió, con el pacto de que aquél debe emanciparla y constituirse en su tutor fiduciario.

Los tutores designados nominalmente en el testamento son llamados “dativos”, y aquellos que resulten elegidos en la opción “optivos”.

El esclavo menor de treinta años puede llegar a ser ciudadano romano si su dominus, que no fuera solvente, lo manumite por testamento y lo instituye heredero (sin excluir a ningún otro heredero); esto también está dispuesto por la Lex Aelia Sentia.

### **Causales de excusación para ejercer la Tutela**

El término excusación se refiere a que nadie puede ser obligado a aceptar el cargo de tutor si se encontraba dentro de las causales que se lo impedían, para ello debía manifestar la existencia de la misma en el término de cincuenta días, ante el magistrado.

Como se dijo anteriormente el ejercicio de la tutela era un honor, por lo tanto una carga y no podía ser rechazado sin que existiera una causa que lo justifique, y éstas podían ser:

- estar ejerciendo otras tutelas
- tener residencia alejada a la del pupilo
- tener muchos hijos
- enfermedad
- vejez
- estar formando parte del ejército

### **Obligaciones del tutor antes, durante y después de la tutela:**

#### **a) Responsabilidades antes de empezar a ejercer la tutela**

Quien va a asumir el cargo de tutor deberá hacer un inventario de los bienes del que va a ser su pupilo, ello deberá ser verificado por el magistrado quién controlará que se haya cumplido, en caso contrario ante cualquier reclamo por mala administración se tendrá por cierta

la palabra del pupilo, quizá como una forma de castigar a quien ha actuado negligentemente sin perjuicio del ejercicio de las acciones pertinentes que luego se verán. La finalidad del inventario es devolver los bienes que se han recibido para administrar o sus mejoras.

El que iba a ser tutor no podía tener un patrimonio inferior al del que iba a ser su pupilo, ello es lógico para evitar que, quien se fuera hacer cargo de la administración patrimonial no se enriqueciera a costa del perjuicio de su pupilo, se evitaban los conflictos de intereses; sin embargo el que asumía dicha responsabilidad debía dar caución suficiente de que iba a realizar una buena labor.

Si el que iba a ser pupilo no hacía uso de la palabra el que iba a ser tutor celebraba una *satisdatio* (variante contractual verbal de la *stipulatio*) con un esclavo del primero por la cual se comprometía a dar caución suficiente a la vez de que iba a realizar una buena administración patrimonial. Era de carácter obligatorio con respecto a los tutores dativos.

A veces ocurría que quienes iba a participar de éste vínculo en algún momento se habían constituido recíprocamente como deudor y acreedor, de modo que cuando se comenzara a ejercer la tutela dicha relación crediticia quedaba suspendida para evitar conflicto de intereses.

## b) Responsabilidades durante el ejercicio de la tutela

El tutor actuaba de dos maneras según la edad del pupilo:

- 1) Con la *Gestio* en el caso de los impúberes *infantiae proximi* (de 0 a 7 años de edad) actuando en los actos *negociales* a nombre propio pero a cuenta del pupilo, actúa como gestor del pupilo.
- 2) Con la *Auctoritas*: En relación a los impúberes *pubertati proximi* cuyas edades oscilaban de los 7 a los 14 años aproximadamente, los actos jurídicos son realizados por el incapaz pero con el consentimiento o respaldo del tutor.

El tutor podía ser titular de derechos reales, de obligaciones (ya sea como deudor o acreedor), y lo transfería al patrimonio del pupilo, podía entregar en prenda bienes del pupilo pero su actuación era limitada no podía realizar determinados actos como aceptar una herencia, realizar una *acceptilatio*.

La *auctoritas* es un acto personalísimo, que se tiene que realizar en el mismo acto para el que presta su consentimiento completando la capacidad del pupilo, significa que para llevar a cabo un acto jurídico no puede enviar a un tercero en su representación.

### c) Responsabilidades una vez finalizado el ejercicio de la tutela

- El tutor debía rendir cuentas de su labor en base al inventario que se había hecho al comienzo del ejercicio de la tutela, debiendo por tanto, restituir los bienes del pupilo.
- Ante eventuales conflictos emergían las siguientes acciones.

## Acciones que se podían ejercer

### a) *Actio Tutelae* Directa

Ejercida por el pupilo en contra de su tutor con el fin de reclamar de él y de sus herederos una indemnización como consecuencia de los daños sufridos por la mala administración realizada.

### b) *Actio Tutelae* contraria

Era ejercida por el tutor en contra de su pupilo al que le reclamaba el reintegro de los gastos realizados para la conservación de los bienes del patrimonio.

### c) *Accusatio Suspecti Tutoris*

Si durante el ejercicio de la tutela el tutor es sospechoso de estar realizando actos fraudulentos en perjuicio de su pupilo se lo removía y se le designaba otro. El conocimiento de la causa del tutor sospechoso le compete a quién tiene jurisdicción según sea el domicilio del pupilo, la jurisdicción la tenían los Legados de los Procónsules y era extensiva a la curatela.



d) *Actio de Rationibus Distrahendis*

El tutor le paga a su pupilo una multa a título de daños y perjuicios por la mala administración de su patrimonio, equivalente al valor de los bienes defraudados.

e) *Acción Subsidiaria*

En beneficio del pupilo y en contra del magistrado a quien se demandaba ya que no había verificado la realización del inventario por parte de quien iba a ser tutor, también prosperaba cuando no verificaba la caución dada por el último.

f) *Privilegium Exigendii*

Una vez que finalizaba el vínculo creado por la tutela, si el pupilo era deudor o acreedor de su ex tutor los créditos renacían a la vida jurídica y se exigían, el ex pupilo tenía preferencia a los acreedores quirografarios.

g) *Actio Utilis Tutelae*: Se daba en contra del tutor dativo inoperante.

## **Fin del ejercicio de la Tutela**

- a) cuando el pupilo muere o sufre una *capitis deminutio*;
- b) cuando éstos llegan a la pubertad.
- c) si se hizo por testamento y se cumplió el plazo o condición fijado en él.
- d) cuando el tutor es removido de su cargo.
- e) cuando se admite la excusación de éste.
- f) cuando el tutor es designado bajo condición una vez que se haya cumplido ésta.
- g) Si el tutor cae en manos del enemigo, cesa en el ejercicio hasta que vuelva a Roma como consecuencia de la aplicación del *ius postliminium*.
- h) *capitis deminutio* máxima o media del tutor.

## La curatela

### 1) Concepto

Era una potestad que se ejercía sobre determinadas personas, y la finalidad consiste en la administración de su patrimonio.

### 2) Clases: Ellas eran las siguientes:

- a) los menores de veinticinco años
- b) los pródigos
- c) los *furiosi*

#### a) Los Menores de Veinticinco Años

Es la situación en la que se encontraban aquellos que si bien eran púberes, estaban comprendidos entre las edades de catorce (los varones) o doce (las mujeres) no eran suficientemente aptos para cuidar de sus intereses.

Esto último se determinó con el paso del tiempo ya que si bien tenían plena capacidad jurídica, por ser tan jóvenes no tenían la experiencia necesaria para desenvolverse en la realización de los negocios jurídicos y resultaban perjudicados patrimonialmente en ellos.

Como no había normas jurídicas que solucionaran éstas cuestiones apareció la *Lex Plaetoria*, y entre otras penas acarreaba la tacha de infamia para quien en la realización de un negocio hubiese perjudicado a un menor de veinticinco años, pero se observó que no había solución para el perjuicio patrimonial; entonces el pretor concedió la *in integrum restitutio* declarando la nulidad de lo actuado y la restitución de lo recibido en ocasión del negocio celebrado, dadas éstas circunstancias, los terceros veían que si celebraban un negocio jurídico con un púber menor de veinticinco años no tenían garantías de que el negocio no se declarara nulo, por lo tanto no se arriesgaban, entonces se decide que éstos menores debían contar con una protección también eficaz para esos terceros que fue la designación de curadores, pero era de carácter voluntario pedir al magistrado un curador.

La curatela de ésta clase podía ser legítima o dativa, no podía ser testamentaria, si esto último ocurría era confirmado por el magistrado.

La protección podía ser para un solo negocio o para todos, nadie podía ser obligado a recibir *curator*, solo era viable ésta posibilidad para el incapaz que tuviera que litigar y no tiene quien vele por sus intereses.

#### b) Los Pródigos

Es el sujeto que dilapidaba los bienes recibidos por sucesión de la línea paterna. Por tal motivo ésta actitud perjudicial no solo alcanzaba al prodigo sino a su familia por tal motivo el magistrado lo declaraba incapaz y se le asignaba como *curator* a sus agnados o en su defecto a los gentiles.

Guarda similitudes en lo que se refiere a las normas que rigen al *furiosus*, por lo tanto podía ser temporal.

#### c) El Furiosus

Se hacía la diferencia entre aquellos sujetos que tenían una disminución en su capacidad mental era el mente capti; del que estaba completamente privado de su razón el furiosus o demente.

En el último caso era necesaria la designación de un *curator* por la gravedad de la cuestión, con el fin de que velara por su persona y administrara su patrimonio.

La designación del *curator* no se podía hacer por testamento, ya sea que la designación provenga de la mater o del *pater*, para ello era necesaria la confirmación por parte del magistrado.

Aunque tuviera más de veinticinco años, de acuerdo a lo establecido por la Ley de las Doce Tablas, la designación recaía sobre sus agnados.

Se establecía que el Presidente de Provincia debía disponer el encierro de un *furiosus* en el caso de que su familia no lo pudiese contener, como también por rescripto de Pío se había dispuesto que, si

un *furiosus* había cometido el delito de *homicidium* había que hacer un examen exhaustivo para determinar si realmente era loco o fingía, porque si no estaba *furiosus* debía ser encerrado para cumplir una pena, pero en cambio sí lo era, no se le aplicaba una pena pero debía ser encerrado, porque bastante castigo es su furia.

El encierro del *furiosus* tal como se señala por rescripto lo importante que es para su castigo como para su custodia y seguridad de los parientes.

Si recuperaba la lucidez esta debía ser por un lapso prolongado y le debía constar al resto de la comunidad con el fin de que no dejara lugar a dudas, ya que los actos jurídicos que el sujeto celebrase eran válidos, aún cuando posteriormente se convirtiera nuevamente en un *furiosus*.

Si se trataba de un caso de homicidio y se presumía que el autor era furioso al momento del hecho, había que esperar los períodos de lucidez para hacer las averiguaciones pertinentes, indagándose también a quienes lo cuidaban en esa época, y si hubo negligencia se accionara en contra de ellos, ya que a los furiosos se les ponen guardas para que no se dañen a sí mismos o a terceros.

Las modalidades descriptas se hacían extensivas a los sordos y a los mudos. Para éstos últimos se designaba un curador honorario.

### 3) Otros casos en los que se reciben curadores

Había otras situaciones además de las descriptas en las cuales se designaba *curator*: por ejemplo un tutor designado que no sea idóneo en la administración patrimonial, pero no intencionalmente se le designa a la vez un *curator*, o en el caso en que los tutores se excusan por un tiempo. También por problemas graves de salud del tutor, o por alguna imposibilidad que no le permita cumplir esa función se hacía una designación por el pretor o presidente de provincia.

### 4) Actuación de los curadores

A los fines de garantizar una correcta administración patrimonial de sus pupilos los curadores debían hacer una *satisfatio* (contrato verbal

derivado de la *stipulatio*), por el cual daban cauciones o garantías comprometiéndose a desempeñar su cargo con fidelidad de buena administración y cuidado de las personas de sus pupilos. Quedaban exceptuados de ésta regla los curadores testamentarios o aquellos que han sido designados luego de una investigación sumaria dado que los mismos han sido justamente elegidos por su idoneidad para el cargos que ocupan.

5) Acciones emergentes del ejercicio de la tutela y de la curatela

*h) Actio negotiorum gestorum Directa*

Ejercida por el pupilo en contra de su tutor o curador con el fin de reclamar de él y de sus herederos una indemnización como consecuencia de los daños sufridos por la mala administración realizada.

*i) Actio negotiorum gestorum contraria*

Era ejercida por el tutor o curador, en su caso, en contra de su pupilo al que le reclamaba el reintegro de los gastos realizados para la conservación de los bienes del patrimonio.

*j) Accusatio Suspecti Tutoris vel curatoris*

Si durante el ejercicio de la tutela / curatela el tutor si curador es sospechoso de estar realizando actos fraudulentos en perjuicio de su pupilo se lo removía y se le designaba otro. Cualquier tutor o curador puede ser removido por ser acusado de sospechoso, cualquiera puede acusar, incluso las mujeres (generalmente las que guardan una relación de parentesco con los pupilos). Los impúberes no pueden acusar pero los púberes sí, pueden hacerlo con respecto a sus curadores. Se diferencia también el acusado que ha actuado con mala intención o sea, quiso causar daño, de aquél que ha obrado negligentemente, en el primer caso el mismo es alcanzado con la tacha de infamia.

Entre las causas podemos mencionar algunas: la negativa a prestar alimentos al pupilo, por pobreza del curador o tutor aunque sea fiel y diligente, el que alega falsamente pobreza del pupilo y por ese motivo no le brinda alimento.

*k) Actio de Rationibus Distrahendis*

El tutor o curador le paga a su pupilo una multa a título de daños y perjuicios por la mala administración de su patrimonio, equivalente al valor de los bienes defraudados.

*l) Acción Subsidiaria*

En beneficio del pupilo y en contra del magistrado a quien se demandaba ya que no había verificado la realización del inventario por parte de quien iba a ser tutor o curador, también prosperaba cuando no verificaba la caución dada por el último. Se denominaba de ésta manera porque era “subsidiaria” a la acción que ejercía contra quienes habían realizado *satisfatio*.

*m) Privilegium Exigendii*

Una vez que finalizaba el vínculo creado por la tutela o curatela, si el pupilo era deudor o acreedor de su ex tutor/ ex curador los créditos renacían a la vida jurídica y se exigían, el ex pupilo tenía preferencia a los acreedores *quirografarios*.

*n) Actio Utilis Tutelae et curatoris*: Se daba en contra del tutor/ curador dativo inoperante.

6) Causas por la cuales se podía excusar el curador

El término excusación se refiere, al igual que en la tutela a que nadie puede ser obligado a aceptar el cargo de curador si se encontraba dentro de las causales que se lo impedían, para ello debía manifestar la existencia de la misma en el término de cincuenta días, ante el magistrado.

Como se dijo anteriormente el ejercicio de la tutela o de la curatela era un honor, por lo tanto una carga pública y no podía ser rechazado sin que existiera una causa que lo justifique, y éstas podían ser:

- estar ejerciendo otras tutelas o curatelas: tres por lo menos.
- tener residencia alejada a la del pupilo
- tener muchos hijos bajo su *potestas* o emancipados, el que tiene en Roma tres hijos vivos, en Italia cuatro. No se incluían a los hijos adoptivos, ni a los fallecidos salvo que hayan

- muerto en el campo de batalla defendiendo a Roma.
- por enfermedad
  - por vejez
  - estar formando parte del ejército o quienes participaban de las guerras, mientras tanto se nombra un tutor o curador en su lugar.
  - quien administra el fisco, mientras dure en ese cargo
  - en el caso de que haya un litigio entre tutor y curador y estén en juego todo el patrimonio o una herencia.
  - por pobreza.
  - quién no sabe escribir
  - los gramáticos, los retóricos y los médicos.

#### I. ¿Qué es la Sucesión?

Suceder a una persona que ha muerto es continuarlo en sus derechos y obligaciones además de su materialidad, o elementos corpóreos (bienes).

Cuando se estudiaron los aspectos centrales de la persona recordemos que la muerte extingue a la persona y al homo, como se ha visto en la unidad temática de persona. La extinción física tiene repercusiones jurídicas con respecto a la nueva titularidad de los bienes que hay que suceder y ciertos derechos que tenía el de cuius se extinguen por el carácter personalísimo que tenían, mientras que aquellos que son de carácter patrimonial, mantienen su vigencia en cabeza de, el /los here/s . Se produce así la *Successio Mortis Causa*.

Este instituto está íntimamente relacionado al derecho de familia, los derechos patrimoniales y por supuesto a la historia misma del Derecho Romano



Desde el punto de vista jurídico hay que tener en cuenta que, para que se produzca el fenómeno de la transmisión del difunto al heredero, es necesario referirse al patrimonio como una universalidad jurídica; porque de esa manera se ha comenzado el estudio de los derechos patrimoniales. El patrimonio, no solo es un conjunto de cosa corpóreas sino también que la misma está compuesta de derechos y obligaciones que recaerán en la cabeza del here que acepta la herencia, o del heredero que la recibe automática, como lo explicaré más adelante, por ese motivo el patrimonio se acepta en bloque o no se acepta, es decir, se acepta con las cosas materiales y las cargas; pero, si se diera el caso de quien no quiera recibirlo pasará a acrecer la porción de otro here o será una *hereditas iacens*. Así quien se convierta en heredero sustituirá a un sujeto en lo referente al patrimonio, lo sustituye o entra en su lugar otro, con lo cual permanecen inalterables los derechos que tenían por titular al sujeto original, el único cambio que se produce es el de los sujetos que intervienen, o sea, el de *cujus* y el heredero.

Dicho de otra forma, recordando la definición de patrimonio es sabido que no solo constituyen la *hereditas* las materialidades sino también las inmaterialidades, por ejemplo si el de *cuius* era deudor de Ticio, su *here* Juliano será a partir de la aceptación de la herencia deudor de Ticio.

De la herencia, el heredero recibirá no solo los bienes que la componen sino también las cargas, es inadmisibles que se acepten ambos por separado, no se puede aceptar o repudiar la herencia por partes.

## II. Clases de sucesiones

También hay que tener en cuenta que, cuando se utiliza el término Sucesión no siempre hay que asociarlo con la causal de muerte y sus consecuencias jurídicas, ya que la *sucessio* no solo era *mortis causa*, sino también podía ser *inter vivos*, como lo era el caso de la *Bonorum Venditio* explicado en las formas de ejecución patrimonial en tiempos del procedimiento formulario.

La Sucesión por causa de muerte era, por tanto a título universal, era la *hereditas*.

La *successio* inter vivos era a título universal: *Bonorum Venditio* o a título particular: la compraventa.

La Institución del legado no es una *successio* a título particular porque, el legatario recibe un bien o conjunto de bienes y no continúa a la persona del causante en otras cuestiones jurídicas o personales relacionadas a ellos. Además entre ellos hay un intermediario que es el heredero; mientras que en la *successio* por causa de muerte entre el heredero y el de *cujus* no intervienen intermediarios.

### III. ¿Qué es la *hereditas*?

Era la res universal a la que se hacía referencia anteriormente, entendida como un conjunto de derechos y obligaciones que integraban el patrimonio del causante. Quién era llamado a recibirlo era el *heres*, el heredero según el derecho civil, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de las XII Tablas y más tarde por los *senadoconsultos* y de las constituciones imperiales. Se trataba de un sucesor o continuador de toda la herencia, un sucesor universal (*in universum ius*), no particular porque no existía. Era continuador de la personalidad jurídica del de *cuius* o causante.

#### a) Por acto entre vivos (*successio inter vivos*)

En la sucesión entre vivos, como en la *mortis causa*, la sustitución o cambio de un sujeto por otro podía verificarse en la totalidad o conjunto de sus derechos y obligaciones y también las materialidades aquí estamos ante la sucesión a título universal (*per universitatem, successio in universum ius*); en el caso que se transmita un bien o conjunto de bienes en particular, no se transmiten los derechos y obligaciones; estamos ante la transmisión a sucesión a título particular o singular (*in singulas res*).

Entre los casos de sucesión universal *inter vivos* pueden recordarse el de la adrogación, el de la legitimación y el del matrimonio *cum*

*manu* de la mujer *sui iuris*, en los que personas libres de potestad pasaban a la condición de *alieni iuris*, colocándose bajo la *potestas* o *manus* de un *paterfamilias*. La sucesión particular entre vivos se presenta en la compraventa, en la cesión de créditos, la *bonorum venditio*, etc.

b) Por causa de muerte (*successio mortis causa*)

Significa el cambio de titular en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona a partir de su fallecimiento.

Las sucesiones universales por causa de muerte reconocidas por el derecho romano fueron la herencia (*hereditas*), que tuvo su origen en el derecho civil, y la posesión de bienes (*bonorum possessio*), que tuvo regulación en el derecho pretoriano u honorario.

Se debe aclarar que el legado, o disposición de bienes contenida en un testamento como una cláusula que importaba una carga para que el *here* cumpliera, no constituyó la sucesión particular *mortis causa* dado que al transferirse un bien o conjunto de bienes en particular no se transferían las cargas que emergían de él.

La sucesión por causa de muerte, en la que el fallecimiento de una persona es el hecho fundamental que le da origen, como la causa provoca el efecto (*viventis nulla hereditas*), es un acto jurídico, que nace por voluntad del testador o por imperio de la ley.

La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquisición de derechos patrimoniales. Las normas no lo incluían como parte del *ius privatum*, aparecía como uno de los modos derivados de adquirir la propiedad.

#### **IV. Las formas de transmisión**

La transmisión por causa de muerte podía ser:

1) Testamentaria

Etimológicamente proviene de *testatio mentis*, o testimonio de la voluntad. Es la declaración de última voluntad de una persona realizada en vida que repercutirá jurídicamente para después de su muer-

te siempre que cuente con capacidad jurídica no solo al momento de testar sino también al de su muerte. Pero esto no es suficiente ya que será necesaria la institución de heredero, caso contrario no será un testamento sino una mera manifestación de última voluntad, para ello será suficiente con dos palabras; “LUCIUS HERES” (Lucius heredame).

Es testamentaria cuando el difunto ha designado con anticipación las personas llamadas a sucederle, es un acto voluntario y conforme al derecho, y es unívoco. Además de instituir heredero podía establecer otras cláusulas: designación de tutores, manumisiones, legados, donaciones, por mencionar algunas. No había límites para la designación de herederos.

## 2) Intestada o ab intestato

Cuando a la falta de testamento o en caso de su invalidez, la ley designaba los herederos, fundándose en la organización de la familia –como ocurrió en el derecho primitivo- o en los presuntos afectos del causante.

Aunque de contenido esencialmente patrimonial, la herencia podía integrarse con algunos elementos extra patrimoniales accesorios; como el culto familiar de los antepasados (*sacra privata*), el derecho de sepulcro (*ius sepulchri*) y el derecho de patronato sobre los libertos (*iura patronatus*).

Si bien la herencia podía contener elementos extra patrimoniales, no eran transmisibles hereditariamente algunos derechos de naturaleza patrimonial. Las servidumbres personales de *usufructo*, *uso* y *habitación*; ciertos derechos de crédito cuyo objeto consistía en prestaciones personales, como ocurría en el mandato, la sociedad, la locación de servicios y de obra y algunas acciones penales, que se extinguían con la muerte del autor de la sucesión.

## V. Requisitos para que opere la sucesión testamentaria

Para adquirir la calidad de heredero era necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos o condiciones:

a) Condición de carácter general: la muerte de la persona.

Era un presupuesto importante de la sucesión hereditaria el fallecimiento del individuo era condición legal para que produjera sus efectos (*hereditas viventis non datur*).

b) Condiciones particulares

1) Capacidad del difunto para tener heredero.

a) El causante tenía que ser capaz (ser libre, ciudadano y sui iuris).

b) el varón contar con catorce años y la mujer con doce, además de ello era necesario que esté en su sano juicio independientemente de su salud física, ya que si había perdido algún miembro podía testar.

c) Eran incapaces, para tener herederos, los esclavos, peregrinos, los sordos y los mudos.

d) También los *filiifamilias*, éstos últimos ni siquiera lo podían hacer con el consentimiento de su pater pero al morir estos últimos, aún después de establecidos los peculios castrense y cuasi castrense, dichos bienes revertían al *pater*, no *iure hereditatis*, sino *iure peculii*. Con Justiniano, al ampliar el peculio adventicio a todas las adquisiciones del *filius*, se reconoció a éste capacidad para tener sucesor.

e) Quién fue castigado con la interdicción del agua y del fuego vale el testamento hecho antes pero no el posterior

f) Tampoco pueden testar los deportados a una isla, ni los relegados que fueron expulsados de Italia o de alguna de sus provincias.

g) Ni quienes han sido condenados a muerte, a las fieras o a trabajar en las minas como consecuencia de haber perdido su libertad.

- h) Pueden testar los capturados por atracadores, ya que no han perdido la libertad.
- i) También el encarcelado antes de ser condenado, y el condenado a pena que capital que hubiese apelado tal decisión, siempre y cuando hubiese testado y muerto antes de que se resuelva tal cuestión.
- j) No pueden quienes dudan de su estado, ni el pródigo.
- k) El cautivo en poder del enemigo, se aplicará según corresponda la *fictio Legis Corneliae* o el *Ius Postliminium*.

c) Capacidad del heredero para suceder.

Se exigía también que el llamado a la sucesión fuera libre, ciudadano, y sui iuris. Los esclavos y los *fili* familias eran propiamente incapaces, salvo que se los instituyesen herederos por testamento, en cuyo caso adquirirían para la persona bajo cuya potestad se encontraban. A raíz de los bienes adventicios, el *filius* pudo heredar para sí, ya sea por testamento o por disposición de la ley.

## VI. Clases de testamentos

a) El Testamento Oral

Quienes van a ser instituidos deberán ser nombrados de manera clara de modo que no quede lugar a dudas para quienes ofician de testigos, pero si terminado el acto se quiere hacer alguna modificación éste deberá hacerse de nuevo como si nunca se hubiese hecho.

Por el Derecho Civil había tres formas de testar:

b) El *Testamentum Calatis Comitibus*

Era uno de los más antiguos que se han conocido, se realizaba dos veces por año: el 24 de marzo y el 24 de mayo en presencia del Pontífice Máximo y el pueblo, que asentía el acto que se realizaba ante su presencia, usado en tiempos de paz, se llevaba a cabo en presencia del *populus* con el fin de que éste diera su aprobación debido a la importancia de testar ya que la designación de un heredero traería

luego consecuencias en el seno no solo de la familia sino también en el de la sociedad.

c) El *Testamentum Procinctum*

Procedía en tiempos de guerra; era atípico, porque no se exigían las formalidades propias de otros testamentos, podía ser oral o escrito. El testador militar podía ser mudo o sordo, el acto gozaba de plena validez. De éstos privilegios participaban solo aquellos que estuviesen activos en campaña, no correspondía a los militares veteranos o los activos de licencia.

d) El *Testamentum per aes et Libram*

Mediante el ritual del cobre y de la balanza en presencia de cinco ciudadanos romanos y el libripens, obraba como una venta ficticia. Con el tiempo cayeron los dos primeros en desuso permaneciendo vigente el último. Pero de a poco las Constituciones Imperiales y la costumbre establecieron como válido tanto para el derecho civil con para el derecho honorario, la univocidad del testamento, la presencia de siete testigos (derecho civil), firma de los testigos (constituciones Imperiales) y sus sellos (edicto del pretor)

e) El Testamento escrito

Puede ser realizado de mano del testador, denominado ológrafo, o de un tercero como lo sería un esclavo con la autorización del primero. Es válida la realización de un solo testamento en varios ejemplares originales.

## VII. La Función de los testigos

En el *Testamentum per aes et libram*, se hacía necesaria la presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, púberes, si bien luego por el derecho civil y el honorario se establece la necesidad de la univocidad del acto, los siete testigos con la inclusión de sus sellos (no ofrece discusión las características de los sellos, en cuanto a que sean iguales o distintos), y la suscripción del testador, todo ello para garantizar la legitimidad del acto que era de vital trascendencia para la comunidad. Otra cuestión que se previó era la inclusión del nombre del he-

redero ya sea de puño y letra del testador o de los testigos para evitar situaciones dudosas, duda surgida del dolo: aceptación de la herencia por otro; o del error de llamar a heredar alguien que no corresponde. En cuanto a las incapacidades son las ya conocidas: la exclusión de la mujer, del pródigo, *furiosus*, impúberes, esclavos, mudos, sordos, etc. Con la aclaración que si al momento de suscribir como testigo un testamento posteriormente cae en esclavitud, la participación como testigo es válida, ya que la esclavitud es posterior a dicho acto y no tiene efectos retroactivos. No es impedimento poner como testigos a familiares, siempre y cuando no lo sean del testador.

### VIII. *Delatio hereditatis*

La Delación o llamamiento a la herencia se podía realizar por voluntad del causante expresada en un testamento válido (*ex testamento*) o por imperio de la ley (*ab intestato*). La *delatiohereditatis* tenía por lugar la muerte del autor de la sucesión, al cumplirse la condición legal necesaria para que los actos mortis causa comenzaran a producir sus efectos. El llamamiento a herencia no podía hacerse por un contrato hereditario mediante el cual el causante designara como heredero o legatario a la otra parte o a un tercero, porque tal convención se considera contraria a las buenas costumbres y consiguientemente nula. La sucesión intestada era excluida por la testamentaria. Se abría aquélla a falta de testamento o cuando no fuera válido o resultara inválido con posterioridad. La sucesión *ab intestato* no podía darse simultáneamente con la *ex testamento* por aplicación de la regla que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado, lo cual significaba que a un heredero no le era dable recibir su investidura por el testamento al mismo tiempo que por la ley. El causante no disponía en su testamento de toda la herencia o dejaban de ser herederos algunos de los instituidos testamentariamente, el resto de la herencia no la adquirirían los herederos *ab intestato*, sino que acrecía a los demás testamentarios, en proporción a sus respectivas cuotas.



## IX. Distinción de herederos

En Roma, quien estaba investido de la calidad de heredero no podía dejar de serlo, por aplicación de la regla *semel heres, semper heres*. La institución de heredero es pura o bajo condición, si la condición fuese imposible se tiene por no realizada o escrita, las condiciones pueden ser disyuntivas, es suficiente que se cumpla una u otra. También puede ser *here* una persona que nunca ha sido conocida por el testador.

Había que distinguir entre las siguientes clases de herederos:

### a) Los herederos sui

Se les equiparaban los esclavos instituidos por sus amos. Eran herederos necesarios, pues adquirirían tal investidura por el hecho de la muerte del *de cuius*. La Lex Aelia Sentia prohibió que haya más de un heredero necesario esclavo si ello ocurría la institución era nula. En cambio si se designaba a dos por ejemplo, producido el fallecimiento de uno de ellos se mantenía la designación como único heredero la del segundo. Cuando la mujer ha cometido adulterio con un esclavo, después no puede instituirlo su heredero, con más razón si fueron condenados por ese delito.

### b) Herederos legítimos o testamentarios

Eran herederos voluntarios, ya que solo se hacían herederos cuando aceptaban la herencia. El testado lo instituía de una manera sencilla: “Sea Cornelio el dueño de mi herencia”; “Sea heredero mi hijo Seyo que siempre faltó a sus deberes filiales”; las dos formas son válidas.

Con respecto a los herederos voluntarios, la herencia recorría tres etapas:

- 1) De la delación de la herencia, tenía lugar a la muerte del causante (*hereditas delata*)
- 2) Cuando los herederos entraban en la herencia y adquirían la calidad de tales (*hereditas adquisita*).
- 3) Etapa intermedia entre las dos primeras, cuando la *hereditas* carecía de dueño o estaba yacente (*hereditas iacens*).
- 4) En el caso de los herederos necesarios, no se presentaba la tercera

etapa, porque al operarse la transmisión de los derechos hereditarios por la sola virtud del fallecimiento del *de cuius*, se confundía la adquisición de la herencia con la delación.

- 5) La *Hereditas* otorgaba a su titular, el *heres*, una acción civil, la petición de herencia (*actio petitio hereditatis*), para hacer valer los derechos que le correspondieran por su llamamiento a la sucesión.
- c) Los herederos extraños o voluntarios

Eran aquellos instituidos herederos por el pater, pero no tenían vínculos familiares con éste. El límite a ésta potestad de testar estaba en no afectar la porción que por ley les correspondía a los herederos legítimos, por ejemplo se podía nombrar heredero a aquél que se lo quiere con cariño fraterno si se lo llama “hermano” y se lo designa con ese nombre.

## X. La *adquisitio hereditatis*

Era la adición o aceptación de la herencia para que el heredero la adquiriera.

La *adquisitio hereditatis* constituía, la etapa en la que la herencia era adquirida por el sucesor. Algunos herederos calificados de “necesarios”, lo hacían de pleno derecho (*ipso iure*), es decir sin su consentimiento y hasta contra su voluntad. En esta situación se encontraban los *filiifamilias* sometidos a la potestad del causante a tiempo de su muerte (*heredes sui etnecessarii*) y el esclavo manumitido en el testamento e instituido heredero por su amo (*heredes necessarii*). Para los otros herederos denominados “voluntarios” (*heredes extranei velvoluntarii*), la adquisición de la herencia se producía previa aceptación que se efectuaba por medio de un acto jurídico llamado adición (*aditio*).

## XI. Testamento *irritum*

Un testamento es *irritum* cuando ocurre algo en relación al que testa, por ejemplo, sufre una *capitis deminutio* y se transforma en un esclavo; también cuando era condenado a pelear contra las bestias o

como gladiador. En el caso de que escapara de la esclavitud si regresaba a Roma ese testamento era válido, pero en caso de que muera es irrito a partir de la sentencia que lo declara como tal, no a partir de la muerte del testador.

Otro caso de *capitis deminutio* que aparejaba *testamentum irritum* ocurría cuando alguien era deportado a partir de que la misma quedaba consumada.

Se declaraba con ésta condición el testamento de los suicidas que sabían que habían cometido un delito, pero los suicidios cometidos por vejez o enfermedad no acarreaban ésta consecuencia.

Tienen también ésta condición los testamentos de aquellos que después de morir habían sido condenados (su memoria) por delitos de alta traición.

## **XII. La desheredación**

Es hecha por el testador en forma expresa o no, ya sea mencionándolo expresamente, o por otro tipo de indicaciones, pero con clara referencia a persona identificable, caso contrario no puede haber desheredación válida.

Por ejemplo:

- a. “Que mi hijo Varrón sea desheredado”; o
- b. “Que mi hijo Atio sea desheredado”, sin nombrar a nadie si no tiene otro hijo.

### a) Los Póstumos

Se establece que los hijos póstumos deben ser instituidos o desheredados de acuerdo con las pautas señaladas precedentemente, lo mismo ocurre respecto de la actitud tomada por el pater cuya bajo potestad se encuentran hijos y nietos, puede desheredar tanto a los unos como a los otros, para no caer en invalidez testamentaria.

### b) Los emancipados

Con respecto a los *fili* emancipados, el derecho civil establece que no hay obstáculo para instituirlos o desheredarlos, pero el pretoriano, establece que quienes no sean instituidos sean expresamente deshe-

redados, los varones nominalmente y las mujeres *interceteros*, si no se daban éstas circunstancias descriptas el pretor concedía la *Bonorum possessio* contra tabulas.

c) Los Adoptados

Mientras subsista el vínculo entre adoptantes y adoptados, su régimen se asimila a los hijos concebidos en las *justiae nuptiae* con respecto a lo ya expresado. Si fueron emancipados no hay obligación de instituir o desheredar porque son extraños a la familia.

En el derecho antiguo se hacía la distinción entre varones y mujeres pero con el tiempo se equipararon con las mismas consecuencias jurídicas.

d) El heredero del militar

Si no hizo desheredación nominal, su silencio con respecto a instituir a un hijo o nieto, se interpreta como una desheredación nominal salvo que no supiera de la existencia de éstos.

La desheredación hecha por el padre tiene los mismos efectos si hubiese silencio de la madre o del abuelo, aunque éstos últimos no tienen obligación de desheredar o instituir.

### XIII. El acrecimiento

Si hay un solo heredero le corresponde la totalidad del patrimonio, aún cuando haya sido instituido por una parte de él por aplicación de un principio jurídico que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado – *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest*-.

Cuando son varios los designados, si es la voluntad del testador que todos reciban por partes iguales no señala la parte que le ha de corresponder a cada uno, por una cuestión lógica. En cambio si a algunos herederos se les ha indicado la parte que les corresponde y a otros no, entonces éstos últimos concurrirán en partes iguales con lo que sobrare de la porción hereditaria que no tuviese asignada heredero, caso contrario los que tienen porción asignada toman la mitad de la herencia y quienes no la tienen la otra mitad.

## XIV. Clases de sustituciones

### a) La Sustitución Vulgar

Por testamento se pueden designar distintas clases de herederos: “Si Titaso no hereda, que herede Sempronio” y así sucesivamente si quiere el testador, llegando a instituir como heredero necesario a su esclavo, también:

- 1) “Que A, B, C, Y D hereden, sino que lo haga Cornelio”;
- 2) “Que A, B, C, D, E, hereden sino que lo hagan A respecto a B, C respecto a D y E,”
- 3) “Que Varrón me herede sino que lo hagan A, B, C, Y D”.

### b) La Sustitución Pupilar

Cuando se trata de impúberes que se encuentran bajo la potestad se los puede sustituir, no solo como herederos de uno, sino, que si mueren impúberes después de haber heredado, otros hereden lo que éstos han dejado:

“Que Cornelius mi hijo sea mi heredero, o si habiéndolo sido, muere antes de haber llegado a su propia tutela (es decir antes de ser púbero), que Estacio sea a heredero.

## XV. Sucesión Intestada

### a) La sucesión del derecho civil

Se distingue entre herederos sui, y herederos extraños o voluntarios, denominados *extranei heredes*.

### b) Sucesión de los herederos sui por la *Ley de las XII tablas*

Cuando un paterfamilias moría sin dejar un testamento lo sucedían necesariamente los hijos quienes se transformaban en sui iuris. Quedaban comprendidos en la categoría de *heredes sui* los hijos e hijas sometidas a la potestad del causante, la *uxor cum manu*, también entraba dentro de ésta categoría, ya que ocupaba el lugar de hija.

### c) Sucesión de los *extranei heredes*

Si el que moría intestado no dejaba herederos sui, lo cual ocurría forzosamente con las mujeres que no ejercían potestad sobre persona alguna, las XII tablas atribuían la herencia al agnado más próximo.

Agnados eran parientes que pertenecían a la misma familia, los que habrían estado bajo la misma potestad del difunto de no haber desaparecido el antecesor común.

En éste llamamiento legal no se hacía distinción de sexos. Por una *Lex Voconia* del 169 a.C. que impidió a las mujeres ser instituidas herederas por los ciudadanos de la primera clase del censo, dio lugar a la jurisprudencia para extender aquella restricción a la sucesión intestada, e incluso para excluir de la sucesión legítima a las mujeres más allá del segundo grado, admitiendo tan solo a las hijas y a las hermanas.

División de la herencia: Entre los herederos domésticos, la herencia se dividía por cabeza (*per capita*). En partes iguales, cada una de las cuales, se llamaba cuota viril. Pero si había premuerto uno de los hijos dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hacía por estirpes (*in stirpes*) y los descendientes heredaban la cuota viril que hubiera heredado su padre de no haber premuerto (derecho de representación).

## **XVI. La *hereditas* y la *bonorum possessio***

El derecho romano conoció dos especies de sucesión universal *mortis causa*, la *hereditas* y la *bonorum possessio*, que se diferenciaban sustancialmente por el origen, pues la *hereditas* provenía del Derecho Civil y la *Bonorum Possessio* deriva del derecho Pretoriano u Honorario.

La *hereditas* y la *bonorum possessio* tuvieron en común que ambas instituciones implicaban sucesión universal por *mortis causa*, pero sus diferencias eran notorias en diversos aspectos, no sólo en lo relativo al origen, civilista una, pretoria la otra, sino también a sus efectos, modos de adquisición, formas de protección, etc.

## A) La *Hereditas*

Era el conjunto de derechos y obligaciones que integraban el patrimonio del causante, además de la materialidad que componía el acervo traducido en bienes tangibles.

Llamado a recibir la *hereditas* era el *heres*, el heredero según el derecho civil, cuya investidura provino de las XII Tablas y más adelante de los *senadoconsultos* y de las constituciones imperiales. Se trataba de un sucesor de toda la herencia, un sucesor a título universal (*in universum ius*), no particular. Era continuador de la personalidad jurídica del de *cuius*, o causante.

## B) La *Bonorum Possessio*

### a) Definición

Es el derecho de perseguir o de retener el patrimonio del difunto.

### b) Orígenes

*Hay distintas controversias en los que se refiere a sus orígenes, se presume que se relaciona con el poder que el pretor tenía de adjudicar la cosa litigiosa a alguna de las partes en el proceso, hasta que se resolviera la cuestión definitivamente y quedara en poder de una de ellas.*

La *Bonorum Possessio* no surge como sistema contrapuesto al sistema civil. Su fin es el de ampliar la base de las vocaciones hereditarias, de acuerdo con la nueva significación asumida por los testamentos y con las ideas acerca del parentesco cognaticio. Si es cierto que la *Bonorum Possessio* originaria se moldeó según principios estructurales de la *Hereditas*, no es menos verdad que dándose un fenómeno de constante interferencia entre las normas de uno y otro sistema, se llegó a una fusión de gran alcance conceptual: la herencia pretoria se configura como *successio in ius defuncti*, es decir, de conformidad con los principios del *Ius Civile*.

De una parte, se amplía el orden sucesorio civil (intestado), mediante una ficción que equipara los *emancipati* a los *sui*; de otra parte, se coordina el sistema pretorio con el sistema civil, para quedar un

sistema único de sucesión, dividido en cuatro clases: *liberi*, *legitimi*, *cognati*, *vir et uxor*. Una consecuencia natural de la nueva ordenación es la de admitirse las delaciones sucesivas, incluso entre los varios grados del rango legitimario.

En la herencia pretoria las vocaciones hereditarias no responden a la posición que los llamados ocupan en la familia, sino a la razón del parentesco. Y siendo cierto que tales vocaciones se cifran en derechos subjetivos de carácter patrimonial, cabe su renuncia. Mientras la *hereditas* se impone obligatoriamente a los *sui heredes*, cuando no son extraños o voluntarios, la *Bonorum Possessio* es concedida en tanto se solicita del magistrado, y si para la primera rige el principio de la aceptación personal, para la otra se admite la adquisición por medio de representante.

Junto a la *hereditas*, el pretor fue integrando un verdadero derecho sucesorio mediante una serie de disposiciones *edictales* y *decretales* en virtud de las cuales asignaba un señorío de hecho o *Bonorum Possessio* a personas que no siempre eran herederos de conformidad con las normas del Derecho Civil.

El pretor así como no pudo hacer crear un propietario civil o quirritario, tampoco pudo conferir el título de *heres*. Se limitó a poner una persona, *el bonorum possessor*, en posesión del patrimonio hereditario, no era un heredero, sino que ocupaba el lugar de tal (*heredis loco*). El pretor no daba la propiedad sino la *possessio* hasta que se resolviera, como se dijo la cuestión, en la *petitio hereditatis*.

En la *Bonorum Possessio* no se daba el fenómeno jurídico de la *successio*, pues el *bonorum possessor* no sustituía al difunto ocupando exactamente su lugar. No era, como el *heres*, continuador de la personalidad jurídica del causante, sino meramente un *loco heredis*. Tampoco se operaba la transmisión de la propiedad quirritaria de las cosas que formaban el acervo sucesorio, sino sólo la posesión de ellas, que podía convertirse en propiedad por virtud de la *usucapión*.



A diferencia de lo que ocurría con el sistema sucesorio de las XII Tablas, los herederos pretorios eran agrupados en varios órdenes, los cuales eran llamados sucesivamente.

Cada orden disponía de un plazo para solicitar la *Bonorum Possessio*, que era de cien días, pero se extendía a un año, tratándose de padres e hijos del causante. Si el término transcurría sin que se solicitara la *bonorum possessio*, podía hacer la petición la clase subsiguiente. El derecho pretoriano reconoció la *successio ordinum* y la *successio graduum* en el orden de los cognados.

### c) Clases

#### a. *Bonorum possessio unde liberi*

El pretor llamaba junto con los herederos sui a los descendientes que habían salido de la potestad del causante. No entraban en este orden los que por adopción hubieran ingresado a otra familia. La adquisición de la *bonorum possessio unde liberi* requería la asignación por el pretor. Tenía carácter *cum re*, respecto de los derechos civiles.

#### b. *Bonorum possessio unde legitimi*

Figuraban las personas que al tiempo de solicitar el otorgamiento de la *bonorum possessio* eran llamadas a la sucesión por el derecho civil. Los *heredes sui*, seguidamente el *proximus agnatus* y en tiempos antiguos, los gentiles, se beneficiaban con este segundo llamamiento realizado por el pretor en perfecta coincidencia con el derecho civil.

#### c. *Bonorum possessio unde cognati*

A falta del segundo en el orden sucesorio, el pretor llamaba a suceder a los cognados o parientes de sangre más próximos. La vocación hereditaria de esos colaterales llegaba hasta el sexto grado y en la herencia de un *sobrinus* (hijo de un primo) hasta el hijo o hija del otro *sobrinus*, que está en séptimo grado. Se repartía la herencia *per capita*. El parentesco por consanguinidad podía derivar de la madre lo mismo que del padre.

d. *Bonorum possessio unde vir et uxor*

En último lugar el pretor confería la *bonorum possessio* al cónyuge supérstite. En el matrimonio *cum manu*, la mujer heredaba a su marido como *sui heredes*, porque ocupaba el lugar de hija, pero el matrimonio no tenía igual derecho respecto de su esposa. En el matrimonio *sine manu*, los cónyuges podían heredarse recíprocamente, pero heredaban sólo por virtud del otorgamiento de la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que tenía carácter *sine re*, en defecto de cualquier otro pariente.

1) *Bonorum Possessio Decretalis*: Se otorgaba como consecuencia del imperium del magistrado en hipótesis no prefijadas en el edicto. Exigía un previo conocimiento de la causa (*causa cognitio*) o información sumaria.

a) Casos de *bonorum possessio decretalis*: Se daba sólo provisionalmente.

-*Bonorum Possessio Ventrís Nomine*: Concedida a la madre viuda que había quedado embarazada.

-*Bonorum Possessio Furiosi Nomine*: Otorgada a petición del curador del demente.

-*Bonorum Possessio Ex Edicto Carboniano*: Su nombre proviene del pretor Cneo Carbo, se confería al hijo impúber cuya legitimidad era discutida, mientras duraba la controversia.

2) Clases teniendo en cuenta sus efectos

a) *Bonorum Possessio cum re*: El *Bonorum Possessor* a quien el pretor sostenía como tal, incluso frente al heredero civil, tenía un *bonorum possessio cum re*. El magistrado corregía radicalmente al derecho civil, pues daba al heredero una posesión. En cuanto al acto de adquisición, la *bonorum possessio* no podía adquirirse *ipso iure* como la *hereditas*. Debía ser solicitada por el interesado (*agnitio bonorum possessionis*) y concedida por el pretor, no sólo cuando el caso no estaba previsto en el edicto (*bonorum possessio decretalis*), sino también cuando lo estaba (*bonorum possessio edictalis*).

b) *Bonorum Possessio sine re*: Si la posición era provisional y mante-

nida mientras no apareciera el heredero civil, a menos que se hubiera operado la usucapión a su favor, contaba con una *bonorum possessio sine re*. El magistrado confirmaba o suplía al derecho civil sin oponérsele abiertamente. Llamada *sine re* porque la concesión de la *bonorum possessio* no garantizaba quedarse con la herencia.

3) Clasificación según el modo como se confería la *Bonorum possessio*

- a) Testamentaria (*secundum tabulas*): Se llega a ésta clase de *bonorum possessio* para que se les adjudique la posesión de los bienes por un testamento irregular o írrito, excepto que el testador hubiese perdido la libertad. Se demuestra que la *Bonorum possessio*.
- a) Intestada (*sine tabulas*) no solo era modificatoria del derecho civil sino también complementaria, ya que a los *heredes* instituidos por testamento se les concedía la *bonorum possessio secundum tabulas*
- b) Forzosa (*contra tabulas*).

Ésta última especie operaba como una defensa por el pretor a favor de aquellos herederos que siendo reconocidos como tales por el edicto, hubieran sido omitidos o desheredados sin justa causa por el testador.

La petición o demanda debía formularse durante un año útil para los ascendientes y descendientes y cien días para los demás sucesores, plazos que se contaban desde que se tenía conocimiento de la muerte del autor de la sucesión. Se podía hacer la presentación por medio de representantes, posibilidad que no la cabía al heredero voluntario respecto de la *Hereditas*.

Para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el Magistrado, contaba el *Bonorum Possessor*, que no era *heres* ni disponía de la *petitio hereditatis*, con un interdicto restitutorio designado con el nombre de *quorum bonorum* por las palabras con que comenzaba la fórmula.

## XVII. Sucesión del derecho imperial

- a) El *Senatusconsultum Tertullianum*, en la época del emperador Adriano, concedió a las madres que gozaran del *ius liberorum*, el derecho de suceder a sus hijos en la clase de agnados.
- b) El *Senatusconsultus Orfitianum*, dictado en el año 178 bajo el gobierno del emperador Marco Aurelio, dispuso que los hijos sucedieran a la madre con exclusión de los consanguíneos y además agnados de aquélla.
- c) Constituciones Valentiniana y Anastasiana

Por disposición del emperador Valentiniano II los nietos sucedían, junto con los hijos y los agnados, a la abuela paterna y a los abuelos maternos.

Por obra del emperador Anastasio, la cognación se impuso también en la línea colateral y se dispuso que podían suceder entre sí los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que estos últimos. La restricción fue abolida por Justiniano.

- d) ¿En qué aspectos influyó el senadoconsulto?

La Ley Julia y Papia Poppaea, de la época de Augusto otorgaban beneficios o premios por decirlo de alguna manera a los que tenían hijos, mientras imponía penas a los que carecían de ellos; el senadoconsulto Tertuliano dado bajo el reinado de Adriano, confería la herencia del hijo a la madre que gozara del *ius liberorum*, el nacimiento de un hijo póstumo, acarrearía la caída del testamento.

Las cuestiones planteadas llevaban a decidir si el nacido muerto, o el nacido con vida, pero sin contar con la forma humana podía considerarse como hijo. La contestación fue negativa con relación al hijo nacido muerto. El monstruo o prodigio se computa a los efectos de la ley Julia y Papia Poppaea, pero no con relación al senadoconsulto Tertuliano.

En cuanto a la ruptura del testamento, por nacimiento de un póstumo, se discute si el aborto puede o no determinarla, proclamándose

por la afirmativa Ulpiano y por la negativa una constitución de Maximiano y Diocleciano.

Gaius en sus Instituciones hizo referencia a éste senado-consulta, por el cual se permitió a las mujeres pupilas hacer testamento aún sin la coemptio, con tal de que no fueran menor de doce años, se entendía que aquellas que no fueran liberadas de la tutela, deben estar con la auctoritas del tutor.

Se ve así que las mujeres se encuentran en mejor condición que los varones, ya que el varón menor de catorce años no puede hacer testamento, ni aún si quisiera hacerlo con la auctoritas del tutor; la mujer en cambio, después de los doce años le asiste el derecho de testar.

En el año 528 suprimió Justiniano el Ius Liberorum, consagró a favor de la madre el derecho de suceder al hijo aun cuando tuviera uno solo, dándole preferencia sobre los colaterales a excepción de los hermanos del causante con quienes debía dividir la herencia per cápita.

Sin embargo mantiene la exclusión de la madre en la sucesión del hijo cuando éste tuviere herederos suyos o padre natural.

### **XVIII. Sucesión del derecho Justiniano. Novelas 118 y 127**

En el año 543 el emperador Justiniano sanciona la Novela 118, que se completa con la Novela 127 sancionada en el año 548. Por ellas se sistematiza el derecho sucesorio intestado y se dejan sin efecto las creaciones de la costumbre. Así, la primacía del parentesco natural sobre civil o agnaticio, con la distribución de los parientes de sangre en tres órdenes de sucesibles: los descendientes, los ascendientes y los colaterales.

Las Novelas 118 y 127 comprendieron los siguientes órdenes con respecto al régimen hereditario ab intestato: descendientes; ascendientes y hermanos y hermanas carnales o doble vínculo (*germanicus*) y sus hijos; hermanos y hermanas de padre (*consanguinei*) o madre (*uterini*) y sus hijos; otros colaterales hasta sexto o séptimo grado.

## **XIX. Sucesión intestada en orden a los libertos**

La sucesión intestada del liberto varió en Roma según las épocas y los ordenamientos que la regularon.

La Ley de la XII Tablas, atendiendo que el liberto carecía de parientes agnados, llamaba a heredarlo, cuando hubiera muerto sin herederos sui, al patrono y en su defecto a los sui del patrono, e incluso sus agnati o gentiles. Al liberto se equiparaba al hijo emancipado, que había sido manumitido por su padre (*manus manumissor*) en la solemnidad de la antigua emancipación.

El pretor no podía realizar en la herencia del liberto una promoción de los cognados en la misma medida que en la del ingenuo, porque había nacido esclavo carecía de cognación, siendo la suya sólo una *cognatio servilis*, fundada en el contubernio, no en el matrimonio. De ahí que en lugar de los cognados del liberto, sucediera el patrono con sus descendientes y demás parientes. Constituía un caso especial la *Bonorum Possessio* por muerte del emancipado.

En la sucesión de los libertos fue teniéndose en cuenta el parentesco de sangre creado por la esclavitud, limitándose el derecho a heredar del patrono y de sus parientes a favor de los padres y parientes del liberto, siempre que gozan de libertad.

En el derecho justinianeo, se estableció en cuanto a la sucesión del liberto el siguiente orden: descendientes del liberto; patrono, hijos naturales del patrono y colaterales hasta quinto grado; colaterales del liberto hasta el quinto grado y. Por último, cónyuge supérstite.

## **XX. La *Cretio* y la *Pro herede Gestio***

Según Sabinus en tanto en que el instituido en primer lugar esté en el tiempo de la opción y de éste modo poder ser heredero, el substituto por más que obre como heredero no puede, sin embargo, ser admitido como tal; en cambio si el plazo de la *cretio* se ha terminado y el substituto se comporta como heredero, entonces es admitido como tal. Para otros por el contrario, aun cuando no hubiese finaliza-

do el plazo de la *cretio*, siempre que el substituto se hubiese comportado como heredero, y entonces la *cretio* no puede tener lugar.

Esta discusión va a ser decidida por medio de una constitución de Marco Aurelio, quien dispuso de acuerdo con Sabinus, que el instituido heredero con una *cretio* imperfecta, si realizaba la *pro herede gestio* durante el plazo, obtenía el total de la herencia y por supuesto que una vez vencido dicho plazo si no hacía la *cretio* ni la *pro herede gestio*, entonces la herencia pasaba al substituto.

## XXI. El Legado

De las definiciones más citadas de *Legatum* es la de Ulpianus, es lo dejado en un testamento de forma legal, es decir en forma imperativa, ya que si la dejáramos en forma de ruego, entonces es llamado *fideicomisso* y no sería legado.

Legamos *per praeceptionem* de éste modo: “Que Julio reciba por adelantado a mi esclavo”.

La fórmula empleada, de acuerdo con Ulpianus. En ésta clase de legados encontramos dos concepciones:

- a) La de los sabinianos, que considera que solo pueden ser legatarios *per praeceptionem* los co- herederos y;
- b) la de los proculyanos que consideran que puede ser un extraño.

De acuerdo a lo señalado en las fuentes, los llamamientos a la *bonorum possessio* del liberto ciudadano romano son en la época clásica:

- a) *unde liberi*, sui herederos del liberto;
- b) *unde legitimi*, son los herederos civiles: patrono, patrona y descendientes del patrono;
- c) *unde cognati* o cognados del liberto;
- d) *tum familiae patroni*, son los demás familiares civiles del patrono no incluidos en el segundo llamamiento;
- e) *patronus patronae item liberi patronaeve*, se refiere al supuesto del patrono manumitido que por ello mismo él se encuentra como liberto sujeto a un extra patrono;

- f) unde vir et uxor o cónyuge supérstite del liberto;
- g) unde cognati manumissoris o parientes cognados del patrono.

La estricta observancia de ésta formalidades en la celebración del testamento, ha sido dispensada a los militares en las constituciones del príncipe, a causa de su gran inexperiencia. Así aunque no hayan presentado el número legítimo de testigos, ni hayan “vendido” la familia, ni hayan nuncapado el testamento, éste no por ello dejará de ser válido.

El primero en conceder éste tipo de ventajas a los militares fue Julio César, pero ello solo fue por un tiempo determinado, luego fueron los emperadores Titus, Domiciano, Nerva, y finalmente por mandatos a los gobernadores de provincia, Trajano.

## **XXII. Donación mortis causa.**

Se trata de donaciones por causa de muerte. Así, cuando alguien teme una muerte inminente, dona: p.ej., un fundo para cuando efectivamente muera. De este modo, si el donante ha logrado salvar el peligro de muerte, o también si el beneficiario ha premuerto en relación a él, la donación cae por haber fallado la causa.

- a) La donación mortis causa podía estar subordinada a la muerte de dos maneras distintas. Así, entregando la cosa donada, pero de tal modo que el beneficiario no se hiciera propietario de ella sino luego de la muerte del donante. Se trataría de una condición puramente suspensiva, de tal modo que si ocurriera la muerte, la propiedad se adquiriría directamente. Si no ocurría o premoría el beneficiario, el donante puede ejercer la rei vindicatio, puesto que la cosa no ha dejado de ser suya. Y también transfiriendo directamente la propiedad de la cosa donada, pero con la condición de que se le será devuelta si no ocurre la muerte, o si premuere el beneficiario. Aquí estamos en presencia también de una condición suspensiva, pero con



- efectos resolutorios. El donante puede demandar la devolución de la cosa por la *condictio* (*ob causam, ob rem datam*).
- b) La donación *mortis causa* se consideró que era perfecta e irrevocable por la ocurrencia de la muerte. A partir de la época posclásica, criterio que mantiene Justiniano, se lo consideró revocable por el propio donante en vida.
  - c) Esta clase de donaciones tenía la ventaja de poder disponer cosas para después de la muerte, evitando ciertos inconvenientes que podía tener hacerlo por testamento. Pero ya desde la época clásica no dejó de sorprender a los juristas la semejanza que, por lo menos desde el punto de vista económico, tenían las donaciones *mortis causa* con los legados.
  - d) Finalmente Justiniano, por una constitución especial, termina por asimilar las donaciones *mortis causa* a los legados “surtiendo todos los efectos que tienen éstos, y no se entienda que en alguna cosa es diferente de ellos”.
  - e) La denominación de *mortis causa capiones* (adquisiciones *mortis causa*) resulta en principio muy amplia y abarca todo aquello que se adquiere a título hereditario, o por legado, o por fideicomiso, y también por una donación *mortis causa*. Pero, con un sentido más restringido, sirve para designar todo aquello que se adquiere por causa de herencia que no esté comprendido en los supuestos ya mencionados “que tienen nombre propio”. Así, sería el caso de lo que el esclavo manumitido por testamento, o el legatario queda obligado a pagar al heredero para cumplir la condición que le fue impuesta por el testador.

### **XXIII. Nociones históricas sobre sucesiones entre cónyuges**

Debido al arraigado prejuicio de que los bienes del difunto debían conservarse dentro del ámbito de su procedencia, el antiguo derecho prácticamente ignoró la sucesión entre cónyuges. Aparte de que la mujer era relegada de la vida jurídica, quedando bajo la potestad pa-

terna se ligaba al marido por lazos parecidos a los que se encontraba cuando quedaba bajo la potestas del pater.

La comunidad de sangre, base de la transmisión hereditaria inexistente entre cónyuges, quería consolidarse en el no traspaso a otros grupos familiares.

Con el paso del tiempo, estos prejuicios en relación al rol que debía jugar la mujer dentro de la vida social y familiar, se flexibilizaron con la permisión jurídica que autorizaba a los cónyuges a sucederse recíprocamente.

#### **XIV. Protección procesal del heredero**

##### 1) “*Actio petitio hereditatis*”

Al interponer la acción el *heres* afirmaba su calidad de tal y perseguía la devolución de los bienes hereditarios contra cualquiera que los poseyera ya sea a título de heredero ya sea como simple poseedor (*bonorum possessio*). La acción de petición de herencia perseguía la restitución del patrimonio del causante en el sentido más amplio, con todos los incrementos que hubiera tenido, en especial en los frutos producidos.

##### 2) *Interdictum quorum bonorum*

El *Bonorum Possessor*, al no tener calidad de heredero, y no disponer por tanto de la propiedad *ex iure quiritium* de la *hereditas*, no disponía de la *petitio hereditatis*, pero el pretor le concedió un interdicto restitutorio, para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el magistrado. Cuando se dirigía contra un heredero civil, podía éste insertar una excepción fundada en su calidad de tal, pero si se trataba de una *Bonorum Possessio cum re*, el *bonorum possessor* disponía de una réplica que podía alegarse como excepción en el caso de que el *heres* entablara la *petitio hereditatis* contra el heredero que estuviera en posesión de los bienes.

Éste interdicto era oponible, no sólo al que poseía pretendiendo ser heredero (*possessor pro herede*), sino también al que simplemente

se opusiera a la restitución, sin alegar un propio derecho (*possessor pro possessore*).

Era también ejercitable, contra el que hubiera dejado de poseer por dolo (*qui dolo desiit possidere*). El pretor concedió al *bonorum possessor* un interdicto llamado *quod legatorum*, para oponerlo al legatario que tomaba posesión de los objetos legados antes de que le fueran entregados.

#### I. Hechos y Actos jurídicos

Para el desarrollo de los temas que a continuación se expondrán es menester hacer algunas aclaraciones.

Las denominaciones que se utilizarán responden a elaboraciones modernas del derecho, que si bien fueron concebidas por los romanos y que sí existieron en cuanto a su naturaleza jurídica y aplicación práctica no las conocieron tal como las estudiamos en la actualidad, dicho de otra manera, el negocio jurídico es una construcción jurídica posterior al Derecho Romano puro.

Para definir que es un negocio jurídico, primero tenemos que saber qué es un hecho, es algo que acontece, ya sea por la intervención humana o por la intervención de elementos de la naturaleza.

Hecho es algo con lo que debemos convivir a diario, y en muchos casos no tienen mayor trascendencia, sin embargo se plantean determinadas situaciones en las que debe intervenir el derecho para que haya entre los individuos de una sociedad una convivencia pacífica.

Si tomamos un hecho de la naturaleza como puede ser el vuelo de las aves, puede pasar hasta desapercibido para muchas personas, sin embargo, los pontífices le daban trascendencia jurídica, interpretaban la voluntad de los dioses y si contaban con su aprobación, se podía celebrar, por ejemplo, una compraventa, así vemos como a un hecho de la naturaleza se le daba una interpretación jurídico-religiosa, me estoy refiriendo a una época en la que el derecho se hallaba bajo la influencia del fas, pero de su consecuencia dependía la validez del acto jurídico. El que acabamos de ver es un ejemplo de lo que ocurría en una época muy primitiva; pero sin embargo cuando el derecho se hace laico, los hechos de la naturaleza van a ir repercutiendo en el derecho pero de otra manera, el nacimiento de un animal en principio es solo eso, pero es un bien que va a incrementar un rebaño y por ende el valor patrimonial será otro, así apareció en Roma la regulación de las cosas, los frutos, el dominio, el condominio, la posesión, y otros derechos reales en general, que van a regular desde el derecho los vínculos entre las cosas y las personas.

También hay otras situaciones, en las que no intervienen hechos de la naturaleza que van a tener consecuencias jurídicas, sino que intervienen hechos que se dan por el acuerdo o consenso de los hombres para realizar tal o cual acto que al estar regulado por las leyes van a tener consecuencias jurídicas. Por ejemplo: dos partes a las que el derecho denomina deudor y acreedor que contraen una obligatio, y se compromete el primero a cumplir su prestación en una época determinada.

De lo expuesto surge entonces: Que hay hechos en los que interviene la naturaleza y hechos en los que interviene la voluntad del hombre, en el primer caso podrán traer o no consecuencias jurídicas, y en el segundo caso si está regulado por el derecho se tratará de un acto jurídico.

Cuando hablamos de los actos jurídicos éstos se llevarán a cabo por las partes de acuerdo con las pautas establecidas por el derecho, entonces los actos serán lícitos: Sempronio contrae matrimonio con

Ticia porque cumplen con los requisitos de la edad, del *connubium* (capacidad jurídica para contraer matrimonio), los *patres* respectivos han dado su consentimiento para llevar a cabo el acto, son púberes, y dan su consentimiento, en cambio si el acto del matrimonio se lleva a cabo transgrediendo lo dispuesto por las normas: por ejemplo que Ticia sea tomada por la fuerza y bajo amenazas se lleve a cabo el acto, el matrimonio será llevado adelante como un acto ilícito, careciendo de eficacia jurídica por la lesión a un requisito esencial como lo es el consentimiento de los contrayentes.

También podía ocurrir que se suscitara alguna cuestión entre los particulares que el derecho no los regulara, como ocurre en todo ordenamiento jurídico que no está exento de los vacíos legales, entonces las partes para llevar adelante alguna cuestión y resolverla deberán atenerse a lo dispuesto por los principios generales del derecho que se hallaban en la buena fe, la costumbre y la equidad, porque, la ausencia de regulación es motivo de resolución por parte de los magistrados, con criterios de interpretación basadas en los parámetros mencionados, a los fines de que las partes no resultaran perjudicadas y hubiera un justo equilibrio, tales aspectos se manejan dentro de la licitud. Nadie podrá perjudicar a otro excusándose en que la cuestión no está regulada por el derecho.

Cuando me refiero a los actos ilícitos, quedan comprendidos los delitos pero no como sinónimos sino como un sub grupo dentro de la categoría de los actos ilícitos.

## **II. Clasificación de los Actos Jurídicos**

### **A) Actos jurídicos unilaterales y bilaterales**

En los primeros tiene que existir una sola manifestación de voluntad: por ejemplo el testador cuando instituye un heredero, no es necesario que éste dé su consentimiento, incluso puede ocurrir que no esté enterado, sin embargo la sola manifestación de voluntad hace que el acto sea válido.

En cambio en los segundos será necesario indefectiblemente la intervención de dos o más voluntades que plasmarán su consentimiento para que un acto jurídico sea válido debido a que hay actos cuyas características particulares hacen que se lleve a cabo de la manera descrita: por ejemplo, el matrimonio, una compraventa (tiene que haber necesariamente un comprador y un vendedor).

#### B) Solemnes y no solemnes

En los primeros el derecho establece el cumplimiento de formalidades que eran necesarias llevar a cabo para que el acto fuera plenamente válido, por ejemplo en los actos que se realizaban por el ritual del cobre y la balanza era necesaria la presencia del *libripens*, los testigos, y la pronunciación de palabras solemnes por parte de los intervinientes.

En los segundos no se requiere el cumplimiento de formalidades debido a que ésta cuestión responde a que nos encontrábamos en una etapa del derecho en que no era necesario el cumplimiento de formalidades o solemnidades que se requerían en los tiempos primitivos, característica de la época en que el derecho se hallaba bajo la influencia del *fas*. Por ejemplo: *la sponsio*: Era un contrato verbal que simplemente consistía en una pregunta y en una respuesta.

#### C) Onerosos o gratuitos

En los primeros el acto jurídico se realiza a cambio de una contraprestación valorada económicamente. Por ejemplo: En el caso de la locación, el pago del precio de la misma denominado alquiler por parte del locatario.

En cambio en los segundos, una de las partes realiza algo que pactó previamente con otra pero no recibe a cambio una contraprestación como en el caso anterior. Por ejemplo: Varrón le dona a Sempronio un fundo y veinte esclavos, sin obtener nada a cambio del segundo.

#### D) Causales o abstractos

En los primeros la causa aparece unida a la existencia del negocio, ej. La compraventa en la cual el fin tenido en vista es inseparable de aquella.

En los segundos lo que interesa es la realización de las solemnidades sin tener en cuenta el fin tenido en vista. La importancia de esto radica en el primero ya que si el negocio es causal y la causa es ilícita, ello arrastrará la nulidad del mismo.

E) Inter vivos o mortis causa: los primeros son aquellos que tienen eficacia en vida de las partes. Por ejemplo una locación o una compraventa.

En cambio los segundos tendrán plena validez después de acaecida la muerte de alguna de las partes, por ejemplo: después de la muerte del causante, y luego de la aceptación de la herencia el heredero podrá cumplir con el legado de cinco esclavos que el de cujus dejó a Sempronio.

### **III. Concepto de Acto o Negocio Jurídico**

De lo visto se desprende que el negocio o acto jurídico se trata de un acontecimiento que al llevarse a cabo produce consecuencias jurídicas para alguien, el efecto que produce es el nacimiento, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas, para alguien constituyéndose como una declaración de la voluntad dirigida a obtener un fin práctico, económico o personal, y que el derecho reconoce.

Si bien es conveniente por una cuestión práctica tomar al negocio y al acto jurídico como sinónimos no se puede dejar de mencionar que algunos estudiosos han considerado que en el acto la manifestación de voluntad se encuentra restringida, mientras que en el negocio es más amplia las intervenciones que las partes pueden tener, de acuerdo a las permisiones de la ley.



A partir de la definición del negocio jurídico, se desprenden los elementos que son necesarios que tenga para que el acto que se celebre tenga plena validez jurídica.

#### **IV. Elementos del negocio jurídico**

##### **A) Elementos Esenciales**

Hay elementos cuya existencia es vital para el nacimiento de un negocio jurídico sin ellos serán inexistentes. A éstos se denominan elementos esenciales, si no están o están pero viciados, el acto o negocio es nulo.

##### **B) Clases**

###### **1) Las Formas en que se puede de manifestar la voluntad**

La voluntad se puede manifestar de manera expresa o tácita. Expresa cuando se formula verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos, éstos son los que no dejan dudas acerca de lo que se pretende manifestar, por ejemplo recordemos que entre las potestades del pater está aquella por la cual incorporaba la recién nacido a la familia, para ello se lo debía poner primero en el piso y éste lo tomaba en sus brazos, no pronunciaba palabra alguna, pero era un acto con gran trascendencia jurídica.

También podía ser Tácita era cuando no había signos expresos de cuál era la voluntad de las partes, no porque no la hagan sino porque lo hacían de manera presunta, por ejemplo que el heredero designado por Ticio se haga cargo de las deudas de éste a su muerte. Otro ejemplo es cuando el pater no puede hablar y al no poder hacer uso de la palabra manifiesta de otras formas su intención de dar a su hijo en adopción se confirma ésta como si fuera hecha según la forma que previene el derecho ello es así debido a la importancia que se le daba a la manifestación del consentimiento expreso.

En cuanto al Silencio, en casos muy excepcionales se constituyen como manifestación de la voluntad, buscar casos de silencio.

## 2) El Objeto

Es el elemento sobre el cual recae el negocio jurídico. Debe reunir determinados requisitos:

- a) Ser lícito: Su nombre lo refiere claramente, no debe ser contrario al derecho, a la moral y a las buenas costumbres.
- b) Debe ser Posible: no solo desde el punto de vista práctico y real, o sea, sino también debe serlo desde el punto de vista jurídico, se complementa así con la licitud.
- c) Debe ser determinado: Por lo general el objeto debe ser señalado por las partes al comienzo del negocio jurídico, sin embargo se admitió excepcionalmente que al hacerse una referencia genérica al objeto en el momento del nacimiento del negocio ésta cuestión daba lugar a la existencia de la “indeterminación” que posteriormente era desvirtuada por la “determinación” que hacía la parte cumplidora al momento de entregar el objeto, si esto no pudiera llevarse a cabo de la forma planteada dificultaría la concreción de muchos negocios, por ejemplo: Ticio le dice a Sempronio que le va a entregar como pago los animales que nacieran hasta llegada la fecha 20 de abril, ello depende de que se produzca el nacimiento y no aparezca una circunstancia extraordinaria que impidiera el mismo como lo sería una enfermedad que afecte al ganado y lo mate, dicho de otra manera el cumplimiento está supeditado a una condición que es la producción del nacimiento, situación en la que el objeto se convierte en determinado.

## 3) La Causa

Se halla en ella la motivación de la celebración del acto jurídico que se quiere llevar a cabo, es tenido en cuenta en caso de que surjan conflictos con respecto al acto que se quiso celebrar.

#### 4) La Forma

Se trata de un elemento fundamental dado que la ley influenciada por la religión exigía el cumplimiento de determinadas solemnidades, como podía ser la pronunciación de palabras solemnes, celebrar el acto jurídico en cuestión un día fasto, golpear el cobre en la balanza en el caso de los actos per aes et libram, solo por mencionar algunos.

### C) Elementos naturales

A diferencia de los elementos esenciales no resultan necesarios para concebir el negocio jurídico pero están en la naturaleza misma de éste. Las partes pueden ponerse de acuerdo para dejarlas de lado.

a) Ellos son los vicios redhibitorios, se refiere a los vicios ocultos que la cosa pudiera tener, por ejemplo que haya canillas y no haya una red de instalación de agua. Es lo que no se puede ver a simple vista y quién lo calló deberá responder legalmente.

b) Las garantías de evicción, por ella el transmitente le asegura a su contra parte en el negocio de que goza de las garantías que no existen conflictos de índole alguna que le turben su derecho sobre la cosa que adquirió.

### D) Accidentales

Son aquellos que pueden incorporarse en el negocio jurídico, pero que su existencia no se presume, sino que depende de la voluntad de las partes que las hayan o no querido incorporar.

Son la condición, el plazo o termino, el modo o cargo.

a) condición: es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende el negocio jurídico. Así por ejemplo si establezco “prometes darme cien sestercios si llueve” el negocio depende de que se cumpla la condición. las condiciones se pueden agrupar en:

- 1) Suspensivas o resolutorias: se dice que una condición es suspensiva cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto determina el nacimiento del negocio. se dice que una condición es resolutoria cuando de suceder el acontecimiento se produce la extinción del negocio. (Suspensivas: prometes darme cien si viene mi hijo de Italia).
- 2) Resolutorias: Pone fin a algo, por ejemplo: en virtud de una compraventa se tiene por no hecha, si el vendedor dentro de un tiempo recibe una oferta mejor.
- 3) Positivas o negativas: en las primeras se produce el negocio si se realiza el acontecimiento futuro e incierto; “te daré 100 si hoy viene Cornelius a visitarme” en las segundas se produce el negocio si no se produce el acontecimiento; “te daré 100 si hoy no viene nadie a verme”.
- 4) Posibles o imposibles: la condición es imposible cuando el acontecimiento no se puede realizar a causa de un obstáculo que puede ser físico o jurídico; así es físicamente imposible “te prometo cien si puedes volar con los brazos” y es jurídicamente imposible “ te prometo 100 si vendes templo de la diosa Vesta), porque no se pueden vender las cosas sacras.  
Licitas o ilícitas: son ilícitas aquellas contrarias al derecho “te daré 100 si envenenas a Sempronio”.
- 5) Causales, potestativas y mixtas: son causales aquellas condiciones que dependen de un evento de la naturaleza o de un tercero “te daré 100 si llueve”. son potestativas, cuando dependen del querer de la parte interesada “te daré 100 si llevas los materiales”. Son mixtas, cuando dependen de un tercero y del querer de la parte “te daré 100 si van con Ticio a buscar materiales”.
- b) El plazo o término: es el acontecimiento futuro y objetivamente cierto del cual depende que un negocio jurídico nazca o se extinga. Modo o Cargo: sirve para designar una cláusula agregada a los actos de liberalidad, como los legados, donaciones, por ejemplo en os que se le impone al destinatario del beneficio gratuito un com-

portamiento determinado “Que a mi muerte mi heredero Sempronio entregue cinco esclavos a Ticio”.

## V. La Interpretación del negocio jurídico

Cuando se suscita alguna cuestión que hay que resolver el negocio jurídico debe ser interpretado con el objeto de determinar cuál es el contenido y su extensión.

Hay circunstancias en las que es necesario determinar qué es lo que se dijo o manifestación de la voluntad objetiva y el eventual divorcio o no que pueda haber con lo que en realidad se quiso decir o manifestación de la voluntad subjetiva.

De estos dos aspectos se originan dos posturas o criterios:

- 1) De acuerdo con la manifestación de la voluntad como hecho interno, denominado voluntarista: si la declaración es susceptible de más de un sentido, el intérprete debe determinar hasta donde sea posible cual fue la voluntad del declarante. Este criterio corresponde a postura de la interpretación subjetiva.
- 2) De acuerdo con la voluntad como hecho manifiesto y externo, denominado declaracionista: hay que atenerse únicamente a la voluntad declarada, interpretándola de manera aislada de las motivaciones internas del declarante. Este criterio corresponde a la línea de interpretación objetiva.

En los orígenes del derecho romano, la interpretación era de carácter objetivo pero luego en el *ius gentium*, al dejarse de a poco las solemnidades se aparece una amplitud interpretativa, dándosele prioridad a la voluntad intrínseca que tuvo el sujeto cuando entabló el negocio.

La forma de interpretación subjetiva le daba al pretor amplias posibilidades de interpretación. El caso más conocido fue la Causa Curiana del siglo I a. C., un juicio que se presentó ante el Tribunal de los *Centumviro*s, se planteó el caso de una persona que hizo su testamento y esperando que la mujer la diera un hijo lo instituyó su heredero, previendo que pudiera nacer después de su muerte; a su

vez estableció una cláusula que se conoce como sustitución pupilar que fijaba la posibilidad de que el hijo falleciera antes de alcanzar la pubertad, el heredero pasara a ser M. Curio.

El hijo no nació entonces se planteó una controversia entre los herederos, Coponio, y Curio,

- a) El primero representado por Quintus Muscius Scaevola, argumento sobre una fórmula declaracionista objetiva: se basó en que no habiendo nacido el heredero instituido, en realidad no había heredero y por lo tanto no había testamento.
- b) El segundo, representado por Licinnio Craso, argumento interpretación voluntarista subjetiva: se basó en que la voluntad del testador estaba manifestada por la adición de su sustitución pupilar, en que quedaba evidenciado el interés de que la herencia no pasara a sus agnados.

La causa fue juzgada por el tribunal de los centumviro y se inclinó por curio, interpretando la voluntad del causante por encima de lo literal.

## **VI. Ineficacia en los negocios jurídicos. Clase. Causas**

Existen dos supuestos:

- a) el caso de la nulidad, en el cual el negocio jurídico tiene apariencia de ser, pero carece de algunos elementos esenciales razón por la cual se lo considera inexistente o inválido;
- b) en el caso de la anulabilidad en el cual el negocio existe y en principio produce los efectos jurídicos que se propusieron las partes, pero estas pueden pedir su anulación o decretarla el juez en caso de un obstáculo jurídico existente.

En el viejo *ius civili* los negocios son susceptibles de nulidad y no de anulabilidad que se aplicara luego en el *ius gentium*.

## **VII. Vicios de la voluntad: en las causa de anulabilidad, se dan tres casos; error; dolo; violencia.**

A) Error: es el falso conocimiento que las partes tienen del negocio o sobre un aspecto del mismo. Este es el error de hecho.

1) Existe el error de derecho que es la ignorancia del conocimiento de las reglas jurídicas o el conocimiento equivocado de estas. El error de derecho es inexcusable salvo para los menores de 25 años, las mujeres, los soldados.

El error puede versar sobre el negocio o sobre distintos aspectos de él.

2) Error in negotio existe un desacuerdo total entre lo que las partes han querido celebrar y lo realmente celebrado. Ocurre, si Ticio, cree haber dado una cosa en virtud de una compraventa, y Sempronio, cree haberla recibido en carácter de donación. No se produce el negocio.

3) Error in persona: Tiene lugar cuando se ha realizado el negocio con una persona distinta de aquella con la cual se ha querido celebrar el mismo.

4) Error in corpore: tiene lugar cuando se ha realizado el negocio sobre un objeto distinto del que creía celebrarlo. “Así, creo haber comprado el campo A y resulta que me han vendido el campo B”.

5) Error in sustancia: tiene lugar cuando recae sobre las características esenciales del objeto del negocio. “Así, por ejemplo, creo comprar una botella de vino y en realidad contiene vinagre”.

6) Error in quantitate: tiene lugar cuando recae sobre la cantidad del objeto. “Así, creo comprar 10 caballos, y en realidad la otra parte me ha vendido solamente 5”.

B) El dolo

Es toda clase de maniobra o manipulación engañosa que tiene como objeto provocar un estado de error en la otra parte con la cual se realiza el negocio. Se trata acá no de un error involuntario sino de un error provocado. Esto sería para los romanos un dolo malo, pero

también diferenciándose de esta definición estaba el dolo bueno, que eran normales artificios utilizados en los negocios.

a) Requisitos para que haya dolo

- 1) el dolo debe provenir de la contratante comercial y no de un tercero.
- 2) las maniobras dolosas deben haber sido causa determinante de la realización del acto.
- 3) debe ocasionarse un daño importante de carácter patrimonial.
- 4) no debe mediar dolo de ambas partes.

C) Violencia

En la violencia física alguien fuerza a otro a realizar un acto en contra de su voluntad, la consecuencia es que el mismo no trasciende a la vida jurídica el negocio por la falta de voluntad de la parte forzada.

En la violencia moral, se lleva a cabo un negocio por la coacción que alguien ejerce sobre la parte afectada en contra de su voluntad y obligarla a hacer algo que no quiere como en la violencia física.

Si se pretende la restitución delo entregado por miedo o el cuádruplo de su valor.

Para poder argumentar violencia se necesitan estos requisitos:

- 1) debe haber una amenaza injusta, es decir, el preanuncio de querer hacer sufrir a otro un mal. No es injusta la amenaza echa del deudor de demandarlo ante la justicia. No interesa si la amenaza proviene del que tiene interés en el negocio o de un tercero
- 2) el mal con que se amenaza debe ser grave o inminente.
- 3) debe estar dirigido a que la persona amenazada tenga que realizar el negocio jurídico.
- 4) la amenaza debe ser seria, capaz de impresionar a una persona.



### Los derechos patrimoniales

#### I. El patrimonio. Concepto

Patrimonium es lo recibido por el pater.

Un concepto que se le aproxima es el de pecunia: comprende las cosas corporales, los derechos y las obligaciones.

Dicho de otra manera es el conjunto de cosas que pertenecen a un sujeto que tiene la titularidad, son una universalidad jurídica, compuesto por las cosas materiales e inmateriales, (bienes, créditos, derechos, acciones) por ejemplo: un esclavo y una servidumbre. Para ser titular un patrimonio había que tener capacidad jurídica. Comprenden el concepto de patrimonio: la sucesión a título universal, la separatio bonorum, el beneficio de inventario.

#### Derechos reales y de crédito

Los derechos reales establecen vínculos entre las personas y las cosas. De éstos vínculos las acciones de reclamos que se puedan presentar posteriormente pueden ser in rem o un personam.

Son *in rem* las acciones relacionadas con la protección de los derechos reales, el objetivo es la res o cosa y su eventual obtención, restitución de quién la tuviese en su poder. El titular del derecho exige de la contraparte que se comprometió en el vínculo obligacional, ésta responsabilidad no se traslada a otro sujeto. Por ejemplo en los préstamos dinerarios o mutuo se le va a exigir la devolución del préstamo a quién se le ha realizado y no a un tercero.

Son *in personam* las relacionadas con exigirle a la contraparte que cumpla con lo que se había comprometido. Por eso se aplican a la protección de los derechos subjetivos obligacionales. El acreedor puede exigirle al deudor una obligación de dar, hacer o no hacer. Por lo tanto se tratan de conductas positivas o negativas.

## II. Las cosas. Concepto

Res en un sentido amplio es la cosa, por ejemplo: un esclavo, un fundo. Es todo lo que existe fuera del hombre libre. Comprende las relaciones patrimoniales en las que intervienen los sujetos y las cosas. No solo las materialidades sino también lo inmaterial, en éste último caso se trata de las cosas inmateriales, no pueden palparse o tocarse como los derechos o las obligaciones, en éste último caso no se refiere a la obligación de entregar una cosa que se puede ver o tocar, sino a la inmaterialidad del vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor.

La cosa es una entidad, aquello a los que los sujetos le han asignado un valor de carácter patrimonial. El fundamento del valor se encuentra en la utilidad, fin o servicio que presta, y sus características o condiciones de apropiación y pertenencia para un sujeto. Los vínculos entre las cosas y los sujetos están regulados por el derecho.

Desde otra perspectiva, también cosa o res se puede referir en un sentido amplio a bienes: materiales e inmateriales.

## Categorías

Res Divini Iuris: Res sacrae (vasos sagrados); Res religiosae (sepulcros); Res Sanctae (muros de las ciudades).

Res Humani Iuris: Res Comunes (aire, sol); Res publicae (caminos, ríos, etc); Res Universitatis (personas morales); Res Privatum: (patrimonios particulares).

### **Res extra commercio**

Comprende a las cosas susceptibles de ser objeto de relaciones jurídico-patrimoniales, porque así lo establece el fas o derecho religioso y establecido por ley positiva. Comprende:

### **Res divini iuris**

Son las consagradas a los dioses, no pueden ser objeto de relaciones patrimoniales. Estaban sometidas a la autoridad de los pontífices.

Esta categoría se encuentra integrada por las res sacrae, las res religiosae y las res sanctae.

### **Res sacrae**

Son las consagradas a los dioses superiores (templos, altares, bosques sagrados), eran los que habitaban en el cielo, se hacía por medio de una consecratio de los pontífices concurrente con el consenso del populus (ley, plebiscito o senadoconsulto; en períodos del imperio: de una constitución).

Las cosas sagradas solo pierden su carácter después de una ceremonia religiosa destinada a hacerlas profanas. Eran inalienables. La violación de una res sacrae estaba sancionada por el interdicto ne quid in loco sacro fiat y constituía un crimen.

## **Res religiosae**

Eran aquellas destinadas al culto de los dioses inferiores (manes), el terreno situado en el *ager romanus privatus*, en el que su propietario enterró a un hombre, sea libre o esclavo, pero no el de un enemigo del pueblo romano, y en que se construía su monumento funerario.

También podía haber *res religiosae* afuera de las ciudades, hacer inhumaciones en el interior de las ciudades.

A pesar del estar fuera del patrimonio de los particulares y eran inalienables los miembros de una familia o de una *gens* tenían el derecho de ser enterrados en una misma sepultura, transmitiéndose este derecho hereditariamente. La cenotafio (tumba vacía no se consideraba una *res religiosae*). En cambio sí se las consideraba con ese carácter a las tumbas de los esclavos, después de muerto no se lo considera *res*. Si alguien pretendía hacer una exhumación si permiso del pontífice o del Príncipe, se concedía al propietario una *actio in factum* para hacerse indemnizar en caso de que ocurriera tal cuestión.

## **Res sanctae**

Son las cosas puestas bajo la protección de los dioses mediante la ceremonia de la *sanctio*, se asimilan a las *res divini iuris*, aunque no están consagradas a los dioses. A tal clase pertenecen los muros y las puertas de las ciudades, a quien las violara se les aplicaba una pena una pena capital, por ejemplo cuando se le dio muerte a Rómulo por violar los muros de la ciudad (leyenda). Son las cosas que pertenecen a la divinidad y están protegidas contra la acción de los hombres

## **Res humani iuris**

Son las *res* que se encontraban por fuera del derecho divino, eran de derecho humano o profano.

A su vez se clasifican como cosas *extra commercium*:

Son aquellas que no pueden ser pasibles de actos jurídicos. Se subdividen en tres sub - clases: *res communes*, *res publicae* y *res universitates*.

### **Res communes**

La propiedad de ellas no le pertenece a nadie y es de uso común a todos los hombres, pertenecen a éstos en virtud del derecho natural, ningún sujeto se los puede apropiar para sí, por ejemplo: el aire, el agua, el mar y sus riberas.

### **Res publicae**

Son las que usan todos los hombres se diferencian de las cosas comunes, porque las *res publicae* son de propiedad del pueblo romano siendo su titular el Estado, con exclusión de cualquier otro pueblo, por ejemplo: las vías públicas, corrientes de aguas que nunca se secan –*flumen perenne*. En cambio las corrientes de aguas que se secan al cabo de un tiempo son de uso privado, por parte de los particulares.

Su uso se encuentra protegido por la *actio iniuriarum* y por *interdictos*. Tienen protección *interdictal*: Los ríos o cursos de agua de carácter permanente, sean o no navegables, las cosas que pertenecen al pueblo, destinadas al uso público, como las vías o calles, los puentes, los foros, las plazas, los teatros y los baños o termas; son como vimos, *extra commercium*. El carácter público se lo da el edicto denominado *publicatio*, están protegidas por los *interdictos*: *ne quid in loco publico facias*; *quo minus loco público*; *quo minus illi viam publicam*, cuando está la necesidad por parte de alguien de hacer arreglos, obras, en la vía pública y un tercero no se los permite, se evita que alguien entorpezca el buen uso público de las cosas que se refieren, o que se las destine a un uso privado o que se las dañe o que se frustre su reparación y cuidado por los particulares.

Por último, el mar y sus costas son también de uso público, no son declaradas por acto administrativo su cualidad proviene del derecho de gentes.

### **Res universitatis**

El término universitatis se refiere a las personas morales o jurídicas, si bien pueden ser titulares de cosas, no queda afectado su uso a éstas, sino que se aplican al uso común por su destino, por ejemplo: los teatros, las plazas, los baños públicos, los foros. No le pertenecen al Estado, para diferenciarlas de la categoría anterior.

Saliendo de la clasificación de las cosas extra commercium y continuando con la de Res Humani Iuris, continuamos con:

### **Res in comercio**

Son todas las cosas que están pasibles de ser objeto de actos jurídicos, son de posible apropiación.

### **Res privata o singulorum**

Son las que forman parte del patrimonio de los particulares y pueden ser objeto de diversas clases de actos negociales, ir ejemplo comprar, vender, negociar, etc.

### **Corporales e incorporeales**

Son corporales: quae tangit possunt o sea, las cosas que pueden tocarse o se perciben por los sentidos. En contraposición se le da el mismo nombre de cosas a las que no pueden percibirse por los sentidos, son incorporeales, quae tangi non possunt, allí radica el sentido de la segunda denominación.

Las cosas corporales se sub-clasifican a su vez en

## **Muebles e inmuebles**

Ésta clase de cosas nace como consecuencia de que las cosas pudieran o no moverse, trasladarse por sí mismas.

Los inmuebles eran res soli, cosas que no se pueden mover por estar adheridos al suelo, también quedaban comprendidas las cosas que se podían mover pero por medio de una fuerza externa.

Su importancia jurídica estaba en las diferentes formas de hacer la traditio siendo más fácil en el caso de las cosas muebles, porque simplemente se daba el objeto; en cambio en las inmuebles se podía hacer por la entrega de las llaves del almacén o la traditio vacua a la distancia. En la antigua acción de la ley por el Sacramento se llevaba ante el magistrado una parte del inmueble que lo representaba en el juicio como si estuviera presente la cosa en su totalidad, ante la imposibilidad de llevarla. La prescripción adquisitiva variaba según las cosas fueran de una u otra clase y en ambos casos se requería de una posesión previa sin vicios.

## **Cosas fungibles**

Son aquellas en que una hace las veces de la otra, al ser de semejantes características no importa a los fines jurídicos si se utiliza una determinada o su similar, al derecho le interesa que se use ella a los fines jurídicos requeridos, por ejemplo la cosa fungible por excelencia es el dinero, no importa si se entrega tas monedas o tales otras, lo que interesa es pagar y cancelar la deuda.

Su importancia jurídica estaba en la celebración del contrato de mutuo cuya esencia era el dinero en se devuelve el objeto equivalente.

Por acuerdo de voluntades, los sujetos pueden acordar que un objeto fungible no lo sea, por ejemplo cuando se presta una moneda para ser exhibida en algún lugar por un tiempo determinado se deberá restituir el mismo objeto, por lo tanto no está autorizado el consumo o el intercambio de ese objeto por otro similar, es lo que se denomina de ad pompam vel ostentationem.

## **Cosas no fungibles**

Son aquellas que, a diferencia de las anteriores tienen caracteres propios e individuales que las diferencian de otras, son en principio únicas, por ese motivo no pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad, cantidad, peso, medida, etc. en caso de que se perdieran. Por ejemplo un esclavo con determinadas cualidades que otros esclavos no tienen.

## **Cosas simples**

Son aquellas que forman un todo, una unidad, por ejemplo una piedra, un animal.

## **Compuestas**

Son las que formaban un todo ideal, se constituían la suma o agrupamiento de cosas simples, por ejemplo una casa, una embarcación.

## **Cosas consumibles**

Son consumibles aquellas cosas que se destruyen con el primer uso, ello ocurre, porque las características propias de la cosa hacen que sea así. Por ejemplo las frutas.

Desde el punto de vista jurídico una cosa consumible es aquella que está sometida a enajenación, como el dinero o las mercaderías que una persona tiene en su comercio para vender.

## **Cosas no consumibles**

Son aquellas que con su uso no se destruyen, sin embargo pueden sufrir con el paso del tiempo el deterioro normal de las cosas. Por ejemplo: el calzado.

Su importancia jurídica la encontramos en el instituto del usufructo, en que un sujeto puede usar y gozar de una cosa dejando a salvo su substancia, por lo tanto tenía que recaer sobre cosas no consumibles. Más tarde cuando parece la figura del cuasi usufructo se



permitía que recayera sobre cosas consumibles con la restitución a posteriori de una cosa similar, dándole una naturaleza jurídica particular a éste instituto.

### **Su importancia jurídica**

Que un objeto sea o no consumible depende de la naturaleza intrínseca de los objetos y no de la decisión humana.

### **Cosas principales**

Son aquellas cuya existencia y naturaleza dependen de sí mismas, le dan el carácter que se puede asignar a la cosa.

### **Cosas accesorias**

Son aquellas que dependen de la principal, tienen una función respecto de ésta, y así puede cumplir su destino y función, por ejemplo el marco respecto del cuadro, la estatua adherida al suelo.

### **Res mancipi y res nec mancipi**

Son la primera o la segunda según puedan o no ser adquiridas por la mancipatio.

La Mancipatio designaba un poder jurídico sobre las cosas y personas.

Solo podían transferidas mediante los actos solemnes de la mancipatio o la in iure cessio.

Son res mancipi los fundos itálicos, ubicados en el ager romanus, las primitivas servidumbres rusticas sobre ellos, los esclavos y las animales de carga de gran porte (bueyes, mulas y asnos), los caminos, los acueductos. También lo son los filii que se encuentran bajo la patria potestas y la mujer un manus. Ambos podían venderse, ello implicaba la suspensión de la patria potestas para el pater familias. El filius era entregado in causa mancipi cuando cometía un delito o

debía cumplir con una prestación, entonces era entregado a un tercero hasta que se cumplieran esos fines, después volvía bajo la potestas del pater, sin embargo después de la tercera entrega en causa mancipi salía de la misma.

Si la mujer quería desprenderse de ésta clase de cosas necesitaba de la auctoritas del tutor.

### **Res nec mancipi**

El resto de los animales como los corderos, las cabras, y todas las demás cosas, hasta el dinero y las joyas, además de los fundos estipendiarios y tributarios son res nec mancipi.

Se podían transferir por medio de la traditio, su forma de transmisión era más simple, sin formalidades a diferencia de las res mancipi, el mancipium implicaba una serie de solemnidades que rodeaban al acto y en cierta medida lo complejizaban.

Podían ser enajenadas por la mujer sin el consentimiento del tutor.

Estas categorías cayeron en desuso en época del bajo imperio y desaparecieron en tiempos de Justiniano.

### **Res nullius**

Son las que no le pertenecen a nadie, se encuentran los animales salvajes, las aves silvestres y los peces, a la isla nacida en el mar y a las cosas encontradas en la costa del mar como las perlas o piedras. Son de uso común para todos los hombres.

### **Res derelictae**

Son las que han sido abandonadas por su dueño, sin ánimo de recobrarlas.

## **Res sine domino**

Son las cosas que integran la herencia yacente, el esclavo manumitido bajo condición suspensiva mientras pende la condición, para los proculianos por ejemplo el ciervo dado en usufructo, la cosa legada per vindicationem antes de la aceptación de la herencia, el tesoro, las cosas del que cayó en poder de los enemigos.

## Según sus particularidades

### **Cosas específicas**

Se refiere al modo en que las cosas son señaladas o indicadas. Es cuando la cosa es señalada en su individualidad o por sus características propias, de modo que no haya lugar a dudas de que es a lo que nos estamos refiriendo. Por ejemplo el fundo Corneliano.

### **Cosas genéricas**

Son las cosas que son señaladas o indicadas como aquellas que tienen características comunes a otras y también por su cantidad.

### **Cosas Divisibles**

Son aquellas que por sus características pueden fraccionarse sin que por ello se pierdan sus cualidades esenciales, y cada parte, a la vez sirva para adquirir individualidad propia.

### **Cosas Indivisibles**

Son aquellas que, por sus características internas hacen que en caso de fraccionarse, se destruya la cosa, por ejemplo un esclavo.

Sepuede hacer referencia a las siguientes:

### Cosa Material

Es indivisible, cuando la partición puede provocar perjuicios a la cosa, lo que puede implicar también su extinción. Por ejemplo un animal.

### Cosa Ideal

Es cuando las cosas pueden dividirse por imposición de la ley o porque la ley lo permite, ya que pertenece a dos o más personas a la vez y es menester la partición para asignarle lo que le corresponde a cada una. No admiten división las servidumbres (res incorporalis).

### Cosas fructíferas

Son aquellas que devengan según su naturaleza y destino, periódicamente un producto o fruto, que se convierte al sepáraselo natural o artificialmente, en cosa autónoma, independientemente de la que la generó.

### Cosas no fructíferas

Son aquellas que no reúnen los caracteres señalados anteriormente.

## Derechos reales. Concepto y caracteres

Los derechos reales son aquellos que crean entre la persona (titular) y la cosa una relación inmediata y directa, por la cual el mencionado puede obtener una ventaja o beneficio sin la intervención de un tercero.

En cambio en los derechos personales no es directa entre la persona y la cosa sino es directa entre el deudor y el acreedor, siendo por lo tanto relaciones entre personas.

Se denominan a los derechos reales derechos absolutos:

- a) Porque si bien el beneficio es para una sola persona deben ser respetados por todos;
- b) conceden un derecho de preferencia, porque aquél que adquiere un derecho real sobre una cosa, la constitución posterior por otras

personas no afecta su derecho, sino que al momento de hacerlo valer se tendrá en cuenta al primero que lo haya constituido en el tiempo.

c) Solo puede tener como objeto una cosa de existencia actual.

d) Confiere un derecho de persecución, significa que el titular seguirá teniendo el derecho aunque la cosa se encuentre en manos de un tercero.

A los derechos personales se los denomina relativos:

a) Porque solo el deudor está obligado respecto del acreedor a hacerle la entrega de la prestación.

b) No se aplica el derecho de preferencia, ya que todos se encuentran en igualdad de condiciones, ya que un deudor puede obligarse con distintos acreedores, éstos se encuentran en un pie de igualdad, en principio deben ser pagados por igual.

c) Puede tener como objeto una cosa futura (por ejemplo, una cosecha), basta que el objeto exista cuando el deudor deba ejecutar su obligación.

d) La acción se otorga solamente contra el deudor, porque es el que tiene que cumplir con la prestación.

## **Los derechos reales o absolutos. Concepto**

Son los vínculos que el derecho regula y se dan entre las personas y las cosas. El sujeto que es titular de ellos puede tener una ventaja que proviene de la cosa en forma directa. Su titular es el único que se beneficia con exclusión de cualquier tercero.

Otorgan un derecho de preferencia para aquél que adquiera un derecho real, aunque aparezcan otros que también constituyan un derecho real sobre la misma cosa aunque haya sido con posterioridad.

Tiene como objeto una cosa de existencia real y actual.

El *ius persecuendi* o derecho de persecución lo tiene el titular del derecho real en contra de quién tenga la cosa en su poder, por ejemplo la acción reivindicatoria, en el derecho de propiedad, para reclamar la restitución de la cosa propia en manos de quién se encuentre.

## **Derechos personales o relativos. Concepto**

La vinculación no es tan directa entre la cosa y la persona como en el caso anterior. La cosa pasa a un segundo plano, los vínculos se establecen entre los sujetos, por ejemplo el deudor y el acreedor: si uno debe entregarle dinero al otro el mismo tiene desde ésta óptica jurídica una importancia secundaria.

El deudor está obligado personalmente al cumplimiento de su prestación.

No hay derecho de preferencia para los primeros que constituyeron los derechos personales, todos los créditos que pudieran existir se mantienen en el rango jurídico en el mismo grado, por lo que, los créditos serán satisfechos todos ellos pero en bajas proporciones (no no) para que no queden acreedores sin cobrar.

En los derechos personales, la acción que se otorga es solo en contra del deudor, es quién debe cumplir con lo adeudado.

Tiene como objeto una cosa de existencia futura, por ejemplo la cría que va a tener un animal. Porque lo que lo valida jurídicamente es su existencia al momento de satisfacer a la contraparte en la cancelación crediticia.

## **III. La Posesión**

### **Importancia histórica**

En la convivencia social y jurídica, se dieron una serie de situaciones conflictivas por las que aparecen las nociones de la posesión y de los derechos reales después con todas las figuras que fueron apareciendo a las que se les dio un formato jurídico.

Entre las distintas situaciones de sujetos que se disputaban un objeto podemos mencionar:

En la *legis actio per sacramentum*, el pretor otorgaba interinamente la posesión de la cosa litigiosa a una de ellas hasta que se dictara sentencia y se resolviera quién tuviera derecho sobre ella.

En otro caso, cuando se otorgaba la posesión provisoria de la *hereditas* respecto del heredero que la había reclamado por la *bonorum possessio*.

La posesión también se relacionó con otros institutos, como el contrato de locación de cosa, el depósito, el *usus* como forma de adquirir la *manus* sobre la mujer, por mencionar algunos.

## **Concepto de posesión**

Es una situación de hecho que se plantea entre una persona y la cosa en relación a su disponibilidad material y su protección jurídica a través de los interdictos.

Poseedor en principio, puede ser cualquiera: el acreedor prendario, por ejemplo; siempre que sea acorde al derecho y a la convivencia social pacífica. En los primeros tiempos las desposesiones eran violentas, por eso surgió la necesidad de que el derecho intervenga.

## **Elementos**

### **El corpus o elemento objetivo**

Es el contacto físico que se tiene con la cosa. La cosa se encontraba en poder de una persona, de manera que le fuese posible disponer en todo o en parte de ella.

### **El *animus***

El mero contacto físico es insuficiente, será necesario además que haya una intención del sujeto de querer tener el contacto físico con la cosa, tenerla para sí como si fuera el dueño, sabiendo que la propiedad le pertenece a otro. Luego se hizo extensivo a la vinculación entre éste y la cosa excluyendo a los demás.

### **La justa causa y la buena fe**

El derecho de propiedad y la posesión pueden o no coincidir, en el caso que no coincidan se le requiere al poseedor que tenga para sí la

cosa pero sabiendo que le pertenece a un tercero como se expresara con antelación, si esto ocurre está obrando de buena fe.

Además de la buena fe se requiere una justa causa de posesión, dicho de otra manera no me puedo apropiar de algo que no me pertenece por tener el corpus y el *animus*, sino que tiene que existir un título de carácter legal que justifique el motivo por el cual tengo la cosa conmigo, por ejemplo haberla locado.

El derecho pone límites a las turbaciones que pueda sufrir el poseedor, si el justo título y la buena fe no es suficiente, el titular tendrá la protección de los interdictos posesorios.

Otros ejemplos además del acreedor pignoraticio, que posee la cosa dada en prenda; también el poseedor precarista, que es aquel a quien se entrega una cosa cuya posesión puede ser revocable en cualquier momento, el secuestrario respecto de las cosas en litigio, o el enfiteuta.

## **Posesión y propiedad**

Si se colocara a los derechos reales en una escala jurídica jerárquica, la que estaría en la punta de la pirámide sería la propiedad. Es el derecho de máxima jerarquía jurídica al que podía aspirar un sujeto. La protección jurídica a través de la *rei vindicatio* y el goce de un corpus y un *animus* que tiene el propietario o *dominus* y con respecto a la cosa no lo tiene nadie más que él.

En la posesión encontramos un *animus* diferente al del propietario: es el de aquél que tiene la cosa para sí pero reconoce el derecho de propiedad en un tercero, por lo que no goza de la máxima jerarquía jurídica ya que se comporta como propietario sin serlo porque reconoce el derecho de propiedad en otro.

Los derechos de propiedad y posesión pueden coincidir, o no, en éste último caso se puede ejemplificar en la locación de cosa mueble, siendo el locatario el poseedor y el locador el propietario de la cosa locada.



La protección posesoria es a través de las normas emitidas por el pretor denominadas interdictos.

El derecho de propiedad es transmisible por vía hereditaria, el derecho posesorio no.

Para adquirir por *usucapio*, primero hay que poseer y de buena fe por parte del futuro adquirente, para después convertirse en propietario de ella por el transcurso de; un año para las cosas muebles y dos años para las inmuebles, por regla general. Sin dejar de lado otro de los requisitos fundamentales: la posesión tiene que ser *iusta*, o sea, no ser contraria al derecho; por eso el poseedor debe poseer sin violencia, sin clandestinidad y sin precariedad.

La posesión contraria a derecho es injusta y de mala fe, por lo que se trata de una elaboración primero práctica y después jurídica. La mala fe no es de los primeros tiempos en que era válido poseer y hasta apropiarse de las cosas del enemigo. Luego para acercarse a un orden social basado en la *aequitas* apareció el límite de la buena fe, sino se habilitaba a cualquier sujeto que tomara lo de otro y lo poseyera o se adueñara, como ya se dijo, sin una justa causa de dominio.

La posesión de mala fe provoca otras consecuencias: interrumpe la prescripción adquisitiva *-usucapio-*; también se pierde ante el reclamo *interdictal* frente al que no tiene una posesión viciada.

## Teorías de Savigny, Ihering y Saleilles

Ya vistos los conceptos de *corpus* y *animus* romanos. Con el paso del tiempo asociaban el corpus a lo meramente material. Consideraron la existencia de una relación inmediata y directa entre la cosa y el sujeto.

Después se produce una modificación acerca de la idea del corpus en la que se necesitaba además del contacto físico con la cosa, la posibilidad de estar en contacto continuo, la presencia.

Según Savigny, el animus que caracteriza a los poseedores es un *animus domini*, es la intención de tener la cosa como si fuera el dueño.

No la tienen los detentadores. No era necesario tener constantemente la cosa sino que, sino la posibilidad de tenerla en cualquier momento.

Si bien las fuentes romanas no hacen referencia al *animus domini* de los poseedores como en el acreedor pignoraticio, el secuestrario y el precarista, no se puede determinar que tengan esa intención de tener el *animus domini*. Por eso no puede afirmarse que se dé este requisito tan importante establecido por éste romanista en los mencionados casos. Diferencia entre el poseedor y el detentador (tenencia), el primero tiene el *animus domini*, el segundo no.

Para Ihering, no es poseedor el que tiene solo el corpus, sino que es necesaria la “conciencia” de querer tener la cosa y ejercer actos de disposición de la cosa. Esa conciencia es el *animus*.

De ésta conciencia carecen los dementes o el que duerme y sostiene la cosa en su mano, sin ninguna intención de mayor trascendencia que la cosa siga en su mano mientras duerme y quizá nunca lo sepa porque nunca pudo ser consciente de ello. Dicho de otra manera, no tienen *animus*. Por otro lado el autor destaca que aquellos que tienen *animus* no tienen protección interdictal, por ejemplo: el depositario, el locatario o el comodatario, considera que son casos excepcionales. La cosa está a disposición de ellos pero su intención no es utilizarla o servirse de ella como sus dueños, ya que reconocen el derecho de propiedad en un tercero. Se trataría de una detentación.

En cuanto al corpus es una relación flexible que se adapta distintas situaciones de hecho. El sujeto desde el punto de vista externo se comporta de manera similar que lo hace el propietario, ello depende del uso que se le dé a la cosa, las relaciones sociales o costumbres, etc. La posesión es el reflejo o la imagen del dominio, el poseedor es el propietario de hecho.

En cuanto a la prueba, para éste autor el poseedor tiene que acreditar que se ha comportado con la cosa como lo hubiese hecho el propietario, haya existido o no posibilidad física o contacto directo con el objeto.

## Saleilles

Su postura fue ecléctica. También sostiene la existencia de los dos elementos necesarios para tener la posesión: el *corpus* y el *animus*. Define al *corpus* como la relación de apropiación económica con carácter permanente, hay un vínculo de explotación económica de la cosa puesta al servicio del individuo, entre esos hechos y la cosa que tiene como objeto.

### **Adquisición de la *possessio***

Eran necesarios los dos elementos de la posesión: la disposición material de la cosa (*corporepossidere*), e intención de tenerla como dueño (*animuspossidendi*), tienen que estar indefectiblemente los dos.

### **Adquisición personal o por intermedio de un representante**

En ambos casos se requería tener capacidad jurídica. Al principio era un acto personalísimo, no se podía delegar en terceros. El representante que apareció con el paso del tiempo fue el *procurator omnium bonorum*, dicho *procurator* era un liberto que administraba el patrimonio de su antiguo *dominus*.

- a) Personalmente: Se requería que el adquirente tuviera el *animus*, primero y el *corpus* después.
- b) Por terceros: es el caso de la representación a través del mandatario: previo celebrar el contrato de mandato, actuaba a favor de su representado ya que era el que le había dado la encomendación de la realización de dicho acto jurídico, el mismo tiene efectos a partir de la adquisición de la posesión. Otra forma de adquirirla era a través del gestor de negocios, éste no realizaba el acto de adquisición de la propiedad con el encargo de su representado, sino que éste tomaba conocimiento después, y cuando ratificaba el acto realizado por el gestor el mismo tenía plenos efectos jurídicos.

Para adquirir el corpus celebra el acto que haría personalmente el representado. En cuanto al *animus* se requería: que el representante deje en claro que la adquisición se hace para el representado sino quedaba para sí.

## **Pérdida de la posesión**

- a) Cuando se perdía alguno de sus elementos: el corpus, el *animus* o ambos.
- b) Cuando el objeto perecía.
- c) Cuando el objeto se transformaba en extra *commercium*.
- d) Por la acción de un tercero, por ejemplo que le saque la posesión de la cosa a su titular.
- e) Por muerte del titular del derecho.
- f) Por abandono del objeto por parte de su titular.
- g) Por sufrir una *capitis deminutio* máxima.
- h) El requisito del *animus* excluye que la posesión sea adquirida por el loco, por el que duerme, por el infante, y hace necesaria la *auctoritas tutoris* para la adquisición del impúber; excluye también que la posesión pueda ser adquirida por quien recibe la cosa con la intención de tenerla alieno nomine.
- i) Si para la adquisición se requiere el concurso de ambos elementos, resulta de ello que para la pérdida de la posesión basta con que falte uno solo.

## **IV. La posesión y su protección jurídica**

### **Los interdictos**

Interdicto proviene del latín *intercedir* que significa impedir.

El edicto era la normativa creada por el Pretor, de carácter general y obligatorio. A esa creación, en su conjunto se la llamaba derecho pretorio. La norma podía: prohibir, restituir o exhibir. Respondiendo

a la casuística romana, la norma dictada por el pretor para resolver un caso particular se denominaba interdicto, éstas eran las dos clases de normas de éste magistrado.

Al principio ésta normativa sirvió para la protección de las cosas divinas, los interdictos eran de dos clases: uno de carácter prohibitivo: defendía el ataque que se realizaban a dichos lugares; y el otro de carácter restitutivo: se disponía restablecer las cosas a su estado anterior.

Cuando alguien hacía algún reclamo que debía resolver el pretor o el próconsul, si consideraba que el mismo podía prosperar, el interdicto consistía en una orden de carácter imperativo en que se mandaba a hacer algo o se lo prohibía, y el litigio quedaba solucionado si la contraparte cumplía con la orden del magistrado y con la peticiones del demandante.

Sin embargo a veces no ocurría de la manera descripta antes, ya sea porque el demandado se negaba a cumplir con lo ordenado por el magistrado o negaba lo invocado por la contraparte. Se abría entonces la etapa en la que intervenía el *iudex* o tribunal de los *recuperatores* para que determinen si se transgredió lo ordenado por el interdicto y que el litigio se resolviera de manera definitiva.

Con el paso del tiempo se protegieron las cosas públicas.

La normativa del pretor era para completar las ausencias de regulaciones por parte de la ley en materia policial y de policía, sumarias, rápidas, expeditivas para asegurar el orden público en el caso de la vulneración de los derechos de los particulares.

## **Clasificación de los interdictos**

Podían ser prohibitivos, restitutorios y exhibitorios.

Los prohibitivos: Impedían la realización de algo, por ejemplo: no ejercer violencia sobre el derecho legítimo de un tercero; edificar en un lugar sagrado. En lo que respecta a la posesión tenemos el *Utrubi* y el *uti possidetis iuris*.

Los restitutorios: Ordenaban devolver algo, por ejemplo la restitución de la posesión del un fundo por el cual se lo había despojado por la violencia. En el derecho posesorio encontramos el *unde vi* y de precario.

Los exhibitorios: Por ellos el magistrado ordenaba la exhibición de una cosa; por ejemplo al individuo cuya libertad estaba en litigio (*libero homine exhibiendo*); también cuando se le pedía al *pater* exhibir a los hijos sometido a su *potestas*.

Se conoció otra clasificación de los interdictos, estos podían ser:

### **Simples**

En ésta clase de interdictos había dos partes: el actor y el demandado; de manera obligatoria la condena debía recaer sobre el demandado. Comprendía los interdictos restitutorios y los exhibitorios; el demandante pedía la exhibición o restitución de alguna cosa.

En cuanto a los prohibitorios, podían ser simples o dobles. Por él el pretor establecía la prohibición de hacer alguna cosa en un lugar sagrado, en el cauce, en la orilla de un río. El demandante quería impedir que se hiciese algo y el demandado el que quería hacerlo (interdicto prohibitorio simple).

### **Interdictos posesorios**

Explicados los interdictos y su origen se pasa ahora, a la materia interdictal posesoria. Eran órdenes emanadas de los magistrados con el fin de proteger la posesión, en los siguientes casos:

Por turbación de la posesión; el fin del interdicto era conservarla y mantenerla.

Cuando se producía la pérdida de la posesión, el interdicto servía para ordenar su restitución. Eran los *retinandae possessionis* y los *recuperandae possessionis*.

También había otra categoría de interdictos; los *Adipiscendae possessionis* que servían para adquirir la posesión por primera vez.

Retomando lo expresado al principio del título que, la protección interdictal al principio se hacía sobre las cosas sagradas con el paso del tiempo se extendió la protección a los intereses de índole privada y a las cuestiones relacionadas a la libertad de los sujetos.

### **Interdictos *retinendae possessionis***

Cuando el titular perdía el objeto a causa de hechos realizados por terceros, como podía ser el intento de desapoderamiento, había herramientas jurídicas para recuperarlo. Así parecieron los interdictos *retinendae possessionis* se aplicaban cuando el poseedor sufrió o tenga razón para temer molestias o turbaciones; y su tratamiento varía según se trate de cosas muebles o de cosas inmuebles o muebles. La característica de éstos interdictos era, que tenían un carácter preliminar al relamo de propiedad, se trataba de determinar cuál era la situación de las partes, retener la posesión hasta que se determine después el derecho de propiedad.

Para las cosas inmuebles se utilizaba el interdicto *uti possidetis: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis. quominus ita possi- -deatis, vim fieri veto.*

Para las segundas el interdicto *utrubi: Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit. quominus is eum ducat, vim fieri veto.*

Para los inmuebles se protege la posesión: actual (“uti... possidetis”), para los muebles prevalece, entre los dos contendientes, el que ha poseído por más tiempo durante el último año.

Se tenía que poseer sin vicios respecto del demandado, sin violencia, sin clandestinidad.

### **Los interdictos *recuperandae possessionis***

Son el *unde vi* y de él se deriva el *de vi armata*. Se requiere, como su nombre lo indica, el ejercicio de la vis o violencia. Éste era el despojo ilegítimo de la posesión de un inmueble por medio de la fuerza.

La fuerza ejercida podía ser a través de las armas o sin ellas, en el último caso es la simple violencia. Si la vis es armada no se le daba la *exceptio* para que opusiera el demandado, pero ésta sí era concedida si la vis era simple, clam o de precario.

### **De precario**

Se daba a favor de quién había dado la cosa a título de precario. Era un acto por el cual se concedía gratuitamente el uso de una cosa o derecho bajo la condición de poder revocarla en cualquier momento.

### **De clandestina *possessionem***

Se daba a favor de aquél que había sido despojado de la cosa en forma oculta, lo que significa un despojo en un grado mayor de indefensión.

### **Los interdictos *Adipiscendae possessionis***

#### *Quorum bonorum*

Se otorgaba la posesión de los bienes hereditarios al *bonorum possessor*. Éste último era quién había reclamado su derecho a heredar ante el pretor. Se reclamaba de quién lo tuviera en su poder por intermedio de éste interdicto

#### *Quod legatorum*

El legatario tenía que recibir la cosa legada, si el heredero no había cumplido con ésta carga impuesta legalmente era obligado por medio de éste interdicto.

#### *Interdictum Possessorium*

Se otorgaba a favor del *Bonorum Emptor*, era aquél que había adquirido el mayor porcentaje del patrimonio del deudor insolvente, que fue sido ejecutado por el procedimiento concursal de la *bonorum venditio*. Se le otorgaba la posesión de dicho patrimonio.



### *Interdicto Salviano*

Por medio de éste se le permitía al locador de un fundo retener para sí los instrumentos destinados al trabajo de labranza y cultivo de la tierra. Los tomaba en prenda como una forma de garantizarse el pago de la locación. Cumplida ésta cuestión se los restituía al locatario.

---

# Derecho real sobre cosa propia: La propiedad

### I. Derecho de Propiedad

Siguiendo con el estudio de los derechos reales, hay que distinguir dos clases, los que recaen sobre cosa ajena y los que recaen sobre cosa propia. Lo que se verá a continuación es el derecho real sobre cosa propia, siendo uno de los más completos desde el punto de vista jurídico, con sus particularidades y su protección jurídica, es el denominado dominium o derecho de propiedad o la plena in re potestas.

#### Concepto de propiedad

Es el poderío o señorío mayor de derecho que ejerce el titular (propietario) sobre la cosa. Al principio se lo denominaba “derecho de dominium”, dicho de otra manera “lo que viene del señor”, ese es el origen de señorío jurídico.

#### Elementos

Corpore: Se requiere de la existencia de la cosa, de la materialidad.

El ejercicio del derecho de propiedad implica:

- a) El *ius possidendi* o derecho de poseer la cosa: puede o no coincidir con el derecho de propiedad, por ejemplo el *dominus* se sirve de la cosa como mejor considere en su beneficio, en cambio el poseedor que no es propietario se sirve de la cosa porque hay un título que así lo avala por ejemplo de inquilino; y se sirve de la cosa comportándose con ella como si fuera propietario de la misma.
- b) El *ius utendi* o derecho de usar la cosa: consiste en servirse de la misma sacándole el provecho necesario.
- c) *Ius fruendi* o derecho de gozar de los frutos de la cosa. Hay una definición romana que dice que fruto es: todo lo que nace y renace conforme a destino. Hay cosas que siempre dará el mismo fruto, por ejemplo: la vid siempre dará uvas, y éste dar será el carácter periódico o reiterado en el tiempo según las estaciones del año y los ciclos de la naturaleza. El fruto se constituye por lo tanto en parte de la cosa y nace según el destino de ésta.

Es importante definir el *fructus*, para diferenciarlo del producto, éste, es algo que fue o perteneció a la cosa, se separó de ella pero no tiene periodicidad, por ejemplo la rama de un árbol.

- d) *Ius abutendi* o derecho de disponer de la cosa. No se refiere al abuso, en Roma el propietario no podía hacer lo que quería, por ejemplo si el pater malgastaba su patrimonio caía en interdicción, ello demuestra que el derecho de propiedad “abusivo” no existía como tal. El *ius abutendi* se entiende como “disponer libremente”, ello lo hace el que vende, el que grava la cosa.

## El producto

Es lo que en otro momento pertenecía la cosa y ya no le pertenece más. No se caracteriza por su periodicidad, en cambio el fruto sí, ya que la cosa lo da por un largo período. Por ejemplo el ternero que

nace de la vaca es un fruto, pero si a la embarcación se le desprende un mástil y no se vuelve a colocar o no se puede volver a colocar es un producto y no un fruto, porque no hay periodicidad.

## Caracteres de la propiedad

- a) Es Absoluta: El propietario puede hacer con ella lo que quiere encontrando su límite en la convivencia con los demás miembros de la sociedad determinados por ley. Más en detalle sobre éste tema se verá cuando sea tratado el tema de las servidumbres.
- b) Es exclusiva, porque cada uno ejerce su derecho sin intromisiones de terceros, se pueden encontrar limitaciones en la ley y en la voluntad de las partes que crean las servidumbres. Estas limitaciones son de carácter excepcional en el sentido de que, la regla general es el ejercicio del derecho y en determinados casos, que son los previstos por la ley ese ejercicio del derecho de propiedad va a hallarse restringido.
- c) Es perpetua, porque es indefinido en el tiempo no tiene un plazo de duración.
- d) Es irrevocable: una vez que se adquirió la propiedad la misma no puede cesar por la voluntad de un extraño. Pero encontramos dos excepciones:
  - 1) La *revocatio ex tunc* (desde entonces): Hay casos en los que, en la venta se podía estipular el plazo de mejor comprador, por ejemplo vendo una cosa y estipulo con la contraparte que si en el plazo de un año aparece alguien que ofrezca un mejor precio, se revoca la venta y el derecho adquirido por el comprador es nulo, se trata de la revocación ex nunc, desde que él la adquirió.
  - 2) La *revocatio ex nunc* (desde ahora): si se gravó un fundo o se lo ha hipotecado, al aplicarse el principio de que nadie puede transmitir mejor derecho que el que tiene a un tercero, al revocarse el dominio resultan perjudicados los terceros que

han contratado con el adquirente primitivo de la cosa. En las revocaciones ex nunc (desde ahora), se respetan las situaciones y las revocaciones tienen consecuencias para el futuro.

## Limitaciones

Son imposiciones de la ley al ejercicio del derecho de propiedad. Estas limitaciones respondían a un interés público o privado.

- a) Limitaciones que responden a un interés público:
  - 1) Al propietario de un fundo que limitaba con un río navegable. El mismo tiene la obligación de dejar una franja de 35 metros de ancho que corre paralelamente a las márgenes del río, en la que es propietario pero no puede hacer edificaciones. Se hacía con el fin de dar facilidades a la navegación.
  - 2) La obligación de seguir la línea de edificación, también se cuidaba la conservación de los caminos.
  - 3) El derecho al filón: en caso de descubrirse una mina, el propietario tenía que permitir que dentro de su terreno el descubridor realizara cateos.
- b) Limitaciones que responden a un interés privado:
  - 1) Las disposiciones de la Ley de las XII Tablas prohibía que el propietario cultive su campo o edifique hasta la línea divisoria de los frutos vecinos, debía dejarse libre un espacio de dos pies y medios. Por eso una franja de terreno de cinco pies (dos y medio de cada lado), separaba los fundos de tierra (*confinium*) y las casas (*ambitus*), esta separación se hacía para evitar el contacto de los dioses de una familia con los de la vecina.
  - 2) Otra limitación de ésta *Lex* es la que se refiere a los árboles. Si los árboles de una casa expandían sus ramas sobre la casa del vecino y pasaban a más de quince pies de altura, el vecino podía mandarlas a cortar, si después de pedirle al dueño del árbol que las cortase no lo hacía.

- 3) Cada propietario tenía que permitir que las aguas de lluvia pasasen por su terreno, ello encontraba su explicación en que se trataban de pueblos pastores que carecían de agua o la tenían muy lejos.

## II. Evolución de la propiedad romana

Al principio cuando el *pater familias* era el representante supremo de la familia la propiedad era colectiva. Con el paso del tiempo se fue formando la propiedad individual. Esta última es lo que más se parece al concepto de propiedad que conocemos en la modernidad: se componía de las cosas muebles, rebaños, armas, bronce y collares y otros elementos obtenidos del enemigo en las guerras. Los lugares en los que iba a vivir cada familia se dividió entre éstas y así se cultivaban los suelos asentándose en esos lugares y abandonando la vida nómada que en otro momento los había caracterizado.

Al principio, lo que surgió fue la propiedad de las cosas muebles, ya que el hombre primitivo se dedicaba a la caza, a la pesca y a tener pieles de animales para cubrirse.

En la historia de las sociedades primitivas la propiedad atraviesa tres fases:

- a) La comunidad agraria: las extensiones de tierra pertenecen a toda la comunidad, llamada gens.
- b) La propiedad familiar: Cuando cada familia se constituye como propietaria de la tierra que se transmite de varón a varón.
- c) La propiedad individual, cuando el terreno pertenece a cada sujeto en particular, surgiendo la característica de la propiedad exclusiva.

En los comienzos de la historia de Roma el *ager romanus*, perteneció primero al pueblo, luego se convirtió en propiedad privada por concesión del Estado. Otros dicen que la gens primitiva tuvo durante mucho tiempo la propiedad común de las tierras que les pertenecían fuera de Roma.

En los orígenes Rómulo dividió a Roma en treinta curias, y en tiempos de Numa Pompilio se le concedió a cada *pater* una parte igual de dos fanegas o *jugera*. Se trataba de una medida de un cuarto de hectárea era el espacio suficiente para que se pudiera arar con una yunta de bueyes, e instalar una casa con jardín. A éste lote se lo llamó *heredium* o *vitus*.

Existían en común tierras para el pastoreo.

Los nuevos territorios que se conquistaban pasaban a pertenecer al *ager publicus*, sin embargo una parte estaba destinada al *ager privatus*, por lo que hay que distinguir las tierras cultivadas y las tierras incultas.

- a) Las tierras cultivadas se enajenaron a los particulares por tres procedimientos:
  - 1) En tiempos de Tulio Hostilio y sus sucesores, hubo distribuciones gratuitas entre los ciudadanos pobres, se le daba siete fanegas a cada uno y al terreno repartido *virtim*, se lo llamó *viritanus ager*.
  - 2) En tiempos de la República y del Imperio se realizaron ventas por medio de los cuestores, a éstos terrenos se los denominaban *agri quaestorii*.
  - 3) En algunas ocasiones se asignaron tierras a los veteranos como formas de compensarlos y a los ciudadanos que iban a fundar colonias, se llamaban *agri assignati*.

Los terrenos que se convertían en propiedad de los particulares tenían que ser limitados por los agrimensores, éstos terrenos debían el nombre de *agri limitati*, se hacía un plano que servía como medio de prueba, el que violaba los límites era declarado sacer y se le podía dar muerte.

- b) Con respecto a las tierras incultas, se estableció que todo el que quisiera podía ocupar cierta parte y cultivarla, a cambio de pagar al Estado un censo que justificaba su derecho de propiedad, a éstos territorios se los denominaba *agri occupatorii*, no dejaban de formar parte del *ager publicus*, el ocupante tenía la posesión pero no la propiedad.

Otra cuestión relacionada con la propiedad romana son los latifundios que estaban en manos de los patricios, cultivados por sus esclavos o clientes, desde los primeros tiempos el *ager públicos* se encontraba en poder de éstos por eso siempre las reclamaron como propias, hubo crueles disputas, lo que posteriormente dio nacimiento a las leyes agrarias.

### III. El *dominium quiritario*

Los romanos, al principio admitían una clase de propiedad: el *dominium ex iure quiritium* que se adquiría por determinados modos, para ello se requería:

- a) La idoneidad jurídica del sujeto: Debe tener el *ius commercium*, ser ciudadano romano o latino que gozara de él.
- b) La cosa debe ser idónea: No debe tratarse de un fundo provincial, tributario o estipendiario.
- c) Medio idóneo de transmisión: Los romanos daban mucho valor a como se transmitía la cosa, el medio debe ser idóneo, por ejemplo, el esclavo no debe ser transmitido por la tradición.

No existe dominio quiritario cuando:

- a) Falta el *commercium*. Ni el peregrino ni el latino pueden tener la propiedad romana, se trataría de una propiedad natural que se encontraría bajo la protección del pretor, llamada *propietas territorie pretoris*.
- b) Si falta la idoneidad de la cosa: Hay que distinguir a los fundos en itálicos o provinciales y éstos a su vez se distinguen en sometidos al emperador o al Senado. Los titulares de los fundos provinciales serán simples poseedores. La distinción entre fundos itálicos y provinciales va desapareciendo de a poco y en la época de Justiniano se limita a la usucapión y a la prescripción por largo tiempo, luego desaparece ésta distinción.
- c) Si falta un medio idóneo para la transmisión.



#### IV. La propiedad *bonitaria*. Excepciones pretorianas.

##### La *actio publiciana in rem*

La propiedad de las cosas *mancipi* se podía transferir solo por los modos del derecho civil como la mancipatio, la *in iure cessio* y no por la simple tradición. Si el propietario de una cosa *mancipi* la entrega por *traditio*, la propiedad no queda trasladada según el derecho civil conservando el dueño la propiedad quiritaria, porque para que ella opere era necesaria la existencia de un medio idóneo de transmisión.

La usucapión es la adquisición de la cosa por el transcurso del tiempo, siendo de un año para las cosas muebles y de dos años para las inmuebles. Mientras no hubieran transcurrido los plazos señalados se tenía la propiedad *in bonis* de ellas, según el derecho natural, el adquirente que tenía la cosa *in bonis* era propietario *bonitario* y el que había querido transferir la cosa *mancipi* por ese medio inadecuado, era el propietario quiritario.

Las ventajas concedidas al propietario *bonitario*, durante la transmisión de esos plazos eran:

- 1) Un esclavo fue transmitido por *traditio*, el propietario de mala fe quiere reivindicar a ese esclavo, el pretor defiende al propietario *bonitario* a través de una *exceptio doli*, pero como era incompleta el pretor le da otra defensa que era la *exceptio rei venditae et traditae*. Es la excepción de que la cosa fue vendida y entregada y por medio de ella el propietario *bonitario* rechazaba la *reivindicatio*.
- 2) Sin embargo éstas dos defensas resultaron insuficientes, podía ocurrir que el esclavo se hubiera perdido y fuera tomado por otra persona, debido a que no ha transcurrido el tiempo de la *usucapio*, no puede ejercer la acción reivindicatoria sino con la autorización del propietario quiritario. Interviene el pretor y mediante una ficción supondrá que el término ha transcurrido, dándole la *actio publiciana in rem*, que le permitía triunfar incluso frente al propietario quiritario. El fin de ésta *actio* es igual al de la *reivindicatio*: la devolución de la cosa propia.

## Propiedad provincial

Al principio el terreno de las provincias perteneció al Estado por el derecho de conquista, los particulares no podían ser propietarios sino poseedores y tenían que pagar al Estado que conservaba la propiedad de los fundos provinciales, un *censum* llamado *tributum* o *stipendium*.

Los poseedores de los fundos provinciales solo tienen la posesión y el usufructo. Teniendo una propiedad imperfecta. Las consecuencias eran:

- a) Cuando morían el derecho que tenían sobre el fundo pasa a sus herederos.
- b) Puede transmitir el derecho inter vivos por *traditio*, no tiene la *usucapio* pero sí la *praescriptio longi temporis*.
- c) No tienen la *reivindicatio*, pero se ejerce una *actio in rem* especial.

La condición de los fundos provinciales se fue modificando con el paso del tiempo y los emperadores acordaron a ciertas provincias al ser asimiladas al suelo itálico, se llamaron *ius italicum*.

Ello implicaba el abandono del derecho de propiedad por parte del Estado y los particulares podían tener el dominio quiritario sobre esas tierras, no debían pagar el impuesto territorial.

Justiniano eliminó toda distinción entre la propiedad privada del pueblo de las provincias y el suelo itálico.

El otorgamiento del *ius italicum*, desde ese momento tenía interés fiscal, pero desde Diocleciano Italia estaba sometida al impuesto territorial.

## V. Protección jurídica al Derecho de Propiedad: La acción reivindicatoria

### Definición

Era una acción *in rem* por la cual el propietario *ex iure quiritium*, o sea el propietario de la cosa por el derecho civil, reclamaba la restitución de la cosa que le pertenece y que se hallaba en poder de un tercero que no ostentaba el título de propietario que él sí tenía; por

ejemplo la reclamaba de un inquilino (contrato de locación vencido), de un tenedor, de un depositario, por mencionar algunos casos.

El demandado: Como dije anteriormente, le reclamaba la cosa a quién la tuviere en su poder, que podía ser cualquier persona, también prosperaba contra los *fictipossesores*: eran aquellos que poseían para otros para ser evitados ser alcanzados por la demanda. Si alegaba algo en su favor tenía que probarlo.

### **Objetos sobre los cuales recae**

- a) Cosas muebles e inmuebles, que se encuentren *in commercium*.
- b) Las que pertenecen a la propiedad privada.
- c) Los créditos no se reivindicán porque no son cosas materiales.
- d) Las cosas debían ser corpóreas.

### **La demanda**

Cuando el actor (propietario de la cosa) entablaba la demanda debía especificar de manera fehaciente el objeto a reclamar, lo detallaba de mejor manera posible para que no hubiera lugar a dudas de qué era lo que reclamaba. Por ejemplo: si se trataba de un esclavo había que decir no solo su nombre sino también su edad, características físicas, si era niño, joven o mayor, la edad, el sexo, el lugar en donde se hallaba, el nombre del *dominus* que lo tenía en su poder, etc. Con el objetivo de diferenciarlo de otros esclavos que tuvieran nombre similar y no se generen confusiones al momento de reivindicarlo, o peor aún, finalizara la demanda por no tener especificado con claridad al objeto.

### **Antes de la *litis contestatio***

Desde que quedaba iniciada la demanda se hacía la *vindicatio* sobre la cosa como se hacía en el sistema de las *legis actionis*, el acto ante

el magistrado en el cual las partes simulaban un combate con la vara o *festuca*, y pronunciaban palabras solemnes por la cual, cada uno reclamaba su derecho.

Había que distinguir si el demandado había obrado de buena fe o no; en el primer caso, en el derecho clásico se podía quedar con los frutos que hacía suyos antes de la *litis contestatio*, en tiempos de Justiniano solo se beneficiaba con los ya consumidos y debía devolver los que conservaba, en cambio el de mala fe adeudaba los frutos percibidos, consumidos o no consumidos. En el año 369 una constitución de Valentiniano obligaba al poseedor de mala fe a devolver con los frutos percibidos, el valor de los que hubiese dejado de percibir por descuido y la misma sanción se aplicaba después de la *litis contestatio* al poseedor de buena o de mala fe.

Cuando se trataba de un poseedor de mala fe otra de las consecuencias que traía era la interrupción del plazo de la usucapión.

## **Después de la *litis***

Una vez que quedaba trabada la *litis contestatio*, las partes eran asistidas por los *oratores*, eran aquellos que si bien no manejaban la técnica jurídica, utilizaban el arte del convencimiento al *iudex*, basándose para esgrimir sus argumentaciones en las pruebas independientemente de que su cliente tuviera o no la razón, se dirimían cuestiones de hecho, para las cuestiones de derecho (*quaestio iuris*) se debía recurrir a quienes entendían de derecho.

## **Los medios de prueba**

Aquí seguimos dentro de la *litis contestatio*, cada parte pretendía hacer valer sus afirmaciones basándose en distintos elementos de prueba a saber, la carga de la prueba incumbe al actor:

- a) La confesional: era una declaración jurada del actor que se hacía bajo juramento.
- b) Testimonial: se requerían de testigos que tuvieran capacidad jurídica para testificar.

- c) Los *instrumenta* pública: Eran los documentos que se realizaban en presencia de un funcionario que actuaba por delegación del Estado, por ejemplo los notarios del foro.
- d) Los *instrumenta privata*: Eran los documentos que se suscribían entre particulares y los mismos en presencia de testigos firmaban y sellaban.

## La sentencia

Era la decisión final del *iudex*, la sentencia podía condenar o absolver al demandado.

En caso de que lo condenara podía:

- a) ordenar la restitución de la cosa litigiosa, con sus accesorios, por ejemplo cinco esclavos, siete bueyes, etc.
- b) En el caso que fuese una suma de dinero, se ordenará la devolución de su equivalente a ello se suman los intereses que se devengaron desde la interposición de la demanda.
- c) Si el demandado fue negador del derecho que le asistía al actor, pagará una suma adicional a título de multa, por recalcitrante.
- d) En el caso de que al momento de la restitución se tratara de un objeto, y éste no estuviere presente para ser devuelto, hay que determinar por qué motivo ello ocurrió:
  - 1) Si fue por negligencia, deberá pagar una suma equivalente por el valor que tuviera la cosa.
  - 2) Si fuera por caso fortuito o fuerza mayor, no deberá responder por ello.
  - 3) Si la pérdida fue por dolo, se le aplicarán al demandado las disposiciones reguladas por la *Lex Aquilia*, respecto del daño causado sobre cosa ajena y su correspondiente indemnización delictual.
    - a) Los gastos: Pero el poseedor podría haber hecho gastos en beneficio de la cosa reivindicada. En las restituciones que

debe hacer se le resta los gastos realizados para el cuidado de la cosa, los gastos debía ser:

- 1) Indispensables: éstos deben indemnizarse.
- 2) Útiles: No hay obligación de indemnizar, pero habiendo un enriquecimiento sin causa, se puede llegar a la indemnización por ese camino.
- 3) De adorno: En éstos no existe más derecho que el *ius tollendi*, o sea el derecho de llevarse la mejora.

Una vez que se establecen las restituciones el juez ordena al demandado la ejecución. Si obedece o la cosa se perdió por caso fortuito o fuerza mayor, el juez lo absuelve. Si no cumple con la orden judicial, es condenado.

## La sentencia era apelable

Otras defensas:

Si bien la *reivindicatio* es la máxima defensa jurídica que podía tener un propietario, había casos en los que el atentado o la turbación no eran tan graves, entonces se recurre a defensas de carácter personal:

- a) Se le concede al propietario la acción negatoria contra aquél que pretende tener una servidumbre sobre fondo propio.
- b) A quién es víctima de *furtum*, se le da la *actio furti*.
- c) El que sufre un daño en la cosa de su propiedad se le da la *actio legis aquiliae*.
- d) La acción *ad exhibendum* se da en contra del que posee una cosa objeto de *furtum* o que la ha dejado de poseer por dolo, entregando la cosa a un tercero o destruyéndola. El demandado tiene la obligación de exhibir la cosa y si no puede deberá pagar su valor estimado. En muchos casos se utiliza para preparar la reivindicación.
- e) El propietario de un fundo sirviente amenazado por los trabajos hechos por el propietario de un fundo dominante por el cual cambiaba el curso de las aguas de lluvia tenía la *actio*

*aquae pluviae arcendae*, para hacer restablecer el estado primitivo, o sea, anterior al perjuicio sufrido.

- f) *La cautio damni infecti* garantizaba a una persona contra un daño no causado pero inminente (ruina de una pared vecina, por ejemplo).
- g) Los trabajos clandestinos o violentos realizados por el vecino que le causan perjuicio al propietario, son suspendidos por el ejercicio del interdicto *quod vi aut clam*.
- h) La denuncia de obra nuevas, *operis novatio nunciatio*, permite obtener la suspensión de trabajos que causen perjuicios al propietario del fundo vecino.

## VI. Adquisición de la propiedad

### a) Modos de adquirir por el derecho civil

La transmisión del patrimonio de una persona a otra opera *universalitatem*, o sea, como universalidad jurídica, a través de dos maneras: inter vivos, como ocurría con el procedimiento concursal de la *bonorum venditio* que traía aparejada la tacha de infamia; y mortis causa, cuando fallecía una persona instituía un heredero que lo continuaría en su personalidad jurídica.

Lo manifestado aparecía en contraposición con la transmisión de bienes a título particular, es cuando una persona adquiere la propiedad de una o varias cosas determinadas para que ingresen a su patrimonio, sin responder por las deudas del transmitente, a diferencia de lo expresado en el párrafo anterior, en el que el heredero debía satisfacer a los acreedores del causante o de *cujus*, o en el caso de la *bonorum venditio*, en el que el adquirente era el que pagaba el mayor porcentaje de las deudas de ese deudor que era ejecutado.

Los modos de adquirir a título particular se podían realizar según las formas contempladas por el derecho civil y según el derecho de gentes.

Por lo tanto tenemos:

## Modos de adquirir

### a) Por el derecho civil:

1) *Mancipatio*

2) *In iure cessio*

(Ambos requieren del acuerdo de las partes)

3) *Usucapio*

4) *Adjudiatio*

5) *Lex*

(Producen efectos sin necesidad de acuerdo entre las partes)

### b) Por el derecho de gentes:

1) *Ocupatio*

2) *Traditio*

La distinción entre derecho civil y derecho de gentes como modos de adquisición radicaba en que solamente los que gozaban del *ius commercium* (los latinos y los peregrinos que han recibido la concesión) pueden adquirir por los modos contemplados en el derecho civil.

### 1) *Mancipatio*

## Concepto

Se define a la *mancipatio* como una especie de venta imaginaria. Era el traspaso inmediato de la propiedad, de modo que el adquirente podía ejercer la *reivindicatio*, si el enajenante se negaba a entregarle la cosa vendida. La transmisión de la *possessio* era un acto distinto de la *mancipatio*.

## Aplicación

La *mancipatio* se aplicaba para adquirir el dominio de las *res mancipi* y estaba reservada a los ciudadanos romanos, ya que estos eran únicos titulares de la propiedad quiritaria. Se transformó en la época clásica en una ceremonia simbólica (imaginaria *venditio*) realizándose con el empleo del cobre y la balanza (*per aes et libram*).



## El ritual, del cobre y la balanza

Como se dijo anteriormente, este ritual se llevaba a cabo empleando cobre y una balanza, habiendo cinco testigos púberes, ciudadanos romanos, que presentes, y también participaba una sexta persona cuya función era sostener la balanza, llamada *libripens*.

*En este acto se fingía poner sobre una balanza una cantidad de cobre que equivalía al precio de la cosa, pero esto, carecía de sentido cuando se quería donar o si se quería entregar en dote los objetos transmitidos, ni tampoco es adecuado, en un régimen económico en el cual la moneda no se pesa, sino que se cuenta; esto ocurría así porque la *mancipatio* al principio fue una compra venta en efectivo mientras que el ritual del cobre y la balanza es anterior a la creación de la moneda.*

### ***Mancipatio familia o testamentum per aes et libram***

La *adrogatio* era el paso de un *pater* familias bajo la autoridad de otro *pater*; era una función exclusiva de las curias; allí se nombraba al heredero, se trataba de un negocio de derecho privado, y así encontramos la *mancipatio familiae*.

Con el paso del tiempo se fue extendiendo a otros actos negociales, se admitió la *mancipatio* para la constitución de servidumbres, la adquisición de la potestad sobre la mujer, emancipación del hijo de la patria potestad, al testamento.

Acciones de modo *agri* y *auctoritatem*

No es suficiente con que el vendedor no haya entregado la cosa vendida, le tiene que asegurar al comprador la posesión duradera. Si en un juicio le reconocen a un tercero el derecho sobre la cosa y se la quita al comprador el vendedor debe salir a favor de éste, es lo que se llama la garantía de evicción.

El vendedor sostiene al comprador en el proceso, de la misma manera que un tutor sostiene al pupilo: potestad *auctoritatem*, con el fin de probar que siendo él mismo propietario, había transmitido su propiedad a aquél.

La *actio auctoritatis* se le daba al comprador que había comprado una cosa por la *mancipatio* y había sufrido la evicción, despojándolo un tercero de la cosa por medio de la acción reivindicatoria.

Mediante ésta acción el comprador despojado exigía al vendedor, el doble del valor que él había pagado.

A la acción de modo *agri* podía llamársela, acción de continencia, modo o *modus* que quiere decir medida.

Por ejemplo una persona compra un campo de mil metros cuadrados, pero después de un tiempo se da cuenta de que el campo no tiene el *modus* o medida fijada con el vendedor. Entonces se le concede al perjudicado la acción de modo *agri*, por la cual se obliga al vendedor a pagar el doble de lo que debió a incluirse en el terreno y que no estaba incluido.

## 2) *La in iure cessio*

Se trata de un medio de transmisión más ficticio que el anterior, se remonta a un período anterior al de la Ley de las XII Tablas, mientras que la *mancipatio* se hacía ante los particulares, la *in iure cessio* se hacía ante el magistrado. Se utilizaba para la adquisición de la propiedad y de la constitución de servidumbres urbanas que no son *mancipi* y no se pueden transmitir por *traditio*, ésta es la entrega material de la cosa y la servidumbre es una inmaterialidad, por eso se la transmite por la *in iurecessio*, para la retención de las servidumbres principalmente. Se aplicaba al uso y al usufructo sobre los cuales no se podía aplicar la *mancipatio*.

También se utilizaba para la adopción y manumisión de esclavos. Se aplicaba en el caso de las tres ventas del hijo en *mancipium* y por la *in iurecessio*, se rompía el vínculo que lo unía al *pater*.

Concurrían ante el *iudex* dos personas que estaban previamente de acuerdo, cedente y adquirente comparecen *in iure*, o sea, ante el tribunal del pretor en Roma, o del Presidente en las provincias, si se trataba de cosas muebles debían estar presentes, en cambio si se trataba de inmuebles no era necesario en un momento posterior tras-

ladarse hasta el lugar donde estuviese la cosa, sino era suficiente con llevar una parte de ésta ante el magistrado como forma de simbolizar la totalidad de la cosa.

Se simulaba un juicio, el adquirente ponía la mano sobre la cosa afirmando que le pertenecía según las disposiciones del derecho civil, el magistrado lo interroga al cedente si tiene alguna pretensión contraria y ante la negativa del interrogado, el magistrado lo declara propietario al adquirente.

Con respecto al objeto es más amplio que la *mancipatio*: mientras ésta abarcaba a las cosas *mancipi*, y en pocos casos a las *nec Mancipi*; la *in iurecessio* abarcaba a las *res Mancipi* y a las *res nec Mancipi* por igual, pero se usaba menos que la *mancipatio* porque se requería de la presencia del Pretor o del Gobernador de provincia.

En cuanto a las *res nec Mancipi* era más cómoda hacer respecto de ellas la *traditio*.

### **Los liberi en relación a la *mancipatio***

Los *liberi* dejan de estar bajo la *potestas* de sus descendientes por la emancipación.

Para que el hijo cese de la patria *potestas* son necesarias tres mancipaciones; para los otros *liberi* (varones o mujeres) era suficiente una sola *mancipatio*. En efecto la ley de las XII tablas habla solo de las tres manumisiones respecto a la persona del *filius* y se le otorgue la libertas en relación a su *pater*.

### **Procedimiento**

Se efectuaba de la siguiente manera: el *pater* mancipa su hijo a un tercero el cual lo manumite por *vindicta*, en consecuencia retorna bajo la potestad del *pater*; este vuelve a manciparlo, al mismo que antes o a otro (por lo general se lo mancipaba al mismo) y este vuelve a manumitirlo por *vindicta*, retornando el hijo bajo la patria *potestas*; por tercera vez el *pater* lo mancipa al mismo que antes o a otro, y por esta

*mancipatio* cesa de estar bajo la *potestas* del *pater*, aún cuando no sea manumitido y permanezca sujeto al *mancipium* (*in causa Mancipi*).

Por otro lado, podemos decir que aquel ascendiente que tenga bajo su *potestas* a un hijo y a un nieto procedente de éste, arbitrariamente puede liberar de su *potestas* al hijo, pero reteniendo a el nieto, o bien, volver a ambos *sui iuris*. Esto también se ve aplicado al bisnieto.

También diremos, que si los ascendientes dan a sus *liberi* en adopción, estos dejan de estar bajo su *potestas*. En el caso de que el hijo sea dado en adopción, las tres *mancipaciones* y las dos *manumisiones* se hacen de igual manera que cuando el *pater* lo libera de su *potestas* para que se vuelva “*sui iuris*” pero luego de ello, o, es *remancipado* al *pater*, y vindica a aquel que adopte ante el pretor como si fuera hijo suyo, y en ausencia de una *contra vindicatio* del *pater*, el pretor se lo adjudica al *vindicante*, o, no es *remancipado* al *pater*, entonces el adoptante vindica de aquel respecto del cual está en tercera *mancipatio*, pero lo conveniente es que sea *mancipado* al *pater*.

En cambio para las otras personas libres, tanto varones o mujeres, solo basta con una *mancipatio*, pudiendo ser *remancipado* al *pater*.

### **La *mancipatio* como potestad**

El *pater familia* podía emancipar, vender a sus hijos bajo *potestas* y la mujer *in manus*. Las personas *mancipadas* pasaban entonces a la potestad del comprador (*in Mancipio*) y aunque de condición libre, en el hecho, se asemejan mucho a los esclavos.

Por lo general no eran formales estas *mancipaciones* y tenían por exclusivo objeto emancipar a las personas vendidas.

Por esto, el *mancipium* era un estado transitorio, con excepción de los siguientes casos:

A) Si el comprador había revendido el hijo a su padre en virtud de una cláusula del contrato (*mancipatio cum fiducia*) porque entonces el *mancipium* reemplazaba a la patria potestad y el padre no podía ser obligado a emancipar a su hijo.

B) Otro era el caso cuando este era mancipado en reparación del daño causado por un delito cometido por él (noxas- delito) en cuyo caso debía servir hasta que la deuda se extinguiera.

### **El efecto del *mancipium***

El individuo en *mancipio*, aunque no era esclavo, se lo consideraba en cierto modo como tal (*servi loco constitutus*). Sufría la *capitis diminutio*, quedaba privado de los ejercicios de sus derechos privados o públicos, y todo lo que adquiría pasaba a ser propiedad de aquel a quien estaba sometido.

### **Diferencia entre el *mancipium* y la esclavitud**

- a) El *mancipium* solo suspendía los derechos dependientes de la cualidad del ingenuo; se recobraba el ejercicio de estos derechos luego de la emancipación, esto no ocurría en la esclavitud.
- b) A diferencia del esclavo, el individuo *in mancipio*, no era susceptible de ser poseído.
- c) A diferencia del esclavo, el dueño debía abstenerse de todo tratamiento injurioso respecto del individuo *in mancipio*, si no se hacía responsable de la acción de injurias (*actio injuriarum*).
- d) Los hijos engendrados por un hombre *in mancipio*, no quedaba bajo la potestad del señor, si no bajo la potestad del abuelo, si habían sido engendrados antes de la tercera mancipación del padre. Si era posterior al acto que consagraba la extinción de la patria potestad, el estado del niño quedaba en suspenso durante el *mancipium*. Si el padre quedaba inmediatamente libre, quedaba en su potestad, en cambio si moría antes de la liberación caía en *sui iuris*.

### **Fines de la *mancipatio***

Eran dos las finalidades

- 1) En la *fiducia*: se refiere a la venta de una cosa (generalmente un esclavo), realizando un convenio, el cual consistía en que: cuando el

vendedor estuviese dispuesto a restituir el precio, el acreedor debería proceder a una *mancipatio* en sentido inverso. Así, resultaba que el precio desempeñaba la función de un *préstamo* y la cosa vendida de una *prenda*.

2) En el *nexum*: era la venta de sí mismo o de descendiente en las mismas condiciones en las cuales, en el caso precedente, se vendía la cosa; pero el resultado no era que el vendido se convirtiera en esclavo del comprador (ya que la costumbre rechazaba que el ciudadano se hiciese esclavo en su lugar de origen, sino para que el acreedor pudiese cobrarse con su trabajo de la cantidad entregada, o para que, si no era pagado en un plazo determinado, le fuera lícito llevar a cabo contra el deudor un violento procedimiento ejecutivo.

Solo en una fase avanzada (posterior a la ley de las XII tablas), la fiducia y el *nexum* se consideraron como medios de garantizar todo deber jurídico que derivase de la entrega de una cantidad de numerario hecha por el acreedor al deudor (mutuo).

En cambio, la obligatio era el vínculo que sujetaba, ligaba a la persona o a la cosa dada en fiducia o en *nexum* (en la época primitiva).

### 3) *La Usucapio*

Etimológicamente proviene de uso capere o sea adquirir por el uso.

Es la adquisición de la propiedad por una posesión prolongada y reuniendo determinadas condiciones como el justo título y la buena fe.

Estos dos últimos requisitos en los primeros tiempos no eran exigidos como tales, eran suficientes para adquirir por usucapio apoderarse de la cosa y hacer uso de ella.

Desde tiempos primitivos se aplicaba el principio de que para tener la propiedad era necesario estar haciendo uso de la cosa. Había dos casos en los que la usucapio no se exigía la justa causa ni la buena fe, ellos eran:

a) La usureceptio; existían dos casos.

1) Cuando una persona le entrega en depósito un objeto a un tercero, para facilitar su guarda le transfiere la propiedad, con el compromiso

mediante un pacto de fiducia, de su restitución. También cuando se da al acreedor una cosa para asegurarle su posterior pago, concretado éste se recuperaba la propiedad de la cosa que en un momento anterior había sido transferida.

2) Cuando un bien fue afectado para garantizar un pago al Estado, fue vendido por falta de pago, el deudor recobra la propiedad poseyendo la cosa durante dos años –*usureceptio ex prae diatura*-.

La usucapio lucrativa pro herede, existía en el derecho antiguo cuando el ciudadano que tenía capacidad de heredero, podía aún de mala fe empezar a poseer los bienes hereditarios, siempre que el verdadero heredero no la hubiera adquirido aún. Luego de una año de estarlos poseyendo adquiría la posesión de ese patrimonio.

La finalidad de éste instituto era impedir los inconvenientes que generaba la falta de aceptación de la herencia por parte del verdadero heredero: quedaba interrumpido el culto sagrado de los antepasados, los acreedores hereditarios no sabían a quién dirigirse para cobrar sus créditos. Esto no ocurría cuando había un heredero necesario, ya que éstos no tenían la posibilidad de aceptar o repudiar la hereditas.

Con el paso del tiempo se pierde el culto a los antepasados, y los acreedores le podían exigir al heredero que se manifieste e hiciera la aceptación de la herencia, para ello el pretor fijaba un término. Un senadoconsulto en tiempos de Adriano estableció que el heredero recobraba la propiedad, si le puedo quitar al poseedor los bienes que componen la sucesión, aún después de un año de la sucesión, ejerciendo contra él la petición de herencia- *hereditatis petitio*-.

Se oponía a terceros, luego Marco Aurelio estableció una acción criminal contra los que tomaban los bienes de una herencia de mala fe, en tiempos de Justiniano ya no se hacía referencia a la usucapio lucrativa.

En el derecho clásico cambiaban los caracteres de la usucapio, porque a diferencia de lo manifestado anteriormente a partir de la época clásica se requería la posesión con justo título y buena fe, además del transcurso del tiempo.

Consecuencias jurídicas de la usucapión durante el derecho clásico

- 1) Le permite al propietario in bonis transformarse en propietario ex iure quiritium, cuando la cosa mancipi fue transferida por la traditio.
- 2) Se convierte en propietario habiendo transcurridos los plazos para la usucapio, ello debía ser así porque el derecho de propiedad no debía quedar indefinida por mucho tiempo.
- 3) El plazo que se establece es suficiente como para que el propietario de la cosa pueda recobrarla.
- 4) En principio se podían usucapir todas las cosas corporales que sean susceptibles de propiedad privada, mancipi o nec mancipi.

No se podían usucapir:

- 1) Las cosas que no podían formar parte del patrimonio de los particulares (como las cosas divini iuris o las públicas).
- 2) Los fundos provinciales de los cuales no podían ser propietarios ex iure quiritium los particulares.
- 3) Las cosas que no se podían usucapir por prohibiciones expresas de la ley, como:
  - a) Las cosas objeto de furtum.
  - b) Las cosas muebles e inmuebles que fueron ocupadas por medio de actos violentos.
  - c) La ley de las XII Tablas prohibía la usucapión de la cosa mancipi perteneciente a una mujer que estaba bajo la tutela de sus agnados, a menos que ella misma las hubiera entregado con la auctoritas del tutor.
  - d) Los proedia rustica vel suburbana de pupilos y menores de 25 años, cuya enajenación estaba prohibida.

Sus condiciones: Se requieren tres

- 1) Justo título o justa causa: Se refiere a un acto jurídico que es válido, por el cual el enajenante tiene la intención de transferir la propiedad; el adquirente la de hacerse propietario de



la misma (por ejemplo: una compraventa, una donación, un legado). La venta es una justa causa, y el que compra debería ser propietario, pero puede que ello no suceda por tratarse de una res mancipi o por no ser propietario el vendedor, en esas circunstancias el comprador posee pro emptore y puede usucapir. Lo mismo en el caso de una donación o legado que fue recibido de una persona que no es propietaria de la cosa. Si la causa es nula no se puede usucapir.

- 2) El poseedor es de buena fe, cuando cree haber recibido la cosa del verdadero propietario que se la dio por la traditio. La buena fe se basa en el error, éste puede ser de hecho o de derecho. Solo el error de hecho es admisible para poder admitir buena fe, siempre y cuando no sea evidente. Por ejemplo haber creído que estaba contratando con un púber cuando en realidad era un impúber. El error de derecho no permite en ningún caso usucapir. La buena fe debe existir al comienzo de la posesión pero no es necesario que tenga duración en el tiempo, porque la posesión se toma como un todo desde el comienzo.
- 3) Ejercer la posesión durante el tiempo establecido por la ley. La cosa debe ser poseída corpore et ánimo que, según la Ley de las XII Tablas debe ser de un año para las cosas muebles y de dos años para los inmuebles. Justiniano posteriormente estableció que los plazos para la praescriptio longi temporis era de diez años entre presentes y de veinte años entre ausentes para los inmuebles; y un plazo de tres años para los muebles la posesión durante ese plazo no debe ser interrumpida, en caso de que quiera iniciar la posesión deberá empezar a contar el plazo nuevamente siempre que se reúnan las condiciones de justo título y buena fe. En el derecho clásico se podía interrumpir con solo hacer perder la posesión, ya sea porque se abandone voluntariamente o por la intervención de un tercero. Aunque recobre la posesión por los

interdictos no implica que no siga vigente la interrupción. En tiempos de Justiniano cuando no se podía perseguir en justicia al poseedor (por estar ausente, por ser infans, etc.), queda interrumpida la prescripción haciéndole un pedido al magistrado. Era una protesta que suplía a la demanda y el efecto era la interrupción de la prescripción, por ello cuando se entablaba la reivindicatio por parte del propietario de la cosa producía la interrupción, también de la posesión.

### **Efectos de la Usucapión**

Desde el día en que se realizó, desaparece el vicio de la enajenación y el poseedor llega a ser propietario ex iure quiritium, gozando de la posibilidad de ejercer la rei vindicatio. Se encuentra en la misma situación que si hubiera adquirido la cosa por mancipatio o por in iure cessio.

#### *4) La Adjudicatio*

Se establecía en Roma que las decisiones judiciales no eran fuentes del derecho, ya que su función se limitaba a declarar un derecho. Pero había una excepción que encuadraba tres situaciones:

- La actio familiae erciscundae que servía para una división de las cosas en común que tenían los co herederos.
- La actio communi dividundo: que servía para la pedir la partición de las cosas comunes que tenían los co propietarios.
- La actio finium regundorum: Servía para pedir establecer los límites entre dos propiedades contiguas.

Son casos en los que el iudex al adjudicar a una de las partes la cosa litigiosa, el adjudicatario se convierte en propietario quiritario, sea la cosa mancipi o nec mancipi. La adquisición tiene efectos a partir del día de la sentencia, soportando las servidumbres y las cargas que la graven.

### 5) *La Ley*:

Existieron situaciones en las que la ley creaba un derecho de propiedad a favor de alguien. Por ejemplo:

- a) Cuando una cosa fue legada per vindicationem, el legatario se hace propietario, después que el heredero hubiese aceptado la sucesión.
- b) Las leyes caducarias (*Julia et Pappia Poppaea*) adjudican las caducas de los *orbi*, de los *célibes* y *pater solitarius*, al erario o a los que se sometían a sus condiciones.
- c) El *commisum*, en el que el propietario de un bien es despojado por parte de Estado de su propiedad, como castigo por violación de la ley, por ejemplo con las contravenciones aduaneras.
- d) Una constitución de Adriano estableció que si se descubría un tesoro, la mitad pertenecía al propietario del fundo en que se halló.
- e) Dos constituciones imperiales otorgan la propiedad de una cosa, al que es despojado violentamente por su dueño, que ha omitido reclamarla judicialmente, de la misma manera al que cultiva un campo vacante y abandonado, sujeto a impuesto frente a la inacción del dueño durante dos años.

### **Adquisición de la propiedad *iure gentium*:**

#### 1) Ocupación: *res derelictae*. *Thesaurus*

La ocupación es un modo de adquirir las cosas de carácter originario, uno de los más primitivos. Recae sobre una cosa que no tiene dueño e ingresa por primera vez en el dominio privado, aplicándose por lo tanto, a las *res nullius* (cosa de nadie) y las cosas obtenidas de manos del enemigo, a las que el Derecho Romano no consideraban que tuviesen un título anterior. La ocupación, que es un modo de adquirir originario se opone a la *traditio*, que es un modo de adquirir derivado. La diferencia es práctica, porque el modo originario da

la propiedad libre y absoluta, mientras que en el modo derivado se transmite la propiedad tal cual la tenía el que la transfiere, con todas las cargas con las que puede estar gravadas. Es la aprehensión con el ánimo de convertirse en propietario de la cosa que no le pertenece a nadie y es susceptible de propiedad privada.

### **Recaía sobre los siguientes objetos**

- a) Animales salvajes, caza y pesca: Trebacio decía que a partir de que el animal era herido, pertenecía al cazador, sin importar el tiempo que lo hay perseguido, se convierte en res nullius y podía apropiárselo un tercero sin cometer furtum. La mayoría de los jurisconsultos, entre ellos Justiniano, consideraron que para adquirir la caza era necesario tomarla. Si el animal tomado vivo se escapa se convertía de nuevo en nullius, siendo una situación parecida al postliminium. No estaba permitida la ocupación de los animales domésticos, porque la apropiación de ellos se consideraba un furtum. Las clases de animales según sus características se podían agrupar en tres grandes grupos: los animales ferae, son los salvajes que viven en estado natural y es dificultosa o imposible una convivencia armónica con el ser humano; los animales domesticados o bestiae mansuefactae, éstos en cualquier momento pueden retornar a su estado de libertad animus revertendi y vuelta a la vida salvaje; y los animales domésticos o fera non est, con amplias posibilidades de que siempre estén en convivencia con los hombres.
- b) El botín que se tomaban del enemigo: comprendía los bienes de los pueblos que combatían en contra de Roma y lo que pertenecía a los pueblos bárbaros aún en tiempos de paz. Los territorios conquistados pasaban a pertenecer al ager publicus. Los muebles y prisionero los adquiría el Estado y una parte se repartía entre los soldados y el resto se vendía en provecho del tesoro.

- c) Piedras preciosas, perlas y coral: que se encontraran en el mar o en sus orillas y también la isla formada en el seno del mar y que aún no pertenece a nadie.
- d) El tesoro: Se llama tesoro a una cosa preciosa o suma de dinero, collares, joyas, objetos muebles de valor que fueron escondidos por alguien desconocido, desde tanto tiempo atrás que se perdió memoria de quién pudo haber sido su dueño, dicho de otra manera, no se sabe quién es el propietario, se trata de una res nullius y quién lo descubre se convierte en propietario por el derecho de ocupación. Cuando el tesoro no forma parte del fundo en donde se ha hallado el propietario solo lo adquiere cuando lo encuentra. Cuando era descubierto en terreno ajeno por una disposición de una constitución de Adriano, la mitad pertenecía al propietario del fundo, y la otra mitad, siempre que lo haya descubierto por casualidad, al que lo encontró. Para el propietario del fundo la adquisición de la mitad del tesoro es considerada como adquisición pro lege. Si el tesoro fue encontrado en un terreno sagrado o agregado a sepulturas, se atribuye de acuerdo con aquella constitución, a quién lo hay descubierto.

### **Las res derelictae**

Cuando el propietario de una cosa la abandona con el fin de no ser más el dueño de ella, el que se apodera de ella se convierte en propietario. Las denominadas res derelictae son las cosas abandonadas. No hay que confundirlas con las cosas perdidas, ni las que uno se ve obligado a tirar al mar para aliviar la carga del un barco ante una eventualidad, no se pierde la propiedad y el que se apodera de ellas comete furtum.

Próculo considera que el que abandona una cosa sigue siendo su propietario hasta el momento en que otro se apodera de ella. Es decir que no se convierte en res nullius y por lo tanto no hay ocupación, sino tradición.

## 2) Especificación

Se define como la transformación de una especie en otra, obteniéndose un objeto nuevo del que originariamente se tenía. Por ejemplo: la uva que se transformaba en vino.

Si la materia le pertenecía no había ninguna dificultad, ya que la obra también le pertenecía. Pero si ha trabajado con materiales de otros si su consentimiento; el problema que se planteó es a quién pertenecía el nuevo objeto. Así aparecieron diversas controversias.

- a) Los sabinianos decían que la cosa creada es una modificación de la materia, sin la cual no se podría haber hecho, y por lo tanto el objeto pertenece al propietario de la materia, debiéndose indemnizar al creador del nuevo objeto que obró de buena fe.
- b) Los proculeyanos, en cambio, consideraron la forma, la materia transformada ya no existía y lo que si existía era el nuevo objeto, del cual se hacía propietario el que lo había transformado, como primer ocupante debiendo indemnizar al dueño de la materia.
- c) Había una postura intermedia a la que adhería Justiniano, en la que se establecía que si el objeto fabricado podía recuperar su antigua forma no hay cambio de propietario, en cambio, si el objeto no podía volver a su estado anterior, nos encontramos en presencia de una cosa nueva, que el obrero adquiere por ocupación. En cambio si el que uso parte de la cosa y parte de la cosa ajena, obteniéndose un nuevo objeto Justiniano siempre atribuye la propiedad al que transformó el objeto. Para algunos consideran que éste último es un caso de accesión, en el que la materia o la mano de obra sería la cosa principal. Si la cosa queda destruida en su totalidad hay una creación de una *specia nova*, que es una *res nullius*, el que transformó la cosa la adquiere por ocupación especial, que surge de la fabricación misma. No interesa la buena o mala fe, en caso de *furtum* se ejercen las acciones pertinentes. El problema se plantea cuan-

do hay que determinar si hay o no *specia nova*, para Labeón no hay obra nueva cuando se tiñe el paño de otro.

- d) **Accesión:** Ocurre cuando una cosa accesoria está unida o incorporada a una cosa principal. Hecha la unión la cosa accesoria pierde su propia existencia y su individualidad queda anulada cuando pasa a formar parte integrante de la cosa principal. El propietario de la cosa principal, es propietario de la totalidad de la cosa.

Requiere de determinadas condiciones que son

- 1) Que haya una cosa principal y una cosa accesoria, de modo que ésta sea absorbida por la predominante. Los inmuebles son cosas principales con relación a los muebles. Entre muebles se considera principal a la cosa que después de la unión conserva su individualidad, su nombre. El criterio para determinar cuál es la cosa principal, se determina considerando tal a aquella sin la cual la otra no puede existir o frente a la cual las demás son meros adornos o complementos. No importa el valor de cada una, salvo, en el caso de la pintura, se tuvo en cuenta el valor.
- 2) La cosa principal tiene que formar un todo homogéneo (vaso estatua), o compuesto pero con partes adherentes entre sí, por ejemplo un edificio. Ello no ocurre por ejemplo en un rebaño, en que cada una de las cosas conserva su individualidad.
- 3) La unión se tenía que realizar por voluntad de uno solo o por efectos del azar. Si hay voluntad común de las partes, la adquisición se produce por *traditio*. La adquisición no siempre es definitiva, hay que distinguir dos casos:
  - a) Si la separación es posible y permitida y la efectúa el propietario del accesorio, la adquisición solo ha sido temporaria.
  - b) Si la incorporación se ha realizado con caracteres de indestructible, la adquisición definitiva, salvo que se indemnice al dueño del accesorio.

- c) Si éste prefiere la indemnización aún cuando sea posible la separación de la cosa, la adquisición en éste caso es también definitiva. Los comentaristas dividían la accesión en natural, industrial y mixta.
- Era natural, cuando se realizaba por la mera intervención de la naturaleza, por ejemplo el parto, la isla, el aluvión, la fuerza del río y la mutación del cauce.
  - Era industrial cuando intervenía la labor del hombre para que la cosa quede como tal, por ejemplo la adjunción, la especificación y la conmixción.
  - Era mixta, cuando había parte de intervención de la naturaleza y parte de la intervención del hombre, por ejemplo la sementera, la plantación y la recolección de los frutos.

Los principales casos de accesión son

- 1) Adjunción: Era cuando se incorporaba un mueble a otro mueble (una rueda a un carro), el propietario de la cosa principal es el propietario de la totalidad de la cosa.
- 2) Escritura y pintura: En el caso de que se escribiera sobre el pergamino de otro un poema o un discurso, pertenece éste al propietario del pergamino, porque la escritura es accesoria, ya que por sí misma no puede existir. Algo similar ocurría con los cuadros, pero en tiempos de Gayo prevaleció la idea de que el cuadro pertenece al pintor, porque es un objeto que, por su valor artístico adquiere autonomía propia.
- 3) Construcción: Si se hacía una casa sobre un terreno ajeno, el propietario del terreno también lo era del edificio, por aplicación del principio que, todo lo colocado sobre el suelo es cosa principal a lo que se sume en la superficie. Lo que se adquiere es la construcción y no los materiales en sí mismos, dado que si la casa es demolida y éstos recobran su individualidad, el propietario puede reivindicarlos como suyos, si no se le ha indemnizado su valor.



- 4) Plantación: Un árbol plantado en el terreno de otro pertenece al propietario del terreno, cuando el árbol echa sus raíces y no podía ser reivindicado aún cuando fuera arrancado, se considera que se transforma gracias a la savia que toma de la tierra. Los granos sembrados en campo de otro pertenecen al propietario del suelo.
- 5) Las adquisiciones que resultan para los propietarios ribereños, de la vecindad de un curso de agua:
  - 1) El aluvión: Cuando el lodo y los restos arrastrados por un río, al depositarse lentamente en la orilla, la hacen crecer insensiblemente, es un crecimiento que se denomina aluvión. El propietario del campo aumentado es propietario del aluvión. Pero si la violencia de la corriente arranca una porción de terreno y los añade a otro, la tierra arrasada no cambia de dueño y su propietario puede reclamarla.
  - 2) El cauce abandonado: Cuando el río cambiaba su curso, los ribereños son propietarios del cauce abandonado. Los terrenos invadidos por el río e su nuevo curso, se hacen cosa pública, si a su vez éste cauce es abandonado, se reparte al igual que la primera vez, la tierra entre los ribereños, sin tener en cuenta los antiguos límites de las propiedades. Si el río había invadido una propiedad entera y más tarde volvía a su antiguo cauce, el terreno volvía a su propietario.
  - 3) La isla: Una isla puede nacer en un río de distintas maneras. En el caso de que las aguas se dividan y rodeen a un campo, éste no cambia de dueño. Si se forma una isla en medio de un río, pertenece por partes iguales a los dos ribereños, pero si se forma más hacia un lado que hacia otro, pertenece a los ribereños del lados donde se encuentra.
  - 4) Indemnizaciones: Como el propietario de la cosa principal se enriquece a expensas de otro, corresponde que se le conceda a éste una indemnización. Se diferenciaban dos casos:
    - 1) La unión fue hecha por el dueño de lo accesorio que se encuentra en posesión de la cosa principal. Es una situación

beneficiosa porque puede retener la cosa hasta ser indemnizado. Sin embargo debe haber obrado de buena fe, porque de lo contrario no recibe indemnización.

- 2) La unión fue hecha por el propietario de la cosa principal que está en posesión de todo. En éste caso debe hacerse una sub división:
  - a) Si la separación es posible, el propietario despojado ejerce contra el poseedor una acción ad exhibendum para forzarle a separar la cosa accesorio.
  - b) Si la separación no es posible: ocurría en los casos de la pintura y la escritura, también cuando la unión resultaba de una soldadura hecha en caliente e incorporando juntas dos partes de un mismo metal ferruminatio. (Se suele distinguir la ferruminatio de la plumbatura, cuando se unen dos objetos de metal.

En el primer caso hay una accesión y en el segundo, no. En la confusión y en la conmixtión (mezclas de líquidos o materias secas respectivamente), si la separación no es posible, no se puede determinar la cosa principal, cada propietario tiene la actio communi dividundo). En éstos casos el antiguo dueño no puede para, recuperar lo accesorio, obrar ad exhibendum se da contra él para obtener el pago de una indemnización.

### 3) Frutos. Clases. Productos

Ya vista la distinción entre frutos y productos. Podían presentarse algunas dudas en determinadas situaciones prácticas. Por ejemplo el parto de la esclava se consideró que no era un fruto, Ulpiano lo fundamenta en la razón de que el amo espera de la esclava determinados servicios y no en la cantidad de hijos que pudiera tener. Como regla general se estableció que el propietario de la cosa también lo era de los frutos y los productos, se trata de una consecuencia natural del derecho de propiedad y por la que no es necesario invocar la acce-

sión. Excepcionalmente los frutos pueden ser adquiridos por personas que no son los propietarios de la cosa.

- a) Cuando el *ius fruendi* pertenece a un tercero, ya sea como consecuencia de un derecho real constituido en su provecho (*usufructo*, *enfiteusis*), o como consecuencia de un contrato de arrendamiento, que le permite al inquilino disfrutar de la cosa arrendada y percibir los frutos mediante un precio pagado al dueño.
- b) Cuando la cosas se encuentran en manos de un poseedor de buena fe. Lo es aquél que reúne dos condiciones:
  - Justo título: Es una causa que comúnmente produce la transferencia de la propiedad, pero que no ha provocado ese resultado porque el enajenante no era propietario;
  - La buena fe: El que posee de buena fe adquiere los frutos, era tratado con respecto a éstos como un verdadero propietario, porque él cree tener la propiedad y en esa creencia es que consume los frutos.

Para adquirir los frutos no es necesario que los haya percibido, o sea, que los haya cosechado por sí mismo o por un intermediario, le pertenecen ni bien son separados de la cosa. Cada percepción es un hecho distinto y la buena fe debe persistir y desde el día en que cesa, pierde sus derechos sobre los frutos.

De acuerdo con el derecho clásico, el poseedor guarda para sí todos los frutos adquiridos por la separación, hasta la *litis contestatio*. En el derecho Justiniano: el poseedor de buena fe debe restituir las cosas que tiene en su poder en especies, en el día de la *litis contestatio* y solamente conserva los consumidos. No sería muy equitativa ya que el poseedor tiene que haber proporcionado sus gastos a sus entradas y la restitución de los frutos no consumidos puede provocarle una pérdida. Si un sujeto es demandado por reivindicación, estando separados los frutos no los hace suyos si no los ha consumido, deberá restituir los aún existentes.

- 4) La tradición: Es un modo de adquisición por el derecho de gentes: Es un medio derivado no solemne, que consiste en la entrega de una cosa con la intención de transferir la propiedad a otra persona que la recibe con la intención de adquirirla. Cuando falta la intención se trata de una nuda traditio.

Cuando se trata de una res nullius, es suficiente la ocupación por la simple posesión. Pero en caso de que la cosa tenga un propietario, para poder adquirirla es necesario que la toma de la posesión, se una el abandono por parte del propietario.

El que se deshace de la propiedad se llama tradens y el que la recibe por tradición accipiens.

### Condiciones

La intención de enajenar y de adquirir es esencial. El tradens tenía que tener la intención de ceder su propiedad y el accipiens de adquirirla, dicho de otra manera es necesario el animus tradenti y el animus accipiendi. Se plantearon algunas dudas con respecto a la justa causa, si ésta debe existir o no, hay casos en los que se produce la transferencia por medio de la traditio aún cuando no concurriera justa causa, por ejemplo: A cree por error que es deudor de B, quién cree que es acreedor, entonces el primero hace la tradición de una cosa que cree estar debiendo; si bien en éste caso no hay una justa causa en que B se hace propietario, y A tiene contra él solo una acción personal, la *condictio indebiti*.

- a) Entrega de la posesión: Además de la voluntad de las partes es necesario que ésta se manifieste por alguna voluntad exterior y ésta es la entrega de la posesión. Se pone la cosa a disposición de adquirente, de manera que se puede realizar sobre ella los actos de propietario, si se trataba de dinero o cosa mueble, la entrega se hacía en mano; si era un inmueble iba a ese lugar en que se encontraba el accipiens o se lo mostraba desde un lugar elevado diciéndole que se lo entrega. Tratándose de mercaderías encerradas en un almacén, bas-

taba con entregar las llaves al adquirente. Por lo general el acuerdo de las partes precede a la tradición pero hay algunas excepciones como la traditio brevi manu. El tradens debía ser propietario de la cosa transmitida.

## Formas

Había varias formas de hacerla:

- a) Traditio manual o simbólica: Era el caso de las cosas que se encontraban dentro de un almacén, cuya transferencia se hacía con la entrega de las llaves.
- b) La traditio brevi manu: Era cuando el adquirente la tenía ya en su poder, por cualquier otra causa la cosa.

Por ejemplo, que la haya entregado en calidad de depósito y luego decidía con su propietario en que le iba a transferir la propiedad.

La transmisión de la propiedad tenía lugar tan pronto como las partes se pusieran de acuerdo, la voluntad debía ir unida al hecho.

- c) La traditio longa manu, era cuando se mostraba desde lejos un inmueble, diciéndole al adquirente que se lo transfería.
- d) El constituto posesorio: era cuando el dueño de una cosa la enajena, pero la mantiene en su poder a título de tenedor, por ejemplo un inquilino. La tradición se perfeccionaba cuando se ponían de acuerdo y no había una entrega aparente, el comprador se constituía poseedor ya que tenía el animus domini y tenía la cosa corpore alieno, o sea, por medio de otro.

Las partes podían subordinar la tradición a un término o plazo. Mientras no se cumplía la condición, la tradición quedaba suspendida y si el accipiens tenía la tradición, el tradens continuaba siendo el propietario, solo cuando se cumplía la condición se transfería la propiedad. En el caso de que el tradens hubiera gravado la cosa, al cumplirse la en esa condición y al transmitirse la propiedad al accipiens se le extinguían esos gravámenes.

## La tradición en la venta

- a) Si la venta era al contado, sin fijarse un plazo, el vendedor a pesar de la traditio, no se desprende de la propiedad a menos que el comprador pagara el precio. Mientras el comprador no pague, sigue siendo propietario, hay una condición tácita. El comprador tiene la posesión, la situación queda consolidada cuando paga el precio y en ese momento se convertía en propietario.
- b) Si la venta se hizo concediéndose un término o el vendedor confiaba en el crédito del comprador, lo manifestaba en una cláusula expresa, la traditio producía su efecto.

Había dos casos no comunes de adquisición por traditio, que es la hecha por una persona incierta: traditio incertae personae: En el caso de las res derelictae.

## Efectos

En la época clásica, la traditio de una res nec mancipi transfiere la propiedad plena al accipiens, pero con respecto a las cosas mancipi es considerada por el derecho civil como insuficiente para que el tradens pierda su calidad de propietario. El accipiens poseía la cosa in bonis hasta que la usurpación lo transforme en propietario quirritario. En tiempos de Justiniano desaparecieron las cosas mancipi y la tradición aplicada a cualquier cosa era suficiente para transmitir la propiedad.

- 5) Longi temporis praescriptio: Como la usucapión no era aplicable a los fundos provinciales no a los peregrinos ya que no gozaban del commercium, se trato de llenar esa laguna por medio de ésta figura.

Cuando alguien poseía durante mucho tiempo una casa teniendo justo título y buena fe, para poder mantenerse en posesión de la cosa,

se le daba éste medio de defensa para defenderse de la acción reivindicatoria que le hacía el propietario de la cosa.

No se sabe cuál es su origen, pero se presume que fue propuesta en los edictos de los gobernadores de provincias y que su aplicación fue extendida y regulada por las constituciones imperiales.

La *praescriptio* era la mención que se hacía al principio de la fórmula que se dirigía al juez por parte del pretor que tenía por objeto restringir el proceso, lo dispensaba al juez de examinar el fondo de la cuestión, en el caso de que verificase el hecho denunciado en la *praescriptio*.

Con ésta figura se beneficiaba al poseedor ciudadano o peregrino que había adquirido un fundo provincial a *non domino*. Bajo Antonio Caracalla se extendió la prescripción a las cosas nuevas excluyendo las cosas robadas. En tiempos de Diocleciano la prescripción se aplicaba también a los fundos *itálicos*, se aplicaba a los peregrinos en todos los casos en que un ciudadano podía usar la usucapión.

Ésta *praescriptio*, en principio está sometida a las mismas condiciones que la usucapión, requieren de buena fe y de justa causa, pero se diferencia de la usucapión en que:

- 1) Necesita de más tiempo: diez años entre presentes y diez años entre ausentes.
- 2) A diferencia de la usucapión que no puede cumplirse dentro de un proceso, ya que la sola demanda o interpelación es suficiente con interrumpirla.

Se podía invocar la *praescriptio* si había buena fe, pero Teodosio estableció que, independientemente de la buena o mala fe, todas las acciones personales o reales, salvo la acción hipotecaria, se extinguían a los treinta años. A ésta se la denominó *praescriptio longissimi temporis*, que no da la propiedad al que posee la cosa, sino una excepción contra el que quiera ejercer la acción reivindicatoria. Si no era desposeído no tiene la acción reivindicatoria contra el que lo ha despojado. En tiempos de Justiniano se mejora la situación del poseedor de buena fe al que le faltaban las condiciones necesarias

para usucapir; adquiriría la propiedad después de treinta años, no era un exceptio.

Los efectos no son los mismos que los de la usucapio que era un modo de adquirir la propiedad, sino un medio de defensa que se daba al poseedor. De ahí que el demandado teniendo la acción in rem, podía insertar la praescriptio en la fórmula y si la omitía perdía el beneficio.

Otro de los efectos es que si el poseedor, después de haber prescripto pierde la posesión no tiene la reivindicatio para recuperarla porque no es propietario según el derecho civil. Con el paso del tiempo tuvo una acción in rem, la actio publiciana.

Como medio de defensa no solo puede oponerse contra el propietario sino también contra el acreedor hipotecario siempre que cumplan con las condiciones establecidas por la ley. Si el acreedor creyó haber comprado una casa, pero sabía que estaba hipotecada, prescribe contra el propietario y no contra el acreedor. En tiempos de Justiniano se otorgó la ciudadanía a todos los súbditos del imperio y desaparecida la distinción entre fundos itálicos y provinciales se unificaron la praescriptio longi temporis y la usucapio.

## VII. Continuidad o unión de posesiones

Para poder usucapir no era necesario tener la posesión por sí mismo en todo el término fijado, el poseedor puede en algunas ocasiones, unir su posesión a la de aquél a quién ha sucedido en la posesión. Es lo que se llama accesio possessionum, se distinguían dos hipótesis:

- a) La Sucesión Universal. El heredero continúa la persona del difunto y también su posesión de buena o mala fe. Si era de mala fe el heredero no podía empezar a usucapir aún cuando él sea de buena fe. Si era de buena fe, aprovecha el tiempo transcurrido y sigue poseyendo esa calidad, aunque en realidad el heredero posea de mala fe.
- b) Sucesión a título particular: El sucesor a título particular empieza una posesión nueva, independiente de la del autor



y en el derecho primitivo no le valía el tiempo que el transmitente hubiera usucapido. Severo y Caracalla, permitieron unir las posesiones al comprador de buena fe y éste principio fue generalizado por Justiniano. De modo que si el comprador había poseído un mueble de buena fe durante seis meses, el comprador acababa la usucapión poseyendo otros seis meses, pero si el autor era de mala fe, no había mayor perjuicio ya que habiendo justo título y buena fe, podía iniciar una nueva usucapio.

### **VIII. Condominio o co- propiedad**

Así como se ha visto, que, el propietario, como regla general es uno solo, de allí venía el carácter de la exclusividad, excepcionalmente podían ser propietarios de la cosa dos o más personas, a ésta copropiedad se la denominaba condominio.

Cada uno de los condóminos tenía vocación a la totalidad de la cosa, correspondiéndole a cada uno una parte que es ideal mientras la cosa no sea dividida.

El derecho de propiedad en estos casos se ejercía de manera conjunta, ello significaba que, cada propietario no podía hacer de manera individual o aislada lo que quisiera con la cosa sino que su derecho estaba limitado a esa porción indivisa y todos debían participar de lo que se quisiese hacer. Se requería del consentimiento de éstos.

En lo que respecta a la apropiación de los frutos cada condómino debía tomar la cantidad que se condecía con la parte ideal que le correspondía, podía ser en partes iguales para cada uno de ellos, pero la porción indivisa podía ser diferente en cada caso.

El condómino con respecto a su parte podía enajenarla, hipotecarla, entregarla en usufructo, por mencionar algunos casos, siempre en la porción ideal que le correspondiera, no podía hacerlo solo por la totalidad de la cosa, por lo expresado antes.

Incluso podía ser demandado o accionar por su parte proporcional, por ejemplo podía ejercer la *reivindicatio*, accionar por la *Lex Aquilia*, por mencionar algunos ejemplos.

Si bien un condómino le daba a la cosa un empleo determinado, otro de los condóminos podía oponerse.

En el caso que se tratara de un esclavo, si uno de los dueños decide manumitirlo, pese a la oposición de los restantes condóminos, puede hacerlo de acuerdo a disposiciones de Justiniano y basados en razones de humanidad en beneficio de la libertad, en ese caso deberá indemnizar a los restantes co- propietarios en la proporción que les correspondiera el esclavo a ellos también, lo indemniza comprándoles esa porción de cada uno.

El condominio no solo existía inter vivos sino también por causa de muerte como ocurría cuando fallecía el de *cujus* y los herederos instituidos se convertían en propietarios de la *hereditas*, mientras no operase la división del patrimonio, así se establecía el régimen de los co- herederos o indivisión hereditaria, con similares reglas que las que regían el condominio.

## Extinción del condominio

La petición judicial de la partición extinguía el condominio. Se hacía a través de dos acciones: la *actio familiae erciscundae* para pedir la división de la herencia entre los co-herederos; y la *actio communi dividundo* para pedir la partición de la cosa en común.

## IX. Pérdida de la propiedad

- Por abandono del objeto
- Por destrucción del mismo.
- Por conversión de la cosa en res extra *commercium*
- Por *capitis deminutio*
- En el caso de los animales salvajes que recovan su libertad o los domésticos o domesticables pierden dicha condición y vuelven a su estado natural.

### Derechos reales sobre la cosa ajena

---

#### LAS SERVIDUMBRES *So iura in re aliena*

##### I. Concepto

Etimología: La palabra servidumbre proviene de *servitus*, esto indica una relación de sumisión, o de restricción.

La servidumbre es un derecho real, que recae sobre cosa corporal ajena, que se establece a favor de un fundo o de una persona, consistente en el *ius utendi* o del *ius fruendi*, de ambos o de uno solo de éstos.

##### II. Características

- Es un derecho sobre cosa ajena.
- Es una restricción al derecho de propiedad, en virtud de imposiciones de la ley.
- Al ser sobre cosa ajena, no puede recaer nunca sobre cosa propia.

- Las servidumbres podían ser reales: Se establecían en provecho de otro fundo.
- Servidumbres personales: Se consideraba a la persona y podían recaer sobre un mueble o inmueble.
- Se establecía una relación entre dos fundos, o entre una persona y una cosa determinada.
- Era inalienable, porque si se la cedía o modificaba alguna de sus condiciones se desnaturalizaba el derecho mismo.
- Está reconocida por el derecho civil.
- Tenía una acción in rem: la *actio confessoria*.
- En la servidumbre real aparecen dos inmuebles.
- En la servidumbre personal aparecen un inmueble y el sujeto de la servidumbre.
- En la servidumbre real se tiene más en cuenta al inmueble que al dueño.
- En la personal se tiene en cuenta al dueño sin consideración a la cosa.
- La servidumbre personal acaba con la persona, cuando pertenecen a una persona moral o jurídica, el límite es de cien años.
- Las reales son perpetuas.
- Las personales se pueden referir a muebles o inmuebles.
- Las prediales solo se refieren a inmuebles.
- Surgen intereses fundados en los vínculos de vecindad.
- Puede haber dos inmuebles uno denominado fundo dominante y el otro fundo sirviente.
- Los dos inmuebles son deben pertenecer al mismo propietario caso contrario se desnaturalizaría la servidumbre porque, como se dijo anteriormente debe recaer sobre cosa ajena.
- A pesar de estar regulado jurídicamente los propietarios la ejercían voluntariamente.
- Las servidumbres son indivisibles.
- Consisten en un padecer o en un no hacer.
- Un fundo presta una utilidad en beneficio de otro.

### III. Orígenes y evolución histórica

El origen de las servidumbres se antiguo. El fundamento de su existencia radica en los vínculos de vecindad que hay entre los sujetos que habitan una comunidad. Las limitaciones al derecho de propiedad, garantizan una sana convivencia a los fines de neutralizar o evitar posibles conflictos.

Los fundamentos pueden ser diversos, así los fundos tenían sus necesidades y la ley les habilitaba que las mismas fueran satisfechas. Los fundos rústicos necesitaban de los caminos y las vías públicas para salir de ellos, como también necesitaban de los pasajes de aguas para cumplir con sus necesidades.

Se consideran como las más antiguas el *iter* y el *aquaeductus*, en los que los propietarios de los diferentes fundos además se interrelacionaban favoreciéndose los unos con los otros con el uso de la cosa ajena, esto también formaba parte de la convivencia pacífica.

Lo pacífico no implicaba armonía. En muchos casos se colocaban a los propietarios de los fundos sirvientes en desventaja ya que debían prestar una utilidad común y no podían negarse a ello. No era una opción, sino una obligación legal.

*Los iura in re aliena*, fueron una creación del derecho civil, con el paso del tiempo el *ius honorarium* estableció otros derechos reales sobre cosa ajena: la enfiteusis, la superficie, y el *ius in agro vectigali*; como así los *iura in re*: la hipoteca como modo de garantizar el cumplimiento de una prestación.

Con el paso del tiempo aparecieron como creación doctrinaria, se ve en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, como el uso y el usufructo con carácter de personales.

### IV. Clasificación de las servidumbres. Caracteres

Las servidumbres pueden clasificarse en:

- A) prediales o reales -*servitutes praediorum o rerum*- y en;
- B) personales -*servitutes personarum o hominum*-. Es decir por acción del sujeto.

#### A) Servidumbres prediales: rústicas y urbanas

En las servidumbres prediales se presta una utilidad o ventaja atribuida al fundo dominante, el que presta el beneficio se llama fundo sirviente.

- La misma debe tener carácter permanente (*servitutis perpetua causa esse debet*), el titular de la servidumbre debía inferir la menor molestia al fundo sirviente.
- La indivisibilidad es permanente, por eso si el fundo dominante o el sirviente llegaran a ser divididos, la obligación o el derecho de servidumbre no corre la misma suerte porque debe corresponder por entero a cada una de las partes resultantes de tal división. La indivisibilidad no es impedimento para que se regule el modo de ejercer el derecho y así podrá establecerse que la servidumbre de paso se va a establecer sobre una determinada parte del fundo sirviente, en una determinada época o en ciertas horas del día.
- Debe tener una causa perpetua, a veces se lo confunde con que son perpetuas en el tiempo, que tenga una causa perpetua significa que el fundo sirviente esté en una situación actual susceptible de que pueda prestar en todo momento un servicio a favor del fundo dominante, independientemente de la acción del hombre.
- son derechos transmisibles, tanto en su aspecto pasivo y activo, a los sucesivos propietarios del fundo dominante y del sirviente, siendo inherente y completamente inseparables de los fundos.
- Estas servidumbres solo podrán ser ejercidas en la medida de la estricta utilidad de éste. Por ejemplo: si la servidumbre es de pasto o de abrevadero solo comprenderá las necesidades de las bestias utilizadas en el cultivo del fundo dominante y no la de los rebaños que quisiera introducir el propietario de este.
- La servidumbre es inherente al fundo, por lo tanto se transmite con este y no puede enajenarse separadamente.

- La servidumbre no puede surgir ni extinguirse por partes.

Ambos fundos deben presentar condiciones objetivas para que la utilidad sea permanente. Por ejemplo: si el agua que un fundo le puede brindar a otro consiste en un depósito llenado artificialmente, es decir por el trabajo del hombre, no hay lugar a una servidumbre.

## Clases

Las servidumbres reales podían ser rústicas o rurales y urbanas.

La rústica se establecía a favor de un predio no edificado, sin fijarse que esté ubicado en la ciudad o en el campo.

Las urbanas son establecidas a favor de los predios edificados.

Las rústicas son las más antiguas, se las incluía dentro de las cosas *mancipi*, las urbanas son posteriores a la invasión de los bárbaros, pues es suprime el *ambitus* entre las cosas.

Las principales servidumbres rústicas eran:

Las de pasaje:

- el *iter*; permitía pasar sobre el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera.
- el *actus*: Comprende el *iter* y además el derecho de paso de ganado y carros.
- la *vía*: Era un derecho de paso más completo, la ley de las XII Tablas disponía que debía tener un ancho de 8 pies y 16 en las curvas.
- *Aquaeductus*: Era el derecho de conducir el agua del fundo sirviente por medio de zanjas o caños, para llevarla al fundo dominante.
- Servidumbre de sacar agua para las necesidades del fundo dominante.
- Servidumbre de pastar y abrevar ganados.
- Servidumbre de sacar arena, cal, piedras, etc.

En cuanto a las servidumbres urbanas tenemos:

- 1) *Oneris ferendi*: era la que autorizaba a apoyar un edificio sobre la pared de un vecino. El propietario del fundo sirviente debía mantener en buen estado el edificio gravado con la servidumbre.
- 2) *Tigni immittendi*: Era el derecho de colocar tirantes sobre el fundo vecino.
- 3) *Altius nono tollendi, ne luminibus officiat*: Impide edificar elevándose sobre las construcciones vecinas, con el objeto de no molestar a las vistas ni privar de luces al vecino.
- 4) *Stallicidii vel fluminio recipiendi*: Obligaba al fundo sirviente a recibir las aguas pluviales que corren de la casa vecina sea gota a gota (*stallicidium*), o recogiénolas por un conducto (*flumen*).

Las servidumbres rurales suponían un hecho ejercido por el propietario del fundo dominante sobre el sirviente y ello sucede con intervalos más o menos largos; de manera que *consisten in faciendo* y son discontinuas. Mientras que las urbanas consistían en mantener un estado de cosa en detrimento del fundo sirviente, *in habendo*, o impidiendo que se efectúen en él ciertos trabajos, *in prohibiendo*. No era necesario para su ejercicio el hecho del hombre y son continuas.

### **Constitución de las servidumbres reales**

Se podían dar dos situaciones:

- a) El propietario de un fundo podía ceder sobre éste fundo en provecho de un inmueble vecino, las ventajas que formaban una servidumbre predial: había entonces constitución directa o *traslatio servitutis*.
- b) El propietario de dos fundos puede enajenar uno, reservándose sobre éste una servidumbre en beneficio del que conserva, hay *deductio o retentio servitutis*.



Procedimientos de constitución de servidumbres según diferentes épocas:

- 1) Antiguo derecho civil: Una servidumbre rural o urbana podía ser directamente creada por:
  - a) *In iure cessio*
  - b) *Adjudicatio*
  - c) Por testamento en virtud de un legado *per vindicationem*.

Por los mismos procedimientos se podía crear *per deductionem*.

También se empleaba la *mancipatio*, solo en el caso de las servidumbres rurales que son *res Mancipi*. También en la enajenación de fundos itálicos con reserva de una servidumbre, ya que era objeto de la *mancipatio*, el fundo y no la servidumbre.

- 2) Derecho Pretorio: A fines del siglo I d. C. prevaleció la idea admitida por los jurisconsultos, las servidumbres podían ser objeto de una cuasi posesión. Ésta equivalía a la posesión de las cosas corporales y se manifestaba *corpore et animus*, o sea que el propietario dominante debía ejercer la servidumbre como un derecho que le pertenece.

Aparecen luego, otros nuevos modos:

- a) La cuasi tradición, cuando por un contrato o por otra causa que obligaba a la creación de una servidumbre, el propietario del fundo sirviente dejaba de ejercer ésta servidumbre por el propietario del fundo dominante.
- b) La reserva de una servidumbre en la tradición de un fundo provincial.
- c) El largo uso, cuando se ejerce durante mucho tiempo una servidumbre sobre un fundo vecino, sin oposición del propietario y sin que ésta cuasi posesión presentare vicios.

No se exigía justo título ni plazo determinado.

No son modos del derecho civil pero el Pretor los protegía por medio de los interdictos cuasi posesorios y le daba al propietario del

fundo dominante una excepción y aún una acción (*actio confessoria útil*) o *acción publiciana*.

- 3) Derecho Justiniano: Cayeron en desuso determinados modos como la *mancipatio* y la *in iure cessio*; el derecho civil empezó a admitir los que estaban sancionados por el derecho pretoriano.

Una servidumbre predial podía ser establecida por los siguientes modos:

- a) Por cuasi tradición, por la ejecución de un contrato, por ejemplo de una compraventa, o de una simple convención fortalecida por la agregación de una cláusula penal.
- b) Por reserva en la tradición de un fundo.
- c) Por testamento, en virtud de un legado.
- d) Por adjudicación
- e) Por prescripción (cuasi posesión exenta de vicios, durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes y con las condiciones requeridas para la usucapión).

La constitución de una servidumbre podía someterse a plazo o condición, salvo cuando se empleaba la *mancipatio* o la *in iure cessio* que no permitían insertar ninguna modalidad expresa.

Extinción de las servidumbres prediales:

- 1) El no uso: Ocurría cuando una servidumbre no era ejercitada por su titular no por cualquier otra persona que obre en su nombre. Para impedir la extinción por no uso, bastaba el ejercicio parcial, porque la servidumbre era indivisible.

El no uso tenía que haber durado el tiempo necesario para usucapir (dos años en el período clásico y en tiempos de Justiniano diez años entre presentes y veinte años entre ausentes). Éste plazo empieza a correr para las servidumbres rurales, desde el último acto de ejercicio, para las urbanas desde que el propietario del fundo sirviente ha hecho un acto contrario a la servidumbre edificar más alto de lo que le permite la servidumbre (*altius non tollendi*); la diferencia se daba

así, porque las servidumbres rurales son *in faciendo*, mientras que las urbanas son *in patiando*.

El no uso no era aplicable a las *operae, habitatio e iter ad sepulchrum*.

- 2) Pérdida de uno de los fundos: Era suficiente con que uno de los fundos haya sufrido tales cambios que o pudiera ejercerse la servidumbre, pero ésta modificación no debía ser temporaria.
- 3) Confusión: Es la reunión de la propiedad de dos fundos, sobre una misma persona, no se puede tener servidumbre sobre cosa propia, pero la servidumbre persiste si se adquiere solamente una parte del otro fundo. Si luego se vende uno de los fundos no renace la servidumbre.
- 4) Renuncia de propietario del fundo dominante: la renuncia debía ser expresada por medio de la *in iure cessio*.

Pero si el propietario había renunciado por simple convención y luego ejercía la acción confesoria, el pretor otorga al demandado la excepción del pacto o de dolo.

También se admitía la renuncia cuando se efectuaban, por una convención o por una simple autorización del propietario del fundo dominante, actos contrarios a éstas servidumbres.

## B) Servidumbres personales

### Concepto

Es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada. Durante mucho tiempo se conoció el uso y el usufructo. En tiempos de Justiniano se agregaron la *habitatio* y las *operae servorum*.

*Constitución de las servidumbres personales:*

- 1) *El usufructo se constituía por los mismos procedimientos que las servidumbres reales. El usufructo no podía constituirse por mancipación sobre una cosa nec mancipi, en el derecho Justiniano se permite la adquisición por prescripción.*

*Extinción de las servidumbres:*

- 1) *La muerte o la capitis deminutio del beneficiario producen su extinción.*

Las demás causales se verán en el desarrollo de cada servidumbre.

## **Clasificación de las servidumbres personales**

1) El usufructo

A) Ubicación

Lo personal radica en el vínculo establecido entre dos personas por la cual una de ellas va a ser la titular del derecho, distinto a su vez del propietario de la cosa.

B) Usufructo

a) Definición

Es el derecho real de usar *-usus-* y gozar *-fructus-* de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia.

b) Usufructo y Propiedad

Ambos son institutos independientes, teniendo en cuenta además que, las servidumbres nunca podían constituirse sobre cosa propia. Sin embargo nada obstaba para que el hoy usufructuario en el futuro se convirtiera por acto jurídico en propietario de la cosa usufructuada. Por ejemplo: por herencia, el heredero se transforma en propietario a partir de la aceptación y el legatario en usufructuario de la cosa (si la cosa había sido legada).

c) Formas que asume

El usufructo se llama perfecto cuando recae sobre cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la substancia de ellas, aún cuando puedan deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga.

Es imperfecto cuando recae sobre cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su sustancia, como los

granos y el dinero. También es conocido como cuasi usufructo, figura que apareció con posterioridad pero que, en el caso de consumirse había que restituir otras de igual calidad y cantidad al cabo de un tiempo.

d) Qué implica su ejercicio

El usufructo se compone de dos elementos, uno el de usar la cosa gravada (*usus*) y el otro el de percibir los frutos (*fructus*), y en consecuencia el propietario de la cosa gravada sólo conserva el *ius abutendi* que no puede ser ejercido en perjuicio del legítimo derecho del titular de la servidumbre o usufructuario.

e) Constitución

Tiene que existir la voluntad del propietario, por un acto inter vivos o de última voluntad, por Ej. el testamento. También por la *praescriptio longi temporis*, por disposición de la ley (*usufructus del pater del peculio adventicio*); cuando el iudex hace la partición de la propiedad en común y adjudica a uno la propiedad y a otro el usufructo, etc.

El que va a ser usufructuario debe otorgar cauciones o garantías a través de fiadores, con el fin de que el dueño de la cosa se asegure de que va a cumplir con sus obligaciones.

Antes de que el usufructuario empezare a ejercer su derecho el dueño de la cosa de podía solicitar al primero la celebración de estipulaciones pretorianas, con dos fines:

- a) Que el usufructuario se comportara con respecto a la cosa con las diligencias de un buen pater familias (con plena responsabilidad, evitando obrares culposos en la administración de la cosa ajena).
- b) La restitución de la cosa una vez que haya finalizado el usufructo.

A través de estipulaciones le permite al dueño de la cosa reclamar por medio de una *actio ex stipulatu* para reclamarle la devolución de

la cosa; sin perjuicio de la reivindicatio para reclamar la devolución de ella contra cualquiera que la tuviera en su poder.

También lo podrá exigir una indemnización si no se conduce como un buen pater familias.

#### f) Origen

Este tipo de servidumbre personal, cuya aparición habría tenido lugar en el siglo IV a.C., nació como consecuencia del desuso de la *manus* y de la difusión del matrimonio libre y como un medio de proveer a la viuda de lo necesario para su subsistencia, sin afectar la parte que debían recibir los hijos en la herencia de su padre, conservando la institución a través de su evolución aquella función alimentaria que motivó su nacimiento.

#### g) Quienes lo pueden ejercer

Titular del derecho de usufructo puede ser, no sólo la persona física, sino también una persona jurídica porque este tipo de servidumbre, a diferencia de las prediales, se da especialmente en beneficio a una persona determinada y, por ende, no puede existir sin un sujeto que detente el uso y goce de la cosa ajena.

Para los entes colectivos como los municipios, con el fin de superar el inconveniente que traía aparejado la duración perpetua de los mismos, el derecho justiniano limitó a cien años el tiempo máximo del derecho de usufructo.

#### h) Objeto de usufructo

Pueden ser todas las cosas corporales muebles o inmuebles, animadas o inanimadas que figuren en el patrimonio de los particulares, como lo serían, por ejemplo, fundos, esclavos, animales de carga, etc. con exclusión de las cosas consumibles porque el uso y goce de las mismas significaría su extinción y, por tanto, la extinción de la servidumbre.

## Características

- 1) El usufructo se caracteriza por la estrecha relación de la cosa con el destino económico de la cosa; se puede usar la cosa de la manera amplia, siempre que no altere su esencia y destino, aun cuando de ello resultara una mejora o un beneficio para la cosa. No puede en consecuencia transformar el destino práctico, material y económico que tiene la cosa; por ejemplo si hay árboles frutales éstos no pueden ser extirpados para darle a ese terreno otra funcionalidad. Se incluía cualquier cacto que perjudicara en cualquier medida el derecho de propiedad.
- 2) Por el carácter personalísimo de ésta servidumbre, es un derecho intransmisible, el usufructuario no puede ceder el derecho mismo a un tercero por ser éste inherente a su persona como titular aun cuando pueda cederse su ejercicio, dicho de otra manera no puede traspasarse por actos Inter vivos ni mortis causa, caso contrario se producía la extinción del mismo. Sin embargo del derecho justiniano permitió que solo tuviera la consecuencia de la anulación del usufructo solamente. También se le permitió al usufructuario ceder el usufructo a un tercero.
- 3) Es de carácter temporal: el usufructo cesa con la vida del usufructuario si no se hubiera fijado un plazo determinado de duración.
- 4) A diferencia de las otras servidumbres, el usufructo se caracteriza por ser divisible y nada obsta a que pueda constituirse por parte, porque el objeto afectado a este derecho es generalmente susceptible de división.

### i) Beneficios y Obligaciones para el usufructuario

La servidumbre de usufructo creaba derechos a favor del beneficiario de la misma, en el goce del *ius utendi*, *ius fruendi* y una serie de obligaciones que debía cumplir.

El usufructuario podía usar de la cosa de la manera más extensa siempre que el uso que de la misma haga esté conforme con su destino, pudiendo aprovecharse de sus frutos, sean naturales, industriales o civiles, a condición de que no se altere la sustancia de la cosa, sin que al propietario le este permitido impedirlo. De esta manera el usufructo de una casa comprende tanto la facultad de habitarlo como darla en arrendamiento percibiendo el alquiler.

El derecho del usufructuario no abarca la percepción de los productos no periódicos, que no pueden ser adquiridos porque se alteraría la sustancia de la cosa mientras que al usufructuario de un fundo le está vedado cortar los árboles que en el mismo existieran por ser un producto y no un fruto, pero sí le está permitido hacerlo respecto a los árboles que forman parte de un monte talar porque la renovación periódica de los mismos les da el carácter del fruto.

Los frutos pertenecen al usufructuario desde el momento de su percepción de tal manera que si entrara en ejercicio de la servidumbre estando el fundo cubierto por una cosecha, puede adquirirla realizando la recolección e inversamente, si al extinguirse el usufructo su beneficiario dejara frutos no recolectados, éstos pasan a pertenecer al nudo propietario. Se exceptúan de esta norma las crías de los animales que han sido dados en usufructo, pues son adquiridas por el usufructuario desde su nacimiento y los frutos civiles que se adquieren día por día.

La más importante obligación del usufructuario era la de conservar la cosa en buen estado debiendo emplear para ello la mayor diligencia, no respondiendo del deterioro natural que sufriera la cosa por el uso ni de su pérdida cuando su utilización normal estuviera expuestas a riesgos o peligros. En caso de que el usufructo recayera sobre un rebaño el usufructuario debía substituir las cabezas muertas con las crías nuevas y sólo beneficiarse con el excedente. Si el usufructo se ejercitase sobre un fundo debía renovar las viñas y los árboles frutales que perecieran por vejez. No obstante el carácter gratuito del usufructo, el usufructuario debía pagar los impuestos y realizar



los gastos de conservación de la cosa, sin pretender después devolución alguna del propietario de la cosa.

Siendo el usufructo un *iura in re aliena* no creaba vínculo obligacional alguno entre el usufructuario y el nudo propietario sino tan solo aquellas relaciones existentes entre personas independientes y que caían dentro de la regulación del derecho común. Así el nudo propietario sólo contaba para proteger su propiedad, con la *actio legis Aquilae*, cuando el usufructuario deterioraba voluntariamente la cosa sometida a la servidumbre y con la *reivindicatio*, cuando el mismo se negara a devolverla. Como la *lex Aquilia* no reprimía más que los daños causados sobre cosa ajena por dolo no los provocados por negligencia, el derecho pretoriano, para dar una mayor protección al nudo propietario, estableció que al constituirse el usufructo el titular debía prestar la *cautio usufructuaria* por la que, mediante una doble estipulación, se obligaba a usar y disfrutar de la cosa con la diligencia de un *bonus paterfamilias* y a restituir la misma, o lo que de ella quedare, a la determinación del usufructo. Este compromiso contraído por el usufructuario hacía al nudo propietario acreedor de la relación que podía exigir mediante la *actio ex stipulatu*, como ya se explicara.

#### j) El Cuasiusufructo

Dada la naturaleza del derecho de usufructo el mismo no podía recaer sobre cosas que se consumen o que se deterioran por el uso. La aplicación estricta de este principio trajo aparejado no pocos inconvenientes porque se excluía del gravamen a todas las cosas consumibles, creando serios problemas en los casos de legados de usufructo de todos los bienes de una persona en los que necesariamente debían existir cosas de este género. Para remediar tal situación un senadoconsulto de los primeros tiempos del imperio, cuyo texto no es bien conocido, admitió la posibilidad de legar el usufructo de cualquier cosa que formara parte del patrimonio del testador. Dicha norma se generalizó más tarde aplicándose a los diferentes casos que pudieran

presentarse con independencia de los legados y aún fue dable dar en usufructo una cosa incorpórea. Nació así la figura del cuasiusufructo.

Daba a su titular, a diferencia del usufructo, el derecho de consumirlas, pero al mismo tiempo estaba obligado a prestar caución porque así lo dispuso el senado por ejemplo los objetos que antes no se podían consumir dado que se desvirtuaba la naturaleza del usus-fructo, ahora se podía, pero se debía dar al heredero caución, de restituir otras tantas cosas de igual cantidad, calidad y valor de las recibidas o bien el precio de su estimación al término del usufructo.

La negativa del usufructuario a prestar la caución extinguía el gravamen, de manera que quien lo había otorgado no estaba obligado a entregar la cosa y si ya lo hubiera hecho podía reivindicarla.

k) Extinción del usufructo: Causales

- a) Cuando se produce la muerte del usufructuario;
- b) Cuando la cede al propietario;
- c) Por confusión, cuando adquiere la propiedad de la cosa que antes la tenía en usufructo;
- d) Por extinción de la cosa.

## El Uso

### Concepto

Era el derecho de servirse de la cosa ajena, conservando su substancia, sin derecho a percibir los frutos.

Era más limitado que el usufructo, en la mayoría de los casos el uso se establecía en los legados testamentarios, entonces se consideró la posibilidad de que éste derecho fuera más amplio, por ejemplo, si bien, al principio el uso de un ganado podía servir para abonar un campo, con el paso del tiempo se le permitía al usuario apropiarse de la leche, se le permitió también, arrendar parte de un edificio que tiene en uso, pero exigiéndole la ocupación del resto del mismo, también se admitió el cuasi uso, sometido a las reglas del cuasi usufructo.

Era indivisible, tiene el usuario las mismas obligaciones que el usufructuario, se constituye y se extingue como el usufructo.

### *Habitatio*

Por ella un sujeto podía habitar en un inmueble de otro.

#### Caracteres

Solo permite el uso, no podía extinguirse por *capitis deminutio*, ni por el no uso. Justiniano permitió que el titular de la *habitatio* ejerza su derecho con su familia, la podía arrendar sin necesidad de ocupar parte de ella como se le exigía al usuario.

### *Operae servorum*

Durante el período clásico se refería a los trabajos de un esclavo ajeno del cual se podía servir un tercero, para luego restituirlo al cabo de un tiempo, también podía locar esos servicios como si fuera un usufructuario, luego se hizo extensivo a los animales, a estas servidumbres personales se las llamaban *operae animalium*. A diferencia del las restantes servidumbres, la muerte del beneficiario no extinguía ésta servidumbre.

## **V. *Actio confesoria* y *actio negatoria*. Interdictos**

- 1) La *actio confesoria*: Era la acción que se le daba al titular de una servidumbre contra el que la turba o la desconoce, también contra todos los actos que impidan la plenitud de un derecho real (*actioconfesoria* útil)

El derecho de servidumbre debe probarse y si ésta es predial, que es propietario del fundo dominante.

Se trataba de una acción arbitraria, el juez declaraba quién tenía la razón, condenaba o absolvía al demandado según que el demandante haya o no podido demostrar que su pretensión es justificada.

En el caso que el actor triunfe, el juez podía:

- Hacer cesar la turbación
- Reparar el perjuicio

- Dar caución para no lesionar en el futuro el derecho que había invocado el demandante.

Si el demandado obedecía era absuelto y si no cumplía, era condenado a pagar una suma de dinero aplicándose las reglas de la *rei vindicatio*.

- 2) La *actio negatoria*: Se le daba al propietario con el fin de obtener una declaración judicial de que la cosa no se hallaba afectada por una servidumbre. El demandante se encontraba en posesión de la cosa, sobre la cual niega el demandado que tenga una servidumbre. Sin embargo podía ocurrir lo contrario, por ejemplo el demandado tenía la cosa en calidad de usufructuario. El demandante tenía que probar su derecho de propiedad. Al igual que en la *actio confessoria*, el juez, en caso que triunfe el actor ordenaba de similar manera que en la primera *actio*.

Ambas acciones son reales.

Se admitió en las servidumbres la existencia de una cuasi posesión, se otorgaron para éstos casos interdictos cuasi posesorios, en el caso de las *aqua*, *rivis*, de *fonte*, *itinere*, *actuqueprivato*, etc.

Para las urbanas el de *cloacis*. En las servidumbres personales se dieron interdictos posesorios en calidad de útiles, como el *uti possidetis*.

## VI. Cuasi posesión

En Roma los titulares de derechos cuyo ejercicio continuado podían probar, se encontraban protegidos por una serie de defensas, en un principio estas personas podían demostrar su derecho y el título en virtud del cual lo ejercían, esto generaba una dificultad en la protección legal.

El pretor eximió de la obligación de presentar el título cuando se podía establecer el ejercicio continuado y sin oposición del derecho, y otorgó los cuasi interdictos, como defensa posesoria, así nació la iuris posesión o posesión de los derechos o cuasi posesión.

### Derechos reales sobre la cosa ajena

#### DERECHOS REALES PRETORIOS

*Los derechos reales pretorios comprenden dos grupos: los derechos reales de garantía; que fueron la prenda y la hipoteca; y los derechos reales de goce que fueron la superficies y la enfiteusis.*

#### I. Derechos Reales de Goce

##### Enfiteusis

##### Concepto

También llamada *agri emphyteuticarii*, de origen griego que significa plantar, sembrar.

Los municipios y las corporaciones arrendaban tierras a los particulares a largo plazo o con carácter perpetuo. A éstos arriendos se los denominaban *conductio agri vectigalis*. El arrendatario pagaba una contribución llamada *vectigalis*.

- La duración de la locación o arriendo no es a perpetuidad, por eso éste instituto tienen sus particularidades.

- El conductor tiene en su favor los interdictos posesorios que no tiene el arrendatario.
- Tiene el conductor una acción similar en cuanto a sus efectos a la reivindicatio.
- El derecho del conductor puede transmitirse inter vivos o mortis causa.
- No hay que confundirlo tampoco con el usufructo: El usufructuario debe percibir los frutos para adquirirlos. El enfiteuta los hace suyos a partir de la separación. Además el usufructuario es tenedor de la cosa, mientras que el enfiteuta es poseedor. Como regla general el primero no podía ceder o transmitir su derecho, el segundo sí.
- Recaía sobre tierras de grandes extensiones, con la finalidad de que sean cultivadas.
- Se constituía por legado o convención.
- Se conservaba el derecho mientras se pagara el importe contributivo o canon.

El emperador Zenón estableció que la enfiteusis era un contrato especial, por lo tanto no se trataba de una locación, de un usufructo ni de una compraventa a plazos.

En cuanto a las responsabilidades se estableció que salvo pacto en contrario, la destrucción total perjudica al concedente; y la destrucción total perjudica al concesionario.

El enfiteuta puede transformar o alterar las condiciones o destino económico del fundo; adquiere las mejoras como si fuera propietario.

### ***La superficies***

El estado y las ciudades utilizaban ciertos terrenos de sus dominios, arrendándolos a perpetuidad o a largo plazo a personas que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas mediante un precio llamado solárium.

Ésta costumbre fue practicada también por particulares y es con las casas edificadas, superficiarias *aedes*, que el pretor sancionó en beneficio del superficiario un derecho real: el derecho de superficie.

El derecho civil consideraba que el locatario del terreno de otro, no es propietario del edificio que él ha construido, porque el propietario del terreno tiene la propiedad de la superficie, es decir de las edificaciones construidas sobre el terreno.

Éste derecho de superficie consagrado por el derecho pretoriano, implicaba una excepción a ese principio general.

El pretor concedió al superficiario, para mantenerlo en la posesión, el interdicto de superficie.

También en caso de locación a perpetuidad o a largo plazo, el pretor podía otorgarle:

- a) Una *actio in rem* para hacer valer su derecho contra todos, aún contra el propietario.
- b) Una *exceptio* contra la *reivindicatio* del propietario.

A partir de entonces, el superficiario tuvo un derecho real que podía enajenar inter vivos, hipotecar y transmitir a sus herederos. La superficie se constituía por un contrato y la cuasi tradición y se extinguía por la pérdida de la cosa y por la llegada del término fijado para su duración.

## II. Derechos reales de garantía

Las seguridades o garantías reales que existieron antes que la prenda y la hipoteca fueron la venta que se hacía bajo pacto de fiducia, cuando se hacía la venta fiduciaria de una cosa al acreedor y debía transferir la propiedad de la cosa al deudor cuando quedaba liberado de la deuda.

### La Prenda

Cuando el deudor contraía una obligación, el acreedor buscaba una forma de garantizarse su pago, lo hacía a través del *pignus* o pren-

da. El acreedor tenía la posesión y el deudor la propiedad, en caso de que el acreedor no se la restituye podía pedirlo por medio de una *reivindicatio*.

Encuentra su antecedente en la Ley de las XII Tablas, cuando se dispuso que la toma de prenda se estableció por ley contra aquel que hubiera comprado un animal para sacrificarlo a los dioses y no pagara el precio; de igual manera contra el que no entregase el alquiler de una caballería siempre que el dinero de tal alquiler se hubiera destinado para realizar una ofrenda. Eran situaciones especiales y taxativas contempladas en el sistema primitivo de las *Legis Actionis*, más precisamente en la *legisactionem per sacramentum*.

Al principio fue un derecho de retención ejercido por el acreedor y con el paso del tiempo se le autorizó al deudor a vender la cosa y descontar de allí lo adeudado.

Las garantías podían ser reales o personales:

- 1) Personales: Son aquellas por las cuales una o más personas se obligan hacia el acreedor junto con el deudor principal, de manera que aquél pueda dirigirse a personas solventes, si éste no lo es. Por ejemplo: la fianza.
- 2) Reales: Son aquellas por las cuales se afecta una cosa al pago de una deuda (hipoteca, prenda, anticresis, etc).

Las garantías personales se establecieron antes que las reales, debido a que era frecuente que las personas dieran fe de las operaciones de los clientes. En Roma no había un solo fiador sino varios, una serie de leyes debilitaron las fianzas, creando las seguridades reales. Estas leyes fueron:

- 1) La ley *Publilia*: Se le permitía al fiador que había pagado imponer la *manusiniectio* sobre el deudor al que le había pagado la deuda.
- 2) La ley *Apuleia*: Establecía una especie de asociación entre los fiadores. Si el primero paga tiene derecho a repetir sobre los otros tres su parte viril, e acreedor se dirige a uno solo de los fiadores y ellos se arreglan entre sí.



- 3) *La ley Furia*: Era una simplificación de la anterior, obligaba al acreedor a dividir entre los fiadores el importe de la deuda.
- 4) *La ley Cicereia*, a veces ocurría que el fiador no hacía público el número de sus fiadores o uno de éstos podía ser insolvente. Ésta ley obligó a declarar el número de fiadores, al acreedor.

De ésta manera se va debilitando la fianza y aparecen las garantías reales, pero la hipoteca es creación del pretor y antes que ésta existieron otras formas de garantizar el pago.

Existió la enajenación como fiducia; el deudor transfería al acreedor por emancipación *in iure cessio*, la propiedad de una cosa que forma parte de su patrimonio, agregándose un pacto de fiducia, por el cual el acreedor se compromete a devolver la propiedad de la cosa al deudor después del pago, dándoselo a éste con el fin de obligarlo la *actio fiduciae* directa y la podía recobrarla por la *usureceptio*.

En el supuesto de que el deudor no pagara, la *usureceptio* no era posible y el acreedor puede vender la cosa, obteniendo un precio superior, debiendo entregar el excedente al deudor.

Debido a los inconvenientes que presentaba, el derecho civil admitió una forma más simple sobre todo para el deudor, era el contrato de prenda o *pignus*. El deudor entregaba al acreedor a título de prenda la posesión de una cosa y el acreedor se obligaba a devolverla una vez que se hubiera pagado. El acreedor pignoraticio tenía la simple tenencia y las ventajas de la posesión se reparten entre él y el deudor.

La enajenación con fiducia como el *pignus* agotaban en ese primer acto el crédito del deudor, que se desprendía de la cosa, se dejaba librado a la buena fe del acreedor, además solo contaba para defender su *pignus*, los interdictos. Los problemas se presentaban entre el colono y el arrendador de un fundo rural, con el fin de garantizar al propietario, el colono que no tenía más que el ganado y los instrumentos destinados al cultivo del suelo no podía cederles su propiedad o posesión, porque se quedaba sin sus instrumentos laborales. Por eso con el paso del tiempo se estableció que los objetos mencio-

nados, el colono lo utilizara como forma de garantizar el pago del arrendamiento por simple acuerdo, sin que se lo privara al colono de sus elementos de trabajo.

## La hipoteca

La hipoteca, aparece primero en las relaciones entre el propietario de un fundo y el colono, éste conserva la propiedad y la posesión de la cosa y se establece por un pacto que el acreedor tiene derecho de retención sobre la cosa cuando el deudor no cumple con su prestación.

Ésta forma de garantía no era suficiente por eso con el paso del tiempo el Pretor *Salviano* otorga el interdicto que lleva su nombre: el interdicto *Salviano*.

Se podía entregar como garantía los esclavos y otros elementos necesarios para el cultivo introducidos por el arrendatario (locatario) en el fundo arrendado fueran dados en prenda para garantizar el pago del alquiler (locación); el pretor con su labor jurídica protegió esa garantía por la labor del pretor *Salviano* con el interdicto *Salviano* para darle al locador la posesión de esos bienes mientras estuvieren en el fundo arrendado, siempre y cuando hubiese incumplimiento; pero también se podía encontrar con el inconveniente de que el deudor había transferido la cosa a un tercero, entonces aparece la *acción serviana* para reclamar la posesión de los bienes que había ido a parar a manos de quién esté, se trataba de una acción in rem. Tanto el interdicto como la acción tenían un campo de acción reducido y se trató de extender su aplicación.

Fue así que nació la acción *serviana útil o quasi serviana* o hipotecaria a todos los acreedores que habían celebrado convenio con sus deudores, por la que se afectaban determinados bienes como forma de garantizar el pago, pero sin perder la posesión de ellos; se llamó hipoteca, tenía la misma misión que el *pignus* pero no requería la transmisión de la cosa al acreedor. La hipoteca aparece como una garantía más eficaz, ya que el acreedor hipotecario era pagado con preferencia a otro acreedor que hubiese constituido su derecho a posteriori.

## Caracteres de la hipoteca

- 1) Derecho real accesorio: Porque siempre supone la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento va a garantizar, se podía referir también a una deuda futura.
- 2) Derecho indivisible: La indivisibilidad se funda en la voluntad presunta de las partes. La hipoteca subsiste íntegramente cuando parte de la deuda hubiera sido pagada.

Objetos sobre los cuales podía recaer la hipoteca

- a) Podía recaer sobre las cosas *in commercium*.
- b) Cosas muebles e inmuebles.
- c) La cosa dada en usufructo.
- d) El acreedor hipotecario podía hipotecar su propia hipoteca.
- e) Se podía hipotecar un crédito.
- f) También había hipotecas generales, eran las que recaían sobre todo el patrimonio.
- g) Se extendió también sobre los bienes que afectaba un derecho real, por ejemplo, los intereses.

## Constitución de las hipotecas

Podía ser:

- 1) Convencional: La hipotecase podía crear por acuerdo entre las partes.
- 2) Testamentaria: Ocurría cuando el testador quería dar una garantía a un legatario de renta vitalicia o de alimentos.
- 3) Tácita: Se establecía e ésta manera cuando había sido creada por ley. Dentro de éstas encontrábamos:
  - a) La del arrendador de un fundo rural sobre los frutos del inmueble.
  - b) La del arrendador de una cosa sobre las cosas introducidas por ella por el arrendatario.

Otras gravaban todos los bienes del deudor siendo las principales:

- a) La hipoteca tácita del fisco sobre los bienes de los deudores.
- b) La que otorgó Constantino a favor de los pupilos y menores de 25 años, sobre los bienes de tutores y curadores.
- c) Justiniano favoreció a la mujer casada y a sus hijos, con una hipoteca tácita sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de la dote, después de la disolución del matrimonio.

La constitución de la hipoteca podía ser realizada no solo por el propio deudor, sino también por un tercero que afectaba su cosa, pero siempre que fuera propietario de ella, o al menos que la tenga *in bonis* y que tuviera capacidad para enajenarla.

### **Extinción de la hipoteca**

La hipoteca era accesoria al crédito que acompañaba. Por lo tanto extinguida la deuda se extinguía la garantía. Aunque también se podía extinguir por:

- a) Pérdida de la cosa hipotecada.
- b) Confusión: la cosa hipotecada era adquirida por el acreedor hipotecario.
- c) Renuncia del acreedor. Podía ser expresa o tácita.
- d) Prescripción extintiva. A los cuarenta años, en relación al deudor.
- e) *Praescriptio longi temporis*: Respecto del tercero poseedor.

### **Efectos de la hipoteca**

El *ius possidendi*. El *ius distrahendi pignus*.

Al principio le daba la hipoteca al acreedor el derecho de requerir la posesión de la cosa, al no pagársele, conservándola hasta recibir la satisfacción de su crédito. Como ello no daba el resultado esperado se buscaron soluciones más rápidas.

Así las partes celebraban el pacto *commisorio*, por el cual el acreedor que no había pagado se convertía en propietario de la cosa, el

problema que se planteaba era cuando el deudor entregaba en *pignus* una cosa que tenía un valor superior al de la deuda y fue finalmente Constantino quién la prohibió.

Las partes podían celebrar que la hipoteca era la que autorizaba al acreedor a vender las cosas en caso de que el deudor no pagase. Con el paso del tiempo se hizo una práctica habitual, la venta podía ser una consecuencia de la falta de pago, en tiempos de Justiniano esa era la esencia de la hipoteca, el acreedor solo tenía que esperar dos años antes de vender la cosa.

El acreedor hipotecario tenía los siguientes derechos:

- a) De ir contra cualquier detentador de la cosa por la acción real hipotecaria (*quasi serviana*) para empezar a poseerla (*ius possidendi*).
- b) De vender la cosa hipotecada (*ius distrahendi pignus*).
- c) De cobrarse con el precio con preferencia a los demás acreedores sin garantía real.
- d) Se podía ir contra el deudor y contra el tenedor, aunque éste podía oponer:
  - 1) Se tenía sobre la misma cosa una hipoteca preferente a la del actor.
  - 2) Podía obligar al acreedor, pagándole la deuda, a cederle sus acciones (*beneficium condendarum actionum*).
  - 3) El beneficio de excusión le permitía al tercer poseedor, exigirle al acreedor que se dirigiera primero contra el deudor principal y contra las cauciones, mediante la acción personal.
- e) Derecho de venta: Las cuestiones de cómo procedía la venta si las partes nada habían acordado, las reguló Justiniano, el acreedor tenía que intimar al deudor, o sino obtener un sentencia contra él y esperar dos años para proceder a la venta. En el caso que hay una cláusula prohibiendo la venta, el único efecto que se le atribuye era que se requirieran tres intimaciones en vez de una.

En el caso que el acreedor no encontrara comprador, se po-

día adjudicar el bien por decisión de Emperador, mediante un precio que se fijaba por estimación judicial. El deudor podía recuperar la cosa antes de los dos años pagando el capital, los intereses y los daños y perjuicios. Al vender la cosa el acreedor hipotecario transfiere su propiedad al comprador, actuando como un mandatario del deudor.

## **Derecho de preferencia**

Realizada la venta el acreedor tenía derecho a cobrarse sobre el precio, con preferencia a todos los otros acreedores, pues la cosa vendida estaba afectada especialmente a ese crédito. Si el precio que se obtenía no cubría el crédito, subsistía una acción personal sobre el resto, la cuestión se planteaba cuando había pluralidad de hipotecas.

## **Multiplicidad de hipotecas**

Se aplicaba la regla, “primero en el tiempo mejor en el derecho”, significaba que el primer acreedor que constituía la garantía al pago de la deuda sobre la cosa, el primero en ser tenido en cuenta cuando se le debía pagar en caso de ser ejecutada la cosa, seguían luego los sucesivos constituyentes de la garantía. El primer acreedor gozaba del *ius possidendi* y del *ius distrahendi*, aún frente a los demás acreedores que le seguían en orden. El primero podía perjudicar, sin proponérselo el derecho a cobrar de los demás, el comprador adquiría la cosa libre de gravámenes.

A los demás acreedores les quedaba la posibilidad de cobrarse sobre el excedente que hubiese quedado del precio de la venta, una vez que se hubiese pagado al primer acreedor. La eficacia de la garantía desaparecía para éstas personas, un defecto que se veía agravado por:

- 1) La clandestinidad de la hipoteca.
- 2) La existencia de hipotecas tácitas.

La publicidad de la hipoteca era deficiente y los terceros no eran advertidos de la existencia de una primera hipoteca, en cuyo conocimiento no hubieran tratado con el deudor. La situación fue atenuada

por distintos medios:

- a) El que hipotecaba enajenaba una cosa debía declarar si ya estaba gravada con una hipoteca, si no lo hacía cometía el delito de estelionato y se exponía a una acción criminal.

Los acreedores posteriores tenían el *ius offerandae* pecunia. Era el derecho del acreedor hipotecario de tomar el lugar de uno anterior, a quién se desinteresaba abonándole su crédito (*successio locum*), no adquiría la hipoteca del primer acreedor sino que la suya pasaba a ocupar el primer rango, en raras ocasiones el acreedor hacía uso de ese derecho para desinteresar a otro posterior, cuando por ejemplo, él no tuviera pacto de venta y los demás acreedores sí.

Una constitución de León, le dio preferencia a las hipotecas que constaran en instrumentos públicos o privados, firmados por tres o más testigos.

### **Hipotecas privilegiadas**

Como se dijo anteriormente, se privilegia la constitución de la garantía en el tiempo. Sin embargo excepcionalmente se establecían hipotecas privilegiadas establecidas por la ley, por la naturaleza del crédito que garantizaban, eran primarias a las demás, aunque ella fuera posterior.

Las principales hipotecas tácitas fueron:

- a) La del que ha invertido dinero en la adquisición o mejora de una cosa hipotecada, porque se considera que ese dinero ha salvado la existencia de la prenda.
- b) La de la mujer sobre los bienes del marido, para asegurar la restitución de la dote. Justiniano estableció que aún primaba sobre los anteriores a la celebración del matrimonio.
- c) La hipoteca del fisco sobre los bienes de los que adeudaban impuestos.
- d) Constantino concedió una hipoteca tácita a los pupilos, sobre los bienes de sus tutores y curadores

### Derechos personales: Las obligaciones

#### Las Obligaciones

##### Antecedentes:

Fueron también llamadas derechos personales, en oposición a los derechos reales.

Encuentran su origen en las deudas contraídas por aquellos que, una vez vencido el plazo de cumplimiento de la obligación no podían hacer frente a la misma. Era entonces, cuando el acreedor lo encadenaba, la cadena era la *vincula*, lo que los unía físicamente.

Con el paso del tiempo dejó de ser la atadura física para pasar a ser jurídica. De ésta manera la *vincula*, pasó a llamarse *nexum*, ara una atadura ala creador pero no física, sino jurídica.

##### Concepto

Las obligaciones o derechos personales era un vínculo de carácter jurídico – *vinculum iuris*- establecido entre dos personas: el deudor y el acreedor, para forzar, constreñir, para hacer o no hacer algo a favor



de otro; existiendo a la vez en el vínculo un valor pecuniario. Era una sujeción de carácter voluntario.

Encuentran su origen en las normas jurídicas romanas que las pre-establecían como: los delitos y los contratos, la primigenia clasificación Gayana: después se hizo extensivo a las varias figuras de causa por el Emperador Justiniano.

### La *Lex Poetelia Papiria*

En la evolución del *nexum*, ese vínculo existente entre el deudor y el acreedor a partir del momento que nacía la *obligatio*, tuvo una primera fase que coincide con la etapa de formación de Roma y de las instituciones jurídicas. Era la época más primitiva, en que el derecho se fue construyendo en base al *fas* o elemento religioso. El *fas* determinaba el cumplimiento de las formas o solemnidades y cuando el deudor insolvente confesaba su situación o era condenado en un proceso judicial, se aplicaba la *manus iniectio* sobre él. Era una forma que tenía el acreedor de garantizarse la obtención de lo debido. Hubo una época que, como consecuencia de los préstamos dinerarios eran desmedidos los préstamos dinerarios a ellos se sumaban los intereses usureros, que existían a pesar de estar prohibida la usura.

Los deudores no podían hacer frente a las devoluciones de los préstamos y por ese motivo eran ejecutados con las restricciones a la libertad ambulatoria por parte de los acreedores. La situación fue intolerante hasta que los *nexii* deciden rebelarse, ese fue el origen de la sanción de la *Lex Poetelia Papiria* en el año 326 a. C. aproximadamente. Se decidió a partir de ésta *lex* que las ejecuciones no fueran sobre la libertad de los endeudados sino sobre su patrimonio.

Clases de obligaciones

División según el objeto

- a) Según el vínculo: Eran vistas desde el punto de vista de la mayor o menor eficacia del vínculo. Podían ser:
  - 1) Obligaciones del derecho civil y del derecho de gentes. Las primeras son las que derivan de los contratos del derecho

quiritario como el *nexum*. Mientras que los segundos, se llevaba a cabo entre ciudadanos romanos, eran formales y estaban protegidos por el derecho civil. Proviene del *iusgentium* como la compra-venta, locación, comodato, depósito, por mencionar algunas, la mayoría pertenecían a ésta última. No era necesario en éste último caso el uso de las formalidades, servían para llevarlas a cabo con, los extranjeros por eso se facilitó su uso.

- 2) Obligaciones civiles y honorarias: Las primeras son las que provienen de las leyes en general, pueden ser de los senadoconsultos y constituciones imperiales por ejemplo. Las segundas provienen de la norma jurídica dictada por el pretor, en el ejercicio del *iusedicendi*. Están protegidas por una acción. Eran perpetuas. Las segundas, son creaciones del Pretor cuando dictaba normas con el fin de suplir, corregir o llenar vacío del derecho en los casos que se le requiriera. También había normas de otros magistrados como el edil o el prefecto del Pretorio. Prescribían al año, era el plazo de vigencia del edicto. Igualmente las distinciones siguieron existiendo aún en vigencia del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano. La diferencia desapareció con la sanción de una constitución del Teodosio II y Honorio, al disponer la prescripción treintañal para toda clase de obligaciones. Sin embargo el Pretor la aplicó en los casos que no estaba contemplado en la ley por ejemplo cuando se hizo extensiva a la responsabilidad del armador del buque por aquellas obligaciones contraídas por el capitán cuando se las había a encargado e éste por negocios entre ambos. (acción *exercitoria*).
- 3) Obligaciones de derecho estricto y de buena fe: Las primeras tenían su origen en el derecho quiritario, caracterizado por el rigor formal de la etapa primitiva del derecho, frente a la pronunciación de las palabras solemnes ante el

magistrado éstas debían cumplirse al pie de la letra como si fuera la ley misma. Derivaban de los contratos unilaterales como el *nexum*, la *stipulatio* o el contrato *litteris*, mientras que los *bonaefidei* procedían de los sinalagmáticos, ya sean perfectos o imperfectos. Estaban protegidas por las acciones *stricti iuris*, cuando se establecía el monto de la pena en la *condemantio*, cuando quedaban probados los hechos aducidos por el actor no podía hacer modificaciones a ese monto, esa *condemnatio* debía aplicarse estrictamente. En la acción *stricti iuris*, lo único que el *iudex* debía tener en cuenta es si había una deuda y cuál era su monto. El acto del que derivaba solo obligaba a una de las partes. La acción *bonaefidei* derivaba de un contrato sinalagmático se tenían en cuenta por parte del juez diversas situaciones, por ejemplo el derecho que invoca el depositario a que se le restituyan los gastos realizados. De esta manera aplicándose la buena fe y la equidad el juez analizaba éstas situaciones que surgían del contrato. No se podía invocar dolo o violencia además de otros vicios del consentimiento porque solo se trataba de determinar la existencia del crédito y su monto. En las obligaciones de buena fe, sí podían invocarse cuando el obligado oponía excepciones. En caso de haber mora los efectos de ésta alcanzaban a las obligaciones de buena fe, en cambio si eran de derecho estricto aún en mora no había obligación de pagar los intereses o devolver los frutos de la cosa adeudada. Las de derecho estricto no podían compensarse, las de buena fe: sí.

- 4) Obligaciones naturales: Tiene dos aspectos, por un lado aparecen para contraponerlas a las civiles. Por otro lado, se refiere a aquellas obligaciones que no están dotadas de una *actio*, por ejemplo las obligaciones que emergen de los actos negociales celebrados de los esclavos que care-

cen de capacidad jurídica. El vínculo jurídico es fuerte a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones civiles. El cumplimiento depende del deudor, pero una vez realizado no había acción de repetición, ni siquiera podía invocar la *condictio indebiti*, cuando pagó por error creyéndose civilmente obligado al pago. Podía ser objeto de compensación y de novación. Podía ser garantizada con una hipoteca.

b) Obligaciones según la naturaleza de la prestación

- 1) *Dare*: Es la entrega material de la cosa, siempre y cuando exista un título jurídico que lo avale. Por ejemplo: cuando el comprador recibe del vendedor la cosa por la cual pagó un precio cierto en dinero, la transferencia de la cosa implica a la vez la transmisión del derecho de propiedad. Otro caso sería el del heredero respecto del acervo recibido del *de cuius*.
- 2) *Praestare*: La entrega material de la cosa no implica transferencia del dominio, pero sí de otro derecho real, por ejemplo la *possessio* en el caso del locador de la cosa respecto del locatario, mientras dure el contrato.
- 3) *Facere*: El objeto de la *obligatio* puede consistir en un hacer, en una acción o conducta de carácter positivo. Por ejemplo: el cuadro que se le encomienda realizar al artista plástico, respecto del cual recibirá una remuneración, siendo un caso claro de locación de obra. De ésta se desprende la obligación *non facere*, que, por el contrario exige una abstención de quién tiene la obligación de omitir la realización de ciertas conductas; por ejemplo: por imposición de la Ley de las XII Tablas respecto de aquél que no puede levantar un muro que exceda una cierta altura, ya que puede perjudicar las luces o vistas del vecino.

c) Determinación en indeterminación de la prestación: En el primer caso se refiere, a que el objeto tiene que estar individualizado, como regla general desde el comienzo de las obligaciones, en ese caso la

prestación es determinada, por ejemplo: un esclavo X, se llama prestación de especie (asimilado a la noción de individuo). Por pérdida fortuita de la cosa el deudor queda liberado, no se puede substituir por otro. Algo similar ocurre si el esclavo muere sin que intervenga la culpa del deudor.

En cuanto a las obligaciones indeterminadas, estas pueden ser:

- Genéricas o de género: Se va a entregar una cosa que está determinada por sus características o cualidades que la hace similar a otras, y por lo tanto son sustituibles. Por ejemplo; el trigo, un esclavo (sin dar su nombre de pila). Lo genérico permite ampliar el margen al momento de cumplir con la entrega del objeto, por ejemplo si se prometió un esclavo, no importa si es más bajo o más alto. El objeto será indeterminado hasta que opere su efectivo cumplimiento. Como regla general la elección de la cosa a entregar estará a cargo del deudor, en otros casos por ejemplo en los legados, la materia corresponde al acreedor o sea el heredero sobre el que pesa la carga de entregar la cosa legada al legatario. La elección la tiene el acreedor en otros casos cuando hubiera sido acordado por las partes.

Dentro de ésta clase de obligaciones encontramos las siguientes:

- Obligaciones de dar cosas fungibles: Sin fungibles aquellas cosas que pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad, peso o cantidad (obligaciones de dar cantidades de cosas). Se puede cumplir por partes si hay pluralidad de sujetos activos o pasivos. Se aplica la regla “el género nunca perece” por ese motivo no hay excusa para incumplir, se debe entrega el objeto aún cuando el anterior pereció por caso fortuito.
- Obligaciones de dar cantidades: Son de carácter especial las de dar sumas de dinero. Se tiene en cuenta el dinero vigente al momento de hacer entrega del mismo, en caso de haber cambiado la moneda desde que se contrajo la *obligatio*.

- Obligaciones alternativas y facultativas: En las primeras hay una indeterminación inicial, tiene por objeto una entre varias prestaciones independientes entre sí, queda individualizada al momento de cumplir con la prestación. El acreedor entre varias prestaciones, solo puede exigir una de ellas. Son indivisibles: no puede cumplirse por partes esa prestación.

Son aquéllas que tienen un objeto que es indicado con la disyunción “o” por ejemplo. El esclavo “o” el caballo, pero al momento de cumplir con la prestación solo deberá entregarse uno solo, nos son dos objetos, solo se debe uno. Por lo tanto son: compuestas, indeterminadas hasta que se defina el objeto, e indivisibles. La elección de la prestación le corresponde al deudor salvo acuerdo en contrario. La elección puede ser a cargo del acreedor cuando hace la *interpellatio*, el deudor está en mora y le exige el cumplimiento, aunque hubo una discusión doctrinaria al respecto, ya que el deudor podía cambiar de objeto hasta el momento del efectivo cumplimiento.

-Si una de las prestaciones no puede cumplirse por caso fortuito, la elección se vuelve pura y simple con el objeto subsistente.

-Si se perdió por culpa del deudor y la elección estaba a cargo de él, cumple entregando la subsistente. Si la elección era del acreedor éste puede exigir el valor estimado del objeto que pereció o el objeto subsistente.

-Si la prestación se vuelve imposible de cumplir por culpa del acreedor el deudor queda liberado. Otros consideran que puede pedir una indemnización por la que se perdió y entregar la subsistente. Se aplican las disposiciones de la *Lex Aquilia* sobre daño injustamente causado sobre cosa ajena.

En el caso que se vuelvan imposibles de cumplir todos os objetos, se aplican las siguientes reglas:

-si fuera por caso fortuito el deudor queda liberado.

-Si fuera por culpa del deudor, debe el valor del último objeto extinguido, salvo que la elección sea del acreedor deberá darle el valor equivalente del objeto elegido.

- Si la primera fuera imposible por caso fortuito y la última por culpa del deudor, debe el doble del valor de la última.
- Si la primera se extingue por culpa del deudor, se convierte en obligación pura y simple y debe la segunda, si ésta se extingue por caso fortuito el deudor queda liberado.
- Si la primera se extingue por caso fortuito y la segunda por culpa del acreedor, el deudor queda liberado.

### **Las obligaciones facultativas**

Son aquéllas en las que el deudor se obliga a cumplir con una prestación determinada, pero reserva para sí la facultad de liberarse cumpliendo otra. Se aplicaba por ejemplo cuando el esclavo cometía un delito, lo podía entregar haciendo el abandono noxal a la víctima o pagaba una indemnización. También el caso del aquél que tiene en su poder la cosa hipotecada, podía entregarla al acreedor o podía pagar la suma adeudada y no entregarla.

- El deudor quedaba liberado si una o ambas perecían por caso fortuito.
- Si la prestación comprometida se perdía por culpa del deudor, éste ofrecía el objeto subsistente.
- Si las dos se extinguían por culpa del deudor, el acreedor podía exigir la estimación de la comprometida *inobligatione*.
- Son indeterminadas, porque hay varias prestaciones, hasta que no se ejerza el derecho de elección no se podrá determinar cuál será.
- La prestación *in obligatione* si perece o se extingue por caso fortuito, extingue la obligación facultativa. En cambio en las alternativas deberá cumplirse con el objeto subsistente.

### **Obligaciones divisibles e indivisibles**

Son divisibles cuando pueden ser cumplidas parcialmente, de manera fraccionada siendo cada parte similar a las otras partes como al todo. No se pierde la función económico- social del todo, cada parte

conserva la esencia del todo. Lo indivisible surge por exclusión del concepto dado. Es indivisible cuando el fraccionamiento implica la destrucción o extinción de la totalidad.

El problema no sería mayor cuando hay un solo deudor y un solo acreedor; Habría algunas cuestiones en el caso de que haya multiplicidad de sujetos activos o pasivos.

- El incumplimiento de la obligación indivisible hace que se indemnice, en ese caso se vuelve divisible porque se trata de sumas dinerarias.
- cada deudor solo responde de la propia culpa.

### **Obligaciones según los sujetos que intervienen**

#### a) Obligaciones de sujetos determinados e indeterminados

En el primer caso se refiere a los sujetos que están individualizados desde el comienzo de la obligación hasta que finaliza ésta.

En el segundo caso se refiere a los cambios de sujetos que puede haber desde que nace la *obligatio* hasta que se extingue, ocurre por ejemplo en la cesión de créditos. Se califican a las obligaciones como ambulatorias o *propter rem* (protegidas por las *actiones in rem scriptae*). Puede ocurrir en el caso de delitos cometidos por el *filius*, al inicio de ésta situación no está definido quién es el que efectivamente va a responder, si éste o el *pater*. Otro caso es el del superficiario o enfiteuta que debe pagar el solárium o el canon adeudado, aún cuando fueran debidos por otras personas anteriores a éstos.

#### b) Multiplicidad de sujetos activos o pasivos: Obligaciones solidarias o correales

La solidaridad jurídica encuentra su origen en la solidaridad familiar de las épocas más antiguas cuando había que pagar el rescate de algún miembro del clan. La solidaridad luego podía provenir de una estipulación y luego de un contrato, por ejemplo la venta.

Caracterizadas bajo ésta denominación porque puede haber multiplicidad de sujetos que van a interactuar de distintas maneras:



1) La solidaridad del deudor podía encontrar dos aspectos, por un lado, que el deudor fuera único y el resto de los codeudores eran garantes. Por otro lado, que todos los deudores lo fueran por igual por tener un grado de interés en la concreción del acto jurídico y por eso asumieron el compromiso con el o los acreedores.

Cualquiera de las dos formas en que se diera, el acreedor sabía que tenía posibilidades de recibir su prestación de cualquiera de ellos y por el todo.

Puede haber por lo tanto, multiplicidad de deudores, ésta forma se denomina solidaridad pasiva puede tratarse de varios deudores con un acreedor, o con varios acreedores. El cumplimiento de la prestación por parte de uno solo de ellos alcanza al resto de los co-deudores, teniéndose por extinguida la prestación para todos por igual. Si bien hasta aquí, se extingue el vínculo jurídico con el/los acreedor/es, subsiste entre ellos la obligación de pagar la parte proporcional que les correspondía en el crédito al co-deudor que canceló la prestación. Si no lo hicieren voluntariamente podrán demandarse judicialmente su cumplimiento. También podían ser ejecutados todos patrimonialmente en caso de ser condenados en una sentencia. La mora los afectaba a todos por igual.

Al principio, a éstos sujetos que actuaban conjuntamente, sean deudores o acreedores, se los denominaba *socii*, y al que había hecho el pago, en caso de tratarse de los deudores se le otorgaba la *actio pro socio* con el fin de que le reclamara a los restantes codeudores el cumplimiento de la parte que les corresponde en la prestación. También podía ejercer la *actiemandati* contra su mandante reclamándole los gastos del negocio, en éste caso el pago de la deuda que él ya canceló.

El pago, la *novatio*, la *litis contestatio* realizada por uno de ellos beneficiaba al resto con la extinción de la *obligatio*.

2) Cuando hay multiplicidad de acreedores, se denomina solidaridad activa, puede tratarse de varios acreedores con un solo deudor o con varios deudores, ésta última se denomina solidaridad mixta. Opera de manera similar que en la de los deudores múltiples, el

acreedor que recibe el pago extingue el vínculo obligacional para todos por igual, pero subsiste la obligación para el que recibió el pago la obligación de pagarle a cada coacreedor la parte proporcional que les correspondía en el crédito, si no ocurriera de la manera descripta se demandará judicialmente su cobro.

La solidaridad no se presume. Surge de una disposición de última voluntad o de una convención, tanto la activa como la pasiva.

La correalidad pasiva puede surgir de la ley por ejemplo en el caso de que el *furtum* fuera cometido por varios ladrones, la *actio furti* (por el doble o *quadruplum* del valor de la cosa hurtada) contra el ladrón y la reipersecutoria para obtener un resarcimiento por el daño causado. La acción penal se ejerce por separado en contra de cada uno de los partícipes, mientras que la segunda se ejerce una sola vez contra cualquiera de ellos siendo la obligación de indemnizar de todos. Otro caso es el de los banqueros (*argentarii*) junto a sus socios tiene que responder solidariamente ante el reclamo de devolución del dinero por parte de los clientes.

Hay pluralidad de sujetos y una única prestación.

Gaius estableció como fuentes de las obligaciones, los contratos y los delitos, luego con el paso del tiempo fueron apareciendo otras figuras que, sin ser contratos o delitos, generaban obligaciones para quienes las llevaban a cabo, aparecieron así las varias figuras de causa, como los *quasi ex contractu* y los *quasi ex delicta*, conceptos ampliados por el Emperador Justiniano.

#### Los delitos

También llamados *maleficia*, eran conducta por las cuales se perjudicaba a un tercero, se les hacía un mal, un daño que según las transformaciones que devenían en la sociedad romana se iban modificando y adaptando a las nuevas posibilidades que aparecían.

Los hechos lícitos, tienen en contraposición los hechos ilícitos y dentro de ésta categoría aparecen los delitos.

Las figuras delictivas más antiguas las encontramos en la Ley de las XII Tablas, pero también las *Leges Regiae* hacían referencia a antiguas prohibiciones.

Los romanos conocieron dos grupos de delitos: los públicos: que defendían los intereses del Estado en lo referido al orden y a la seguridad públicas; no se analizarán en el presente libro. Y los de carácter privado referidos a los particulares, que sí serán vistos.

No tenían responsabilidad delictiva el infans, el loco, o por causa del error.

### *Los Delicta Privata*

Son fuentes de obligaciones las que se analizarán a continuación.

#### **El delito. Concepto**

Al principio la noción de delito se relacionaba con el daño efectivamente causado y con la figura de su autor, allí radicaba el fundamento de la venganza. Con el paso del tiempo se empezaron a regular las figuras delictivas y sus penas.

Se trata de un hecho contrario al derecho que se sanciona o castiga con la pena.

En una sociedad que, primitivamente y desde la Ley de las XII Tablas se fue organizando social, política y religiosamente; se pensó en la necesidad de que el derecho objetivo regulara las figuras delictivas privadas. Fue un avance a las primitivas sociedades de la antigüedad que conocieron una norma jurídica que parecía inherente al hombre mismo: la ley del Talión, el sistema de venganza privada a los fines de promover una convivencia armónica y con las debidas regulaciones estatales, vino a suplantarla.

#### **El *furtum***

Ésta figura delictiva encuentra su origen en la Ley de las XII tablas, siendo por lo tanto muy antigua.

Era desapoderar a otro de la cosa que le pertenecía, por lo que, el que desapoderaba no tenía ningún justificativo jurídico para hacerlo. El afectado o perjudicado si la tenía legalmente justificada y no había

por parte de éste consentimiento alguno para que otro se lleve algo que le pertenece.

En la definición aparece el elemento objetivo requerido para el delito: el desapoderamiento ilegítimo, mientras que la comisión del mismo debe estar complementado necesariamente por el elemento subjetivo: la intención – *animus furandi*- de desapoderar o consumir el hecho típico (el desapoderamiento); puede haber o no ventaja de carácter económica –*animus lucrandi*- .

Servio Sulpicio y Masurio Sabino fueron los que clasificaron al *furtum* en cuatro sub- clases

- a) *Furtum Manifestum*: Es cuando el ladrón es sorprendido cometiendo el delito o recién terminado de cometerlo (inmediato), también transportando las cosas producto de éste o cerca del lugar de acaecido el hecho.
- b) *Furtum nec manifestum*: No se dan ninguna de las condiciones anteriores, su definición se da por exclusión de los requisitos anteriores.

## Las penas

El Estado ya tenía aquí una clara intervención en la regulación de las penas acorde a las figuras delictivas establecidas taxativamente, por ejemplo 25 ases al que había cortado un árbol, al usurero el doble de lo perjudicado a un tercero, al depositario que no devolvía lo dado en depósito, al vendedor que había vendido con engaño de las características del suelo vendido, por mencionar algunos casos. Aparece así el principio de equivalencia, la pena a acorde con la gravedad o no del delito. A diferencia de lo que ocurría con el Talión en que el castigo dependía del rencor o la liviandad de la víctima.

A partir de la Ley de las XII Tablas, la sanción penal deja de ser colectiva para ser ejercida solamente por el ofendido o sus herederos en los casos que correspondiera. El sistema del Talión permitía una especie de conciliación o acuerdo amigable. Antes de que los clanes fueran a la guerra, el jefe de familia entregaba al miembro de su gru-

po que había cometido la infracción, si había que pagar una multa lo hacía o entregaba al sujeto en abandono noxal.

Respecto a los demás ladrones flagrantes los decenviros establecieron que si eran libres se les azotase y entregase a quien hubiera sufrido del hurto (*addictus*); si fueran esclavos se le azotase y despeñase por la roca Tarpeya (por disposiciones de la *Lex* de las XII Tablas); pero si fueran niños impúberes dispusieron que se les azotase, según el criterio del pretor, y que se reparase el daño causado).

Si por la noche alguien comentó un hurto y se le mató, se disponía que sea muerto conforme a derecho. Con el paso del tiempo se dejan de lado los castigos corporales y se castiga con el *quadruplum* del valor de la cosa.

Cuando el *furtum* era *nec manifestum* se castigaba con el doble del valor de la cosa.

- b) *Furtum conceptum*: Era cuando se encontraba la cosa sustraída en la casa de alguien, luego que ésta se revisaba por medio de una pesquisa solemne, por medio del ritual de litium y el platillo, la Ley de las XII Tablas refiere: *cum proletarii et adsidui et sanates et VADES et SUBVADES et XXV asses et taliones furtorumque quaestio CUM LANCE ETLICIO evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas – lege Aebutia lata consolidata*, cuya traducción es: Actualmente los preceptos sobre los proletarios, hacendados, sanates, garantes y subgarantes, los veinticinco ases y los taliones, y la investigación de los robos mediante el rito del plato y del lizo atado a la cintura se han desvanecido, y toda aquella antigualla de las XII Tablas se habría olvidado cuando se aprobó la ley Ebuca, si no hubieran pervivido las causas centunvirales de las acciones de la ley.
- c) *Furtum oblatum*: Era cuando se encontraba la cosa robada en la casa de un tercero porque la había recibido del ladrón aún cuando obraba de buena fe.

La pena para el hurto descubierto y contra el que dio a otro el objeto robado es, según una ley de las XII Tablas, al triple, con un plato y un lizo atado a la cintura.

Si se reclama por un hurto que no fue flagrante - sanciónese el daño con el doble.

En relación a las penas se accionaba de la siguiente manera:

- 1) La *Actio reivindicatoria*: Era la más amplia de todas por los efectos que producía respecto del actor, ya que se trataba del dueño de la cosa
- 2) La *actio furti prohibiti*: quién no permitía la realización del registro domiciliario era sancionado con el *quadruplum* del valor de la cosa.
- 3) La *Actio Furti non exhibiti* operaba en contra del sujeto que tenía la cosa ajena consigo pero no la exhibía ante el requerimiento del magistrado. Con el paso del tiempo estas acciones fueron suprimidas por el Emperador Justiniano.
- 4) La *Condictio Furtiva*: A fines de la República, el carácter reipersecutorio en el *furtum* llegaba hasta la acción reivindicatoria que tenía el propietario de la cosa objeto de *furtum*; después se otorgó una acción personal llamada *condictio* furtiva, cuando la acción reivindicatoria por algún motivo no prosperaba que, luego se extendió a las cosas perdidas por caso fortuito según el valor más alto que tuviera la cosa después de acaecido el *furtum*. Estaba dirigida contra el ladrón y sus herederos con el objetivo de obtener la restitución de la cosa.

### **La rapina**

Fue la sustracción violenta cometida por una banda de hombres, con el paso del tiempo se admitió que fuera cometido por un solo hombre, habiendo violencia con o sin armas, emerge de las disposiciones de la Ley de las XII Tablas.

A) Si ocurría durante el día, si se defendía con armas, y pedía auxilio a gritos (si lo mataba era legítimo).

Las acciones que surgían eran las siguientes:

- 1) La *Actio vi bonorum raptorum*: Acción dirigida contra el ladrón que dentro del año en que había acaecido el hecho se quería llevar nuevamente la cosa, por el *quadruplum* del valor de la cosa, después de ese lapso era por el valor simple.

### **El *Damnum iniura datum***

Era una figura delictiva contemplada en la *Lex Aquilia*, un plebiscito que se presume fue dictado durante la tercera secesión de la plebe, antes del siglo VIII, también suele ubicársela en el siglo III a. C.

A través de ella se buscaba castigar el daño causado ilegítimamente o sin derecho, por medio de una *damnatio* contra el delincuente por la pena establecida.

Se encontraba regulado en dos capítulos; el I establecía que quién matare injustamente a un esclavo ajeno o cuadrúpedo que se halle comprendido en rebaño, sea condenado al delincuente a dar a su dueño, el máximo valor que la cosa hubiese tenido dentro de ese año.

Mientras que el capítulo III comprendía toda clase de daño sobre la cosa ajena como herir a los comprendidos en el capítulo I, a la quemadura, fractura, ruptura o derramamiento de una cosa ajena. La pena consistía en pagar al dueño el máximo valor que hubiere tenido la cosa 30 días anteriores a la causación del daño.

Si bien se requería el *corpore corpori datum* o relación de causalidad entre el sujeto que causa el daño y la cosa dañada, a todos aquellos objetos que no estaban contemplados en los capítulos I y III; como así también contra las personas libres que se encontraban bajo la *potestas* del *pater familias*.

Tanto la *Lex Aquilia*, como el *furtum* fueron acciones quiritarias, o sea propia de los ciudadanos romanos que, con el paso del tiempo se hicieron extensivas a los peregrinos a través de acciones ficticias en



las fórmulas, en la que se fingía una condición de ciudadanos que no tenían más que, a los efectos de la misma.

### ***Iniuria***

Antes de la *Lex Aebutia* (Siglo I a. C. que extinguió el sistema de las *Legis actionis* y apareció el procedimiento de las fórmulas), el pretor peregrino utilizaba la acción estimatoria en los delitos de injurias traducidos en violencia física de acuerdo a lo establecido por la *Lex* de las XII Tablas. La multa era solicitada solamente por el ofendido, lo que hace que el ejercicio de la acción fuera de carácter personalísimo. Si bien el demandado hacía una estimación de la multa en proporción al daño causado, luego el *iudex* hacía una tasación, excepto la injuria *atrox*, que era más grave, el monto era estimado por el pretor y el *iudex* no lo modificaba.

Con el paso del tiempo la injuria se hizo extensivo a otras conductas que eran lesivas: las verbales, los gestos; la manifestación ultrajante en contra de un tercero; también los golpes y ofensas dirigidas contra el esclavo como un ataque a su amo.

Comprendía diversas clases de acciones caracterizadas por el dolo que se traducían en las siguientes: ofender, difamar, insultar en forma oral o escrita a los *fili* y a la *uxor*, a un hombre libre, cuando se hacía en contra de un esclavo pero la injuria iba dirigida a su amo.

Comprendía a su vez las acciones traducidas en agresiones físicas a algunos de los mencionados anteriormente (excepto el esclavo), reflejado en la *Lex* de las XII Tablas cuando establecía que, si con la mano o con el bastón se le rompió un hueso a un hombre libre, se le palique la pena de trescientos ases; y si se tratara de un esclavo, de ciento cincuenta ases.

La Ley de las XII Tablas, en la Tabla VII establecía el castigo con la pena capital en los casos de los ultrajes de quién compusiera canciones dirigidas a difamar deshonar a otra persona, *-nostrae XII tabulae cum perpauca res capite sanxissent, in his hanc quoque sancendam*

*putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri-*.

Acciones que se ejercían

### **La *Actio Iniuriarum***

Si se trata de una injuria leve el monto es determinado por el ofendido en cambio si es grave, debe ser determinado por el pretor, como ya se explicara. La tabla VII establecía que si se causó una lesión menos grave, la pena será de veinticinco ases –*si iniuriam (alteri) faxsit, viginti quinque poenae sunt*- .

La *actio* podía ser ejercida no solo por el ofendido en vida, sino también por los herederos cuando se hubiese ofendido la memoria de un sujeto fallecido.

### **La *Dissimulatio***

Era el perdón del ofendido hacia el delincuente por el delito de injurias.

### **Responsabilidad del *Pater***

El *pater* debía responder por los daños causados por los que estaban bajo su potestas: Los esclavos y los filii. Con respecto a los primeros se dispuso que, si un esclavo cometió un *furtum* o causó un daño –*si servus furtum faxit noxiamve noxit*-, y con referencia a los delitos de los hijos de familia y de los esclavos, se daban las acciones noxales para que se permitiera al *pater* o al dueño o responsabilizarse pecuniariamente del delito o entregar al culpable. Las acciones noxales fueron establecidas por las leyes o por el edicto del pretor: por las leyes, como la de *furtum*, como lo fue la ley de las XII Tablas, –*Ex maleficio filiorum familias servorumque – noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut*

*noxae dedere. – Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum cet.-*

Luego se consideró la posibilidad de que una acción injuriosa pudiera recaer sobre varias personas a la vez, había multiplicidad delictual. Por otro lado estaba la posibilidad de darle una defensa al que era demandado infundadamente por injurias otorgándosele el *judicium injuriae contrarium* por el cual eran condenados aquellos que habían realizado una acción por injurias y resultó que no había fundamentos para ello. Son condenados por difamación. Con respecto a la Ley *Cornelia de Iniuriis* (año 670 aproximadamente) prosperaba por medio de una *quaestio* perpetua, siendo las penas de carácter público, comprendía a los delitos que se basaban en la violencia corporal y a la violación de domicilio. En tiempos de Caracalla (siglo II d. C.), se consideraron públicos además de los mencionados el robo, la difamación y otras injurias, y la muerte del esclavo. Se podía optar por la persecución pública o privada.

### **Delitos pretorios**

Se referían a los relacionados con el consentimiento, dado en los actos jurídicos o a sus consecuencias perjudiciales: La violencia (*metus* –miedo-), el dolo malo; fraude; obligaciones nacidas del depósito, del comodato, de la fiducia, de la prenda, del mandato, etc. Por lo menos hasta el siglo VII a. C.

El *metus* o miedo que provocaba la violencia, ya estaba contemplado en el Edicto del Pretor Octavio (año 670), era cualquier clase de acción física, moral, presente, provenientes de un sujeto, de carácter ilegítimos, contrarios a las leyes o a las costumbre, poniendo en peligro a otro, a tal punto que pudiera doblegar hasta al más fuerte. La *Actio quod metus* causa era concedida por el *quadruplum*, y dada contra el autor de la violencia. La acción prosperaba en contra de todos aquellos que se hubiesen beneficiado a causa de la violencia generada por el miedo, aún cuando no lo supiesen.

El *dolus malus*, parece el edito del Pretor *Aquilo Gallo* en el año 688 aproximadamente, se los relacionaba con los actos de simulación; eran artificios, artimañas, engaños, con el fin de que otro se equivoque y frustrarlo patrimonialmente. En tiempos de Paulo la cuestión debía ser evaluada por el *iudex*. Era una acción de carácter infamante y subsidiaria cuando no había otros medios jurídicos para reparar el daño causado.

El fraude creditorio, o referido a los acreedores era cuando el deudor de manera intencional se volvía insolvente o aumentaba la insolvencia. Era la acción pauliana o revocatoria, en contra del deudor y los terceros que hubieren colaborado con él maliciosamente en el fraude. Se trataba de una *actio* arbitraria. Prosperó en contra de los que habían realizado actos jurídicos a título gratuito por el/los autores y cómplices delictivos.

El fraude del liberto también fue castigado cuando se hacía para perjudicar a los herederos del patrono.

Las sanciones de los edictos eran acciones penales que se redactaban *in factum*. No se transmitían a los herederos y en algunos casos eran noxales.

En el dolo, el fraude y la violencia; parece que se ven más claramente la subjetividad o la intención de perjudicar o dañar, además de la conducta objetiva. Las acciones eran entabladas dentro del año después de pasado el año eran reemplazadas por acciones *in factum*, para pedir la reparación del daño causado o la devolución de lo obtenido por enriquecerse.

Los acusados de éstas figuras se defendían oponiendo exceptios como la *exceptio ob dolum*, la *exceptio quod metus* y la *exceptio ob fraudem creditorium*. Se evitaba la acción restituyendo o reparando el daño.

Las varias figuras de causa – *variae causarum figurae*–

Eran las obligaciones que surgían, no como consecuencias de un delito o contrato sino por situaciones que se parecían a los mencionados.

Se las trató de asimilar a los delitos por eso se les dio el nombre de *quasi ex delicta* y similares a los contratos, de allí surge el nombre de *quasi ex contractu*. La crítica que se le hace es que esas diversas situaciones que generaban un perjuicio y había que reparar, no se parecían en muchos casos ni a los delitos ni a los contratos. Algunas de las situaciones que son encuadradas en las varias figuras de causa quedaban sin efecto o devenían en abstracto cuando eran solucionadas por otras vías, por ejemplo, para el enriquecimiento sin causa se obligaba a devolver al perjudicado a través de condiciones, como las *condictiones certae pecuniae* y la *triticaria*. Se aplicaba la *condictio in certi* en el caso de que era necesaria una valuación judicial del enriquecimiento, para luego determinarse cuál era la *condictio* que debía aplicarse, así teníamos la *condictio indebiti* a los fines de recuperar la totalidad de lo dado de más por error. De ésta manera, quién había recibido de buena fe tenía que devolver antes de la *listis contestatio*. En cambio el de mala fe, además de devolver lo recibido indebidamente debe hacerse cargo de los perjuicios sufridos por la contraparte.

También había obligación de restituir por medio de la *condictio ob rem dati*, o *causa data causa non secuta* lo obtenido de otro que había sido con el fin de obtener un resultado al que nunca se llegó.

De carácter más general la *condictio sine causa* que se extendiera a los casos no contemplados expresamente.

La *condictio ob turpem u ob injustam causa* cuando el enriquecimiento fuera como consecuencia de actos contrarios a la moral y a la ley.

### **Los *Quasi ex delicta***

Eran aquéllas situaciones en las que se originaban un daño pero no estaban encuadradas en una figura delictiva, sin embargo fueron contempladas por la ley con el objeto de imponerse sanciones ante dichas eventualidades. A continuación pasan a detallarse.

## **Supuesto del Juez que hacía suya la causa**

Se comienza a explicar ésta figura haciéndose referencia a que castiga con la pena de muerte al juez o al árbitro, nombrado legítimamente, convicto de haber aceptado dinero para dar sentencia. De ésta manera el *iudex* tomaba una decisión a favor de alguna de las partes, pero no porque le asistiera la razón sino porque había intereses que respaldaban ésta decisión, por lo tanto se trataba de una conducta premeditada que hacía con carácter doloso. Recordemos que el *iudex* antes de asumir sus funciones debía prestar juramento de actuar conforme a derecho, caso contrario debía apartarse del asunto.

## **El *Effusum et Deiectum***

Se trata de los casos en que alguien arroja (*effusum*) o tira (*deiectum*) objetos desde el interior de una casa y resulta dañado u tercero, el propietario o *habitor* deberá ser responsabilizado jurídicamente aún cuando no haya sido el que lo tiró o arrojó. Si el daño era sobre una cosa la acción era por el doble, en cambio cuando se trataba de la muerte de un hombre libre la pena era de un máximo de cincuenta sólidos de oro., por una herida la pena era de carácter indemnizatoria determinada por el *iudex*.

## **El *Possitum et Suspensum***

Es el caso de las cosas suspendidas (*suspensum*) o colgadas (*possitum*), como en el caso anterior pude ser el *habitor*, un propietario o la acción de los que están bajo sus *potestas* (responderá por la acción realizada por éstos) resarciendo el daño causado a terceros, la pena era de diez sólidos de oro.

## **El Supuesto del Dueño de un navío, posada o caballeriza**

El propietario de los establecimientos mencionados cuando contrataba un dependiente se exigía de éstos una conducta acorde a sus

desempeños, pero en determinadas circunstancias podían causar un dalo a quienes concurrían a ellos. La reparación por parte del dueño se debía a la mala selección de los dependientes y la responsabilidad que emergía en consecuencia.

### ***Quasi ex contractu***

#### ***La negotiorum gestio***

La gestión de negocios, era cuando alguien se hacía cargo de ejercer actos de administración en representación de un tercero sin que éste le diera su consentimiento. Aquí falta un elemento esencial para que fuera un contrato ya que está ausente el consentimiento. Esta es la principal diferencia con el mandato, en lo demás es muy similar en cuanto a los elementos que lo integran.

Esa representación en los negocios ajenos puede ser voluntaria o por error. En el período clásico surgieron dos acciones: la *actio negotiorum gestorum directa* era ejercida en contra del gestor con el fin de que responda en caso de causarle perjuicios al dueño del negocio, tampoco deje de realizar el actos de administración en perjuicio del segundo (administrado); también se le podía reclamar la rendición de cuentas.

Por otro lado, estaba la posibilidad de ejercer la *actio negotiorum gestorum contraria*, por parte del gestor para obtener la devolución a través de su reclamo de los gastos realizados en beneficio del negocio que es de otro. Ésta última prosperaba solo si el dueño del negocio había dado su consentimiento o sea ratificó el acto de administración realizado por el gestor; caso contrario los gastos son riesgos que corren por cuenta de éste.

#### **La indivisión**

Los casos de indivisión de la cosa común eran: la co- propiedad o condominio y la indivisión de la *hereditas*. En esos casos los condóminos tenían la *actio per iudicis postulationem*, se trataba de una de

las cinco acciones de la ley, encontrándose está entre las de carácter declarativo. Apareció luego la *actio communi dividundo* o *actio in rem scripta* era oponible a los terceros que adquirirían la parte indivisa. La administración de la cosa indivisa les competía a todos por igual ya que era en beneficio colectivo, a todos beneficiaban las mejoras como podían perjudicarlos los gastos o pérdidas de alguna índole.

### **Tutela y curatela**

En la tutela y en la curatela no había un convenio, pacto o contrato entre el pupilo con su tutor o curador respecto de la administración patrimonial, pero actuaban de manera similar como lo hacía un gestor de negocios.

### **El legado**

Cuando se producía la muerte de una persona y dejaba un heredero, éste debía cumplir con la carga de entregar las cosas legadas a los legatarios. No era algo convenido expresamente entre el de *cujus* y el heredero, para obligarlo a cumplir pero era su obligación hacerlo. Tampoco había un acuerdo entre el legatario y el heredero.

### **El pago indebido –*solutio indebiti*–**

A veces se daba el caso de aquellos que, por error pagaban algo que no debían pagar, porque la deuda no existía (*solutio indebiti*). Ello generaba en el que había recibido de buena fe, la obligación de restituir (*condictio indebiti*), porque no había una causa jurídica que justifique que siga reteniendo lo que había recibido, prospera en el caso de las obligaciones civiles, no así en las naturales.

Con el paso del tiempo aparece la noción del “enriquecimiento sin causa”, nadie podía tener una mejora patrimonial en perjuicio de un tercero y mucho menos si no había una causa jurídica que lo justifique.

El pretor había contemplado ciertos casos:



La *condictio indebiti*: Por medio de ella el sujeto pretende la devolución de lo que se hubiese pagado por error.

La *Condictio ob turpem causam* o *iniustam causa*: Por ella se reclamaba la devolución de una prestación que fuera realizada por causa ilícita o inmoral.

*Condictio causa data causa non secuta*: Cuando se realizaba una prestación teniendo en cuenta el cumplimiento futuro del resultado y éste no se obtenía, por medio de ella, se lograba la restitución de dicha prestación.

La *condictio sine causa*: Abarca todos los supuestos en los que no exista causa.

La *condictio furtiva*: Con ella se podía lograr que se devuelva la cosa hurtada.

La *condictio ex lege*: Cuando la ley reconoce una obligación sin indicar una acción precisa.

## Formas de Garantizar las Obligaciones

El cumplimiento de una obligación se puede garantizar por medio de garantías personales como la fianza o de garantías reales como son la prenda y la hipoteca.

### **Fianza**

Se trata de una *obligatio* de carácter accesorio, por la cual un sujeto va a sumir el compromiso de responder con lo propio por deudas de otros.

### **Clases de Fianzas**

Las fianzas son obligaciones accesorias

- a) El *Fideipromissio*: Se hacía por medio de una *stipulatio* de carácter accesorio, podía haber varios fiadores. Según establecía la *Lex Furia* el plazo de duración era de dos años, cada uno respondía por lo que se había comprometido.

- b) Fideiussio: El fiador celebraba una stipulatio, servían para garantizar todo tipo de obligaciones. Como regla cada fiador responde solidariamente salvo que acuerden responder cada uno por su parte viril. Es transmisible a los herederos.

## Los contratos

Lo que conocemos como contrato fue conocido por los romanos como convenciones que tenían los siguientes caracteres: un acuerdo de varios sujetos, en una misma manifestación de voluntad (univocidad del acto) de la que resulta una obligación, encuentra su protección en el derecho porque se puede demandar su cumplimiento en justicia (*actio*), por último ese acuerdo está previamente creado por el derecho.

### Los Contratos Verbales

Se denominan de ésta manera porque se perfeccionan a través de la palabra. Ellos son:

- 1) La *Sponsio*
- 2) La *Stipulatio*
- 3) La *Dotis Dictio*
- 4) La *Promissio Iurata Liberti*

### Los Contratos Literales

Denominados de ésta manera porque se perfeccionan a través de la escritura.

Ellos son:

- 1) La *Nomina transcriptitia*
- 2) Los *chirographae*
- 3) Los *syngraphae*

## Los Contratos Consensuales

Denominados de ésta manera porque se perfeccionan por el consentimiento dado por las partes contratantes. Son los siguientes:

- 1) La Compraventa
- 2) La Locación
- 3) La sociedad
- 4) El mandato

## Los Contratos Reales

Son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa –*datio*–, la que da al contrato esa naturaleza. Son los siguientes:

- 1) El Mutuo
- 2) El Comodato
- 3) El depósito
- 4) La Prenda

## Contratos

### Evolución Histórica

En un principio, la palabra *contrahere* se aplica en un muy amplio sentido. A veces es sinónimo a *commitere* (cometer), otras veces es vocablo vecino a *constituere* (constituir). En cambio, *contractus* es mucho más tardío.

En el *ius civile*, la *conventio* o el *pactum* no generaban obligaciones jurídicas. Para que pueda surgir la obligatoriedad será necesario que esa convención este incorporada a un rito o solemnidad formal, que tiene la virtud de otorgarle la exigibilidad jurídica. Ello es lo que ocurre en el *nexum*, *sponsio* y *stipulatio*.

El pretor peregrino comenzó a reconocer, concediendo acciones, distintas formas contractuales del *ius gentium*, como los contractos reales y los consensuales.

En el período clásico, Gaius establece cuatro formas posibles de obligarse por *contractus*: que una obligación fuese contraída como consecuencia 1) de la entrega de una cosa /re), 2) del pronunciamiento de ciertas palabras (*verbis*), 3) de ciertos registros por escrito (*litteris*), o 4) del solo consentimiento (*consensu*).

En la época clásica el elemento *consensus* después de las formas o de la entrega de las cosas. El jurista Pedio, citado por *Ulpiano*, establecía que todo contrato tiene una *conventio* (acuerdo de voluntades).

*Los requisitos para que exista un contrato fueron*

- 1) Que haya *consensus*.
- 2) Destinado a crear obligaciones.
- 3) Que tenga un nombre propio.
- 4) Que este protegido por una *actio*.

El nombre propio se refiere a que tiene que estar mencionados en la ley, o sea, tener existencia jurídica, el nombre aparecía en el Edicto del Pretor. La *actio* permitía ejercer el derecho de litigar, llevando una determinada cuestión a juicio.

Con el paso del tiempo apareció la doctrina de los contratos innominados *Labeón*, estableció que, la convención que estuviera incluida en los contratos reales o consensuales, siempre que no fuera ejecutada por una de las partes, daba a esta una *actio* especial contra la otra, acción que en los tiempos de *Justineano* es denominada *actio praescriptis verbis* (acción con palabras puestas al principio de la formula).

En el derecho imperial se admitirá que ciertos pactos gozarían de protección jurisdiccional, por ejemplo, en los casos de la donación y de la constitución de dote.

## Clasificación

Las cuatro clases de contratos que señaló Gaius.

## **Contratos verbales**

Son aquellos que se perfeccionan con el pronunciamiento de palabras solemnes.

### **La stipulatio**

Es una forma de asumir una obligación entre dos o más personas, se realizaba oralmente y consistía en una pregunta y en una respuesta en concordancia con la pregunta formulada, podía hacerse en latín o en otra lengua extranjera, simbolizaba el consentimiento de los intervinientes el quiebre de la varilla o *stipz*, también podía hacerse dentro o fuera de la ciudad de Roma. No era necesario que sea formalizada solo por quirites, también podía ser hecha por extranjeros dentro de Roma y por quirites con extranjeros. Otro de los requisitos en la simultaneidad del acto, la respuesta no puede diferirse de la pregunta, tiene que haber entre una y otra un correlato necesario.

Si bien desde los comienzos se constituyó como un contrato verbal luego se permitió que fuera acompañado de un documento en el período posclásico se convierte en un contrato escrito.

De la *stipulatio* nace una acción, la *actio ex stipulatu*, la cual podía ser con fórmula cierta, cuando el *quantum* de la obligación aparece claramente expresado, o con fórmula incierta, cuando no es así o la obligación es de hacer.

La *stipulatio* podía servir también para la aplicación de la llamada cláusula penal.

### **Adstipulatio**

El *adstipulator* es un acreedor accesorio que tiene la confianza del acreedor principal y del cual este se sirve para cobrar el crédito.

Realizada la *stipulatio*, inmediatamente después se hace prometer la misma prestación por parte del deudor.

Le permitía al acreedor que tenía que ausentarse tener una persona de confianza que pudiera demandar al deudor.

Por ser accesoria, la obligación del adstipulator puede ser menor o igual a la del acreedor principal pero no mayor.

### **Dotis dictio**

Se trata de una promesa solemne de dote que podía ser hecha por la mujer misma que iba a contraer matrimonio, o por su pater, o un deudor de ella, y estaba dirigida a especificar que bienes constituía la dote.

Se trataba de un contrato unilateral.

Se permitirá también efectuar la promesa de dote por medio de una stipulatio que será la promissio dotis.

Más tarde se hizo de la promesa de la dote un pacto legitimo, por lo que cayeron en desuso las formas anteriores.

### **Promissio iurata liberti**

Se trataba de un contrato unilateral en que, bajo juramento el liberto se comprometía a efectuar determinadas obras a favor de su patrono.

Antes de manumitirlo, el dominus le hacía prestar al futuro liberto un juramento obligatorio, el cual era seguido, luego de la manumisión, por un segundo juramento, ya que se pensaba que el primero, prestado cuando aún era esclavo, no tenían completa exigibilidad. Esta forma de obligarse era también uno loquente. Para exigir su cumplimiento el patrono gozaba de una actio operarum.

### **Sponsio**

Es un contrato que contaba con las formalidades mínimas para quedar perfeccionado, consistía simplemente en una pregunta y en una respuesta. Se respondía con el verbo que se utilizaba inicialmente para contratar: ejemplo: ¿spondes....? A lo que la contraparte respondía spondeo....; o ¿prometes...? Y la respuesta era “prometo”. En contraposición, si se quiere, se llevaba a cabo entre ciudadanos roma-

nos, dentro de la ciudad de Roma, para los extranjeros se reservaba la stipulatio. Se celebraba solo en latín.

### **Contratos literales**

Los contratos literales son aquellos que se perfeccionan por medio de la escritura.

### **Nomina transcriptitia**

Son los libros que tenía cada pater, llamado codex para llevar el estado patrimonial en dos libros: en uno se anotaban las operaciones patrimoniales familiares se llamaba adversaria, era una especie de libro diario llamado ephemeris en relación a anotaciones mensuales. Se dejaban constancia de dos clases de créditos: los nomina arcaria o movimientos de caja; y los nomina transcriptitia comprendían las dos formas posibles de contrato literal, se suponía la existencia previa de un crédito ya anotado en el codex, se hacía con el consentimiento del deudor; era reemplazado por otro en el que se asentaba un préstamo de dinero ficticio. En la transcriptio a re in personam, el acreedor era llevado lo que se debía por él en ese momento, podía tratarse de una venta, de un préstamo, etc. En la transcriptio a personam in personam, inscribía lo que le era debido por un tercero al pater. También se hacían anotaciones cuando las deudas eran canceladas pero lo escrito no le daba el carácter jurídico de una obligación extinguida.

No se tiene mucha certeza, ya que se cuenta con poca información. Se supone que al lado de la suma se anotaba el nombre del deudor, lo que le daba fuerza de ley a esa forma contractual. Este libro es solo un medio de prueba para las obligaciones pero fue empleado además para crearlas.

Las dos formas tenían en común que la anotación debía ser efectuada con consentimiento del deudor en el libro del acreedor, el cual podía darse verbalmente estando presente y debía anotarse la causa de la obligación.

El nomen trascripticium, conocido como a re in personam, servía para lograr los efectos de una novación objetiva.

El nomen trascripticium, conocido como a persona in personam, es utilizado para lograr los efectos de una novación subjetiva.

## **Chirographae y Singraphae**

Hay una presunción asocia estas formas contractuales a los préstamos dinerarios.

El chirographum era un documento firmado solamente por el deudor y sellado con su anillo; aquel quedaba en poder del acreedor.

La syngrapha era un documento que se realizaba en dos ejemplares, firmados y sellados por el deudor y el acreedor, quedando uno en poder de cada uno de ellos.

Hoy lo podemos evaluar como un medio de prueba de la adquisición de una obligatio, pero en realidad en esa época, no surge claramente el sentido de la entrega de un documento a cada parte.

Lo que no se sabe con certeza era si servían como meros medios probatorios o si ambos tenían un valor abstracto constitutivo de obligaciones.

## **Contratos consensuales**

Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento (consensus), no es necesario llevarlo a cabo el cumplimiento de otras formas.

## **Compra-venta**

La compraventa (emptio venditio) es un contrato por medio del cual una persona llamada vendedor se obliga a transmitir la posesión de una cosa asegurando su pacífico goce a otra llamada comprador, que se compromete a abonar por ella un precio consistente en una suma de dinero.



Por la compraventa no se transmite la “propiedad” sino la “posesión”. Para adquirir el comprador el dominio de la cosa se hace necesaria la traditio de la cosa, respecto de la cual la compraventa funciona como iusta causa.

La compraventa, institución del *ius gentium*, con su consecuente traditio, reemplazó en el desarrollo histórico al ritual *mancipatio*, propia del *ius civile*.

Respecto al consentimiento, rige en Roma el principio de que nadie puede ser obligado a vender una cosa contra su voluntad. Solo en casos muy excepcionales puede haber obligación de vender una cosa. Por ejemplo, en virtud de una constitución de Antonio Pio respecto del esclavo maltratado por su dueño, o respecto de cereales, cuando una grave calamidad azotaba a Roma.

Las arras consisten en la entrega de un objeto o de una suma de dinero. El comprador solía entregar al vendedor, para dar firmeza al contrato, ya un anillo, ya una cantidad de dinero.

El objeto de una compraventa podía ser una *res corporal* como también una *res incorporal*.

El precio de la compraventa:

-debe ser dinero.

-Debe ser cierto. La certidumbre del precio radica en la determinación o posibilidad de determinación exacta del monto del precio.

-Debe ser verdadero, en el sentido de que no sea simulado, porque de lo contrario habría una donación.

-Se agregó luego que debe ser justo. Cada cosa tiene su justo precio, Justiniano estableció la rescisión del negocio en caso de lesión enorme, la cual ocurría cuando el precio era inferior a la mitad del justo valor de la cosa.

De la compraventa emanan las siguientes acciones.

- La *actio empti*, era ejercida por el comprador en contra del vendedor. Su propósito es lograr la posesión de la cosa vendida. El vendedor no está obligado, en principio, a transferirla el dominio

de la cosa, sino simplemente la posesión de la misma libre de toda injerencia de terceros.

El vendedor responde en caso de no poder entregar la cosa por haberse destruido, sea por su dolo o por su culpa. Solamente quedaría liberado por caso fortuito o fuerza mayor. En el siglo II d. C. era un medio de garantía por sí sola, el vendedor era obligado a dar las estipulaciones correspondientes. Contra aquellos que vendían esclavos o animales en los mercados públicos, aparecieron dos acciones, la primera servía para obligar al vendedor hasta dos meses después de la venta a dar las estipulaciones habituales de evicción. Después apareció la *actio redhibitoria*.

- La *actio venditi*, puede ejercerla el vendedor contra el comprador. Su propósito es exigir el pago del precio de la cosa vendida, los intereses u otros accesorios si los hubiere, de las ventas al contado, ya que era uno de los requisitos para que opere la transmisión de la propiedad. El comprador podía negarse al pago si la entrega de la cosa le era negada por el vendedor o había posibilidades fundadas de evicción. El comprador debe el precio aunque la cosa se haya destruido por caso fortuito o fuerza mayor antes de la entrega. Significa esto que los riesgos de la cosa son a cargo del comprador. El contrato quedó perfeccionado desde el momento mismo del consentimiento. Las únicas excepciones son el dolo y la culpa del vendedor, pues se entiende que éste tiene el deber de custodia de la cosa. También puede exigirle al comprador el pago de los gastos necesarios realizados para la conservación de la cosa vendida.

Para ser un contrato de buena fe, como elementos naturales de la compraventa aparecen: la evicción (garantía de los vicios jurídicos) y los vicios redhibitorios (garantía de los vicios materiales).

El vendedor no está obligado a transmitir al comprador la propiedad de la cosa. Basta que le entregue la posesión de la cosa libre de ocupantes y le asegure esa pacífica posesión. Esta situación se puede ver alterada cuando un tercero iniciare la acción reivindicatoria alegando que la cosa es en realidad suya.

En cuanto a los vicios redhibitorios el vendedor responde ante el comprador por los vicios que tenga la cosa y que él hubiera silenciado de manera dolosa; por ejemplo, se aseguro la existencia de ciertas cualidades esenciales que la cosa no tuvo.

La cosa vendida puede adolecer de ciertos vicios ocultos, el vendedor pudo no estar anoticiado de ello y por lo tanto no existir dolo. Para prevenirlos se utiliza la garantía de una *stipulatio*, comprometiéndose el vendedor a responder por ellos.

Los ediles curules van a establecer como elemento implícito en las compraventas, la responsabilidad del comprador por los vicios ocultos denominados también redhibitorios.

Se otorgan dos acciones, a elección del comprador:

La *actio redhibitoria*, cuyo objeto era lograr la resolución del negocio, de tal modo que se devolviera el precio pagado contra la entrega del objeto comprado. Sólo se podía ejercitar dentro de los seis meses siguientes al negocio, la resolución dependía del *arbitratu* del *iudex* a la que se sumaba una condena por un monto similar al precio. Si el vendedor no restituía la condena era por el doble del precio más los accesorios.

La *actio quanti minoris* o *estimatoria* cuyo objetivo lo habilitaba al comprador durante el lapso de un año a pedir una minoración del precio pagado. Lo resolvía el *iudex* según la gravedad del vicio.

A la compraventa se le suelen agregar ciertos pactos tendientes a modificar los efectos normales del contrato:

La *lex commissoria*. Se celebra el negocio, pero se lo deja subordinado a una condición resolutoria: que el comprador pague el precio dentro de un plazo determinado. Si aun no ocurriere, deberá restituirse la cosa con los frutos percibidos.

El *pactum displicentiae*. Se celebra el negocio, pero se lo deja subordinado a la condición resolutoria de que, si la cosa no resulta del agrado del comprador dentro de un plazo determinado, entonces deja de haber negocio. También podía ser establecida como condi-

ción suspensiva, de tal modo que el negocio sólo se perfeccionaba cuando el comprador manifestaba su interés en un plazo dado.

In diem addictio. El vendedor se reservara el derecho de rescindir la compraventa si dentro de un plazo determinado aparece un interesado que le ofrezca un mejor precio.

El pacto de retroventa. Por medio de él el vendedor se reserva la facultad de readquirir la casa dentro de un cierto plazo, mediante la restitución del precio pagado.

El pactum de retroemendo. Es el pacto por medio del cual el comprador puede obligar al vendedor a que le readquiera la cosa vendida, luego de transcurrido un plazo, por el mismo precio.

## Locación –locatio-

### Concepto

En la locación una persona llamada locator se obliga a proporcionar a otra llamada conductor el uso o el uso y disfrute de una cosa determinada (locatio rei), o la prestación de ciertos servicios mediante (locatio operum) el pago de un precio denominado generalmente alquiler. El conductor también podía comprometerse a trabajar sobre una cosa que le confiaba el locator, pagándole una merces (suma de dinero), ésta última era la locatio operis fasciendi.

En la locación de cosas el locador se compromete a entregar a la otra parte la cosa locada, corriendo a su cargo las reparaciones que sea necesario hacer en la misma para un uso adecuado.

El conductor se compromete a pagar el precio convenido, debiendo usar de la cosa conforme al destino de la misma y devolverla una vez concluido el arriendo.

La situación del locario resulta, frente a terceros, bastante precaria, ya que no es considerado un poseedor, sino un mero tenedor de la cosa, por lo que carece de los interdictos.

Se distingue entre la locación de servicios y la locación de obra.

En la locación de servicio, las partes han tenido en cuenta la prestación, la actividad, el obrar del locator, se calcula en espacios regulares de tiempo: se contrata a un albañil la construcción de un muro, por una cantidad pre establecida.

En la locación de obra se contrata en función de la prestación del opus, es decir la obra, el resultado del trabajo de locator, con prescindencia del tiempo que insuma su realización: se le encarga al albañil la construcción de un muro determinado y se le paga tanto por la realización de ese muro o se le paga por la construcción de cada metro cuadrado de muro. Es decir, se le paga por los resultados y no por la prestación.

Es presupuesto que la obra sea realizada con materiales del locatario.

Se entendió que el riesgo de la cosa corría a cargo del locator hasta tanto se entregase la obra o ésta fuese aprobada, salvo el supuesto de fuerza mayor.

De la locación surge dos acciones: la *actio locati* para sancionar a los conductores o locatarios-, y la *actio conducti* que sancionaba al locador. Ambas son *bonae fidei*.

El locador *rei* tenía la obligación de garantizar el uso y goce pacífico de la cosa en caso de que aparecieran vicios. El locator *operarum* debía hacer el trabajo convenido.

El locatario *rei* tenía la obligación de pagar el precio del alquiler.

Como regla general los locadores soportaban los riesgos, excepcionalmente el conductor *operis facienti* que sí asumía los riesgos.

La *Lex Rodhia de Jactu*, en caso de las pérdidas ocurridas en el mar, era soportada proporcionalmente entre los propietarios de las cosas que se habían salvado.

Los arrendamientos rurales duraban cinco años. La de inmuebles se prorrogaba de año a año por *tácita reconducción*.

Se podía pedir la resolución por ejercicio abusivo del disfrute o uso, había roturas o deterioros sin las reparaciones correspondientes, por falta del pago del alquiler durante dos años, o en el caso de la

necesidad del locador de habitar su casa, por mencionar algunas de las más comunes.

## **Sociedad**

La sociedad era un contrato en el que dos o varias personas se obligaban a poner en común bienes o de trabajo para obtener una ventaja o provecho también en común.

Para su constitución se requería de un elemento subjetivo que, era la intención de los socios se basaba en la *affectus societatis*, determina la esencia de ésta clase de contratos de sociedad.

Había dos que eran a título universal: la *societas totorum bonorum*, o sociedad de los bienes que pertenecían a los co herederos, *consortium*; por otro lado la *societas quaestuum* realizada entre manumitidos referidos a los bienes que obtenían por su actividad.

Se ponía fin a los patrimonios en común de varias personas por medio de la *actio familiae erciscundae* (división entre los co herederos); la *iudicis postulationem arbitri* para la división de la cosa en común a través de la *actio communi dividundo* entre los co propietarios o condóminos.

Había sociedades a título particular: la *societas unius rei*, tenía por objeto una o varias cosas determinadas; y la *societas alicuius negotiationis*, en la cual los aportes se realizan para una sola operación o una serie determinada de negocios, como por ejemplo, para el comerciantes de esclavos, de agricultores, de obreros, etc.

La sociedad se constituye por el libre consentimiento de sus miembros, bastaba que uno solo de los socios decidiera retirarse para que el contrato quedara concluido.

Había dos figuras de sociedad: la *societas omnium bonorum*, que se caracterizaba por el hecho de que en ella los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios,

Respecto de las ganancias y de las pérdidas, si nada se convino se entiende que son siempre por partes iguales. Si se conviene cómo será

el reparto de ambas, el derecho clásico, por regla general, permitirá una relativa desigualdad entre ambas.

Si se determinaron las proporciones de las ganancias, pero no las de las pérdidas, o viceversa, se debe entender que lo establecido para un caso debe regir para el otro.

Una vez extinguida la sociedad, por la voluntad de todos, o la de uno solo, o la muerte de un socio, o haber concluido el plazo convenido, por *capitis deminutio*, por caer en bancarrota, por haberse realizado el negocio para el cual se había creado, por pérdida del capital social.

Cada uno de los socios tiene la *actio pro socio*. Servía para establecer las ganancias y las pérdidas que le correspondían a cada uno. Si había que dividir una cosa en especie se utilizaba la *actio communi dividendo*.

También podía responsabilizar a otro socio por dolo o culpa en el ejercicio de las reclamaciones societarias. En este caso tiene un carácter infamante.

## **Mandato**

El mandato es el contrato en cuál una persona: el mandante; confía la realización de uno o varios negocios tengan o no carácter jurídico, asumiendo los riesgos, a otra; el mandatario y debiendo rendir cuenta por ellos.

Es un contrato consensual, pero bilateral imperfecto; genera obligaciones solo para el mandatario.

Debe el mandatario encargarse de llevar a cabo la administración de todo patrimonio, mandato general, o de un negocio determinado, mandato especial.

El objeto encargado debe ser un simple hecho, o un acto o un negocio jurídico, siempre que sea lícito y no contrario a las costumbres.

El mandato debe ser siempre en interés del propio mandante o de un tercero.

El mandatario está obligado a cumplir el encargo del mandante, respetando las instrucciones recibidas o las que rigen en general de acuerdo con la naturaleza del negocio.

El mandato concluye:

- Por haberse realizado el negocio encomendado.
- Por muerte de alguna de las partes.
- Por la voluntad concorde de las partes y por la voluntad de una de ellas, pudiendo darse el caso de la revocación por parte del mandante o el de la renuncia por parte del mandatario.

En el caso de la revocatio, ésta solo produce efectos desde el momento en que la conoced el mandatario.

En el caso de la renunciatio, el mandatario responde de los perjuicios ocasionados en caso de producirse ésta en forma intempestiva.

En caso de muerte del demandado, el mandatario puede accionar contra los herederos del mandante si actuó ignorando su muerte.

Las acciones nacidas del mandato son las actio mandati directa que ejerce el mandante para exigir el cumplimiento del mandato, y todo lo que el virtud de él hubiese recibido el mandatario con motivo del encargo. Expresado de otra manera se le pide la rendición de cuentas al mandatario por la falta de ejecución total o parcial.

La actio mandati contraria corresponde, al mandatario contra el mandante para reclamar que se le abonen los gastos realizados en el cumplimiento del mandato o los perjuicios ocasionados durante el cometido. Se le exigía al mandante que asumiera la responsabilidad de las obligaciones contraídas por el mandatario como consecuencia del mandato.

## **Contratos reales**

Los contratos reales son aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa (res).



## **Mutuo – mutuum-**

Ésta forma contractual al principio servía para favorecer o satisfacer las necesidades del prestatario. Los préstamos de dinero o de cosa fungible llevaban a que existieran riesgos, de que no se devolvieran dichos dineros, en esos casos se cobraban además intereses.

Los intereses se acordaban por medio de una *stipulatio usurarum* o *estipulatio de usura*, al vencimiento de cada mes se ejercía la *actio de kalendarii*. También podía celebrarse una *stipulatio sortis et usurarum*: se incluían la devolución del capital de origen y los intereses para formalizar no solo en sentido jurídico sino práctico la ausencia de usura.

El máximo monto de la tasa de interés fue fijado por la *unciarum foenus* de la Ley de las XII Tablas y la Ley *Diulia Moenia* del año 397 A. c. equivalente a un 8 1/3 por cada 100 ases y por año, pero también se cree que el monto corresponde al tiempo que duraba el préstamo, o sea un mes, siendo el interés de usura al llegar al 100%, es más probable que fuera ésta última y no la primera por ser bajo el monto.

Si bien existió la Ley *Genucia* (año 412 d.C.) no se aplicó durante bastante tiempo, ella prohibía los préstamos a tasas de interés. Durante el período republicano se aplicó una tasa del 12 por ciento.

El *faenerator* (usurero) era castigado con una pena de multa por el *quadruplum*, después de la Ley *Marcia* fue castigado con la *manus iniectio*. Las constituciones establecieron dejar sin efecto los intereses cuando iguales al capital de origen. Por le *senadoconsulto Macedoniano*, de tiempos de Vespasiano se le otorgaba al *paterfamilias* y al *filius* una *exceptio* para defenderse de reclamos dinerarios realizados al último.

En tiempos de Caracalla, solo los préstamos que se hacían por escrito, al tener un valor probatorio eran los que valían, no obstante que, en el caso de ser llevado a juicio podía ser desvirtuado por otras pruebas. El plazo máximo para discutir en juicio el escrito era de un año y después se extendió a cinco, luego prescribía.

El *nauticum foenus* referido a la *pecunia trajecticia* o sea el dinero prestado para el comercio por mar, si se perdían las mercaderías en un naufragio, el riesgo era asumido por el prestamista, pero mientras ello no pasara podía pedir un interés superior a lo establecido por las normas.

Por ese motivo era un préstamo de consumo y con desplazamiento del valor. Por él se transmitía la propiedad de una cosa del *tradens*, a otra, llamada *accipiens* cierta cantidad de cosas que podían ser pesadas, contadas o medidas, (*fungibles*); por las que el adquirente tenía la obligación de devolver cosas de igual naturaleza y cantidad. Intervienen dos sujetos: el mutuante, es el que entrega y la que recibe el mutuario.

A veces no era necesaria la *datio* (entrega en propiedad de la cosa), permitiéndose que si una persona, por otra causa, tenía una suma de dinero de otro, y esta lo autorizaba a retenerla y gastarla, era como si hubiese habido un *mutuo*.

El mutuante tiene, para reclamar la devolución de lo prestado, la *actio certae pecuniae*, si se trataba de una suma de dinero; o la *condictio certae rei*, si se trataba de cosas fungibles.

Este contrato de *mutuo* estaba prohibido para que por él se prestara dinero a un *filifamilias*.

En la época más antigua se aplicaba la *manus iniectio*, después se aplicó la *legis actio per conditionem* para cuestiones menos graves.

## **Comodato**

Es la entrega de una cosa a otro para que la use de manera gratuita. Intervienen dos sujetos: el comodante: es el que entrega y el comodatario que se sirve de ella. Éste último la tiene que restituir al cabo de un lapso acordado previamente. Si éste no existiera la cosa debe restituirse al primer requerimiento de la contraparte.

Se trata acá de un préstamo de uso. A diferencia del *mutuo*, el mandante no adquiere la propiedad ni tampoco la posesión, no tiene los *interdictos posesorios*, sino la mera tenencia de la cosa.

Pueden ser objeto de este contrato las cosas muebles o inmuebles, debiendo en principio ser no consumibles.

El comodatario debe usar la cosa de un modo normal o teniendo en cuenta lo convenido. Si hace un uso distinto al convenido puede caer en el *furtum usus*.

Del comodato nace para el comodante la *actio comodati* para recobrar la cosa prestada.

El comodatario gozaba del *contrarium commodati iudicium*, por medio del cual podía reclamar del comandante el pago de gastos realizados por él para mantener la cosa, así como perjuicios sufridos por haberse entregado una cosa defectuosa.

## **Depósito**

Es un contrato en el que intervienen dos partes: el depositante, entrega a otra una cosa mueble confiándole la guarda a otro que es el depositario, éste asume la obligación de devolverla al primer requerimiento. Es la definición del depósito regular.

El depositario es un mero tenedor de la cosa. No puede usarla, debiendo custodiarla hasta que se la reclame el depositante; o si medió un plazo, al vencer éste.

En principio era un contrato gratuito, aunque en la época justinianea se permitió la retribución de una mínima suma.

Hubo varias figuras de depósito:

-Depósito regular.

-Depósito irregular, en la época posclásica se admitió el depósito del dinero u otros objetos fungibles, el depositario podía cobrar intereses, por eso se lo asimiló a un préstamo o mutuo, dado que éste podía consumirlo y restituir otro objeto igual por tratarse de cosas fungibles.

-Depósito necesario o miserable, es el que tenía lugar en situaciones no comunes como, incendios, terremotos, naufragios, el depositante no tenía opciones para elegir a quién depositarle la cosa, de allí surge su nombre.

En caso de que hubiera conflictos, se resolvía de la siguiente manera, si hubo dolo por parte del depositario, este debía responder por el doble. Podía ejercerse en contra de sus herederos, quienes si cometieron también dolo responden por el doble del valor de la cosa; si solo hubo dolo del causante, por el valor simple.

### **Secuestro**

Es cuando se entrega la cosa litigiosa a una de las partes o a un tercero para que la administre. El secuestrario tiene a su favor los interdictos en caso de que alguien lo perturbe o le arrebate la cosa. Al que le corresponda judicialmente la cosa y no se la restituyera tiene contra el sequestrario la acción de secuestro.

El depositante tiene la actio depositi para la restitución de la cosa, la cual tiene carácter infamante.

El depositario tiene un *contrarium depositi iudicium* para obtener lo que pagó para mantener la cosa y eventualmente por los daños sufridos o vicios que tuviera la misma.

### **Prenda – pignus-**

Era la entrega de una cosa en posesión al acreedor para seguridad de su crédito, y se comprometía a devolverlo (acreedor) una vez pagado.

Si se pagaba la deuda, el deudor tenía la *actio pignoratitia* para recobrar la cosa preñada. Si no se pagaba dependía de la existencia en este contrato del *pactum commisorium*, en el que el acreedor queda como propietario de la cosa. También podía acordarse el *pactum vendendi*, por el cual el acreedor no se puede quedar con la cosa; debe subastarla y devolver el *superfluum*, lo que sobra una vez satisfecha la deuda, al deudor ese excedente, si no lo hace puede ser demandado por la *actio pignoratitia*.

El acreedor estaba protegido por los interdictos aún en contra del deudor. Vencida la obligación se permitía que el acreedor venda la cosa dada en prenda para cobrarse su deuda.

### **Los contratos innominados**

En estos casos existían regularmente una prestación y una contraprestación. Si una de ellas había transferido una cosa y no obtenía la contraprestación, se le admitía la posibilidad de interponer la condic-tio, para que pudiera pedir la devolución.

Este remedio podía utilizarse en el supuesto de que se hubiera entregado una cosa, pero resultaba inútil si la prestación había con-sistido en una *facere* (hacer), que no se puede repetir.

La escuela romano- bizantina terminara de estructurar estas figu-ras mediante la concesión de una acción genérica denominada *actio praescriptio verbis*.

La denominación de esta *actio* se debe a la colocación de palabras opuestas al comienzo de la formula (*praescriptio*).

Estos contratos s consideran siempre “contratos reales” porque en ellos la prestación debía preceder siempre a la contraprestación reclamada.

Se construyeron cuatro figuras generales:

- a) “doy para que des”
- b) “doy para que hagas”
- c) “hago para que des”
- d) “hago para que hagas”

Los principales contratos innominados son:

Permuta (doy para que des)

Por ella una de las partes entrega a la otra la propiedad de una cosa a cambio de una prestación similar de la parte contraria. Es del genero *do ut des*.

### Aestimatum

Una persona entrega a otra una cosa estimada en un valor determinado. Esta la puede vender, incluso a un precio superior, solo le será requerido lo estimado, el excedente lo retendrá para sí. Si luego de un cierto tiempo no la vendió, deberá devolverla.

### Precarium

Es cuando se entrega en forma gratuita una cosa a un tercero para que la use. Debe ser entregada cuando el primero la pida.

### La donación con cargo

Cuando un sujeto recibe una cosa, se le puede imponer al beneficiado una obligación a cumplir llamada cargo o modo.

### La transactio

Es un acuerdo celebrado entre las partes para poder cerrar un proceso judicial o no llegar a él y resolver la cuestión extrajudicialmente.

### Las convenciones

Eran compromisos recíprocos de las partes con el fin de proporcionarse distintas prestaciones y subsistían como pactos.

Si una de las partes cumplía con su parte y la otra no, para evitar un enriquecimiento sin causa, se ejercía la *condictio ob rem dati* o *causa data, causa non secuta*. En el caso de que la prestación fuera un hecho y no una cosa se otorgaban acciones *in factum*. También se otorgaba la *actio doli mali*.

### Los pactos adjuntos a un contrato y los pactos pretorios

A partir del siglo VII se desarrollaron lo que una doctrina moderna denominó los *pacta adjecta*, son los pactos accesorios a un contrato. El edicto prevé las sanciones de los pactos que no estaban contemplados en el derecho civil.

El pretor otorgó una *exceptio pacti*, para quién probase que el pacto había finalizado o disminuido su obligación.

Después aparece el pacto *in continenti* en los contratos de buena fe, eran solo cláusulas, por ese motivo cayó en desuso la *exceptio pacti*. En cambio se aplicó ésta última para los pactos *ex intervallo* en los contratos de buena fe, se pedía para los de derecho estricto en los casos de disminución de la obligación.

En el pacto de juramento – *pactum de jurejurando*–

Por él dos litigantes acordaban atenerse para poner fin al litigio al juramento de uno de ellos. Cuando el juramento voluntario era prestado por el acreedor nacía una acción *in factum*, y si era prestado el juramento por el deudor se le otorgaba una *exceptio jurisjurandi*, contra la persecución del primero.

El *receptum argentarii*

Era una operación por la cual un banquero se comprometía aunque fuese por error a pagar la deuda de otro porque se hacía una combinación con la garantía. Los banqueros no solo hacían operaciones con dinero sino con otra clase de objetos.

El *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*; en las que los marineros, taberneros y hosteleros, eran responsables salvo casos de fuerza mayor de la destrucción, pérdida o deterioro de los objetos de los viajeros que les fueron confiados.

*Pactum de pecunia constituta*

Era el compromiso asumido por el deudor a cambio de un plazo de gracia, para entregar en una fecha fijada una suma de dinero o cierta cantidad de géneros. Al principio tuvo una acción penal y anual. Después se fue aplicando la *actio certae pecuniae creditae*; pero con elevación del total de la *sponsio* de la que se deducía la mitad del valor del litigio. En la época clásica se aplicó la *pecunia constituta* se hacía comprometer al deudor con un nuevo acreedor o se unía al crédito una nueva caución.

#### Capacidad y consentimiento de los contratantes

La cuestión del consentimiento puede ser analizada desde varios puntos de vista.

Los *alieni iuris* si bien no tenían capacidad jurídica para los actos negociales, cuando tuvieron la posibilidad de administrar sus peculios se podían celebrar éstos con los *alieni iuris*. El problema podía radicar en cuáles eran los límites en su capacidad de administrar lo propio. Su consentimiento obraba a través de sus representantes; los tutores, ya sea que el acto jurídico sea llevado a cabo por el tutor o por el pupilo con la *auctoritas* de éste.

Se tenía presente el consentimiento al principio solo en los contratos verbales, en donde quedaba expresado por la pregunta y por las respuestas dadas por las partes. En apariencia no habría mayores cuestionamientos pero después se planteó la posibilidad de pensar si esa voluntad fue libre o se logró a través del fraude, el dolo o la violencia del miedo. En los casos que se planteaban éstas cuestiones existían



las acciones de dolo, la *quod metus causa*, con sus correspondientes excepciones para los demandados.

Otro de los aspectos que pudieron influir en limitar la libre voluntad y por ende, el libre consentimiento dado en un acto negocial fue el error acerca de algo específicamente sobre la naturaleza del contrato. Éste problema no existía en los contratos cuyo cumplimiento de las formas no dejaban lugar a dudas del consentimiento prestado en ellos, le daba más fuerza el cumplimiento de los requisitos formales y era más difícil probar si se había hecho conseguido a través de algún vicio (error, dolo, violencia, fraude). En ésta perspectiva no entre en juego la causa, ya que las formalidades cumplidas hacían nacer a la vida jurídica al acto. Pero era requisito de todo contrato tanto formal como no formal tener una causa lícita, si no se cumplía con esto último el negocio o acto era ilícito. La consecuencia era la nulidad.

La palabra pacto tuvo diferentes acepciones según su evolución histórica.

Sin embargo hubo algunos pactos que merecieron la protección por parte del pretor. Son los conocidos como *pacta praetoria*. El acuerdo de voluntades concluido entre dos o más personas sin formalidad alguna, que no estaba incluido dentro de las distintas categorías de contratos por el Derecho Romano, ha sido designado con el término general de pacto.

El simple pacto o pacto desnudo no engendraba obligaciones civilmente exigibles por carecer de acción. No obstante, la legislación romana fue concediendo fuerza obligatoria a ciertos pactos por la importancia cada vez más creciente de estos acuerdos de voluntades de tan fácil concertación, obrando en este sentido la jurisprudencia, el derecho pretoriano y la legislación imperial. Los pactos dotados de exigibilidad han sido llamados por los comentaristas pactos vestidos.

Los pactos vestidos aparecen así cuando la jurisprudencia decidió dar validez a los acuerdos celebrados entre particulares, con la condición de que no fueran contrarios a las leyes ni ocultaren una intención fraudulenta y siempre que estuvieran agregados a un contrato de

buena fe como cláusula adicional para modificar los efectos normales del mismo, acordándoles igual validez jurídica que la del contrato al cual estaban adheridos. Por este conducto nacieron los llamados pactos adjuntos o *pacta adiecta*, protegidos por la *exceptio pacti conventi* y también por la *actio* emergente del contrato principal. En su hacer jurisdiccional el pretor, poniendo en ejercicio sus facultades de *dare et denegare actinem*, permitió exigir judicialmente lo que las partes hubieran convenido por pacto en determinadas relaciones. De esta forma fueron creados los llamados pactos pretorios o *pacta praetoriae*. Siguiendo esta evolución, el derecho imperial contempló los negocios que se concertaban por pacto y que hasta entonces habían estado desprovistos de tutela procesal, dándoseles fuerza obligatoria por medio de constituciones imperiales y acordándoles para su ejercicio una acción especial, la *condictio ex lege*. De esta manera aparecieron los llamados pactos legítimos o *pacta legitima*.

### ***Pacta Adiecta***

Las convenciones accesorias agregadas a un contrato de buena fe con el fin de modificar sus efectos naturales, constituían los *pacta bonae fidei contractui adiecta*, más comúnmente llamados *pacta adiecta*. Estos acuerdos de voluntades, al estar adicionados a un contrato nominado tuvieron la fuerza obligatoria que del mismo derivaba, siempre que no alteraran sus elementos esenciales, por conducto de la acción que protegía el contrato principal. Los pactos adjuntos, que podían servir para agravar las obligaciones de una de las partes (*ad augendam obligationem*) o para disminuirlas (*ad minuenda obligationem*), fueron de dos clases, *incontinenti*, cuando se celebraban simultáneamente y *ex intervallo*, cuando su concertación era posterior al mismo.

En los contratos de buena fe, los pactos *in continenti* se obraban como pactos vestidos porque daban lugar a obligaciones civiles por estar agregados a un contrato

Los pactos *ex intervallo*, se los llamaban pactos desnudos porque estaban desprovistos de toda acción y estaban protegidos por la *exceptio pacti conventi* porque se los consideraba como un acuerdo independiente. Se exigió la obligatoriedad del pacto *ex intervallo* en el contrato de compra venta porque aún no era exigible su cumplimiento o era ejecutable y las cláusulas podían modificarse.

En los contratos de derecho estricto, dada su rígida estructura, tanto el pacto agregado *in continenti* como el adicionado *ex intervallo* carecían de eficacia jurídica, porque en los *iudicia stricti iuris* las facultades de interpretación estaban restringidas y las partes debían atenerse a lo estrictamente estipulado una vez realizado no podía haber modificaciones.

Con el paso del tiempo se le otorgó al pacto celebrado *incontinenti* acción para exigir su cumplimiento y al *intervallo*, solo una excepción, llegando a admitir como exigible el pacto de intereses agregado *incontinenti* al contrato de mutuo que era de derecho estricto, cuando el préstamo no consistiera en sumas de dinero, o fuesen sumas de dinero provenientes del fisco, o de los banqueros por ejemplo.

### ***Pactum Additionis in Diem***

El pacto de adjudicación a término (*in diem addictio*) era aquel en que el vendedor se reservaba la facultad de rescindir el contrato para el caso de que en cierto plazo se presentara otro comprador ofreciendo mejores condiciones, tales como un precio más alto, un término más corto o mayores garantías. Este acuerdo podía jugar como condición suspensiva o resolutoria, según cual hubiere sido la intención de las partes, es decir, que tenía por finalidad suspender la existencia de la venta o provocar su rescisión. En caso de duda debía considerarse que tenía por efecto rescindir el contrato principal, porque su inserción en el mismo se hacía por lo general para que produjera tal consecuencia.

Habiendo recibido el vendedor las ofertas de otros compradores estaba obligado a hacerlas conocer al comprador originario a fin de

que manifestase si aceptaba o no confirmar el negocio en las mismas condiciones que los nuevos pretendientes. En caso afirmativo debía ser preferido, en tanto que si no aceptaba, el contrato quedaba rescindido. El derecho que el pacto acordaba al vendedor para desistir del contrato no podía ser invocado por el comprador salvo convención en contrario.

En caso de que la venta hubiera sido hecha efectiva por varios vendedores y ellos no se pusieran de acuerdo sobre la aceptación de la oferta que hiciera el nuevo comprador, el primitivo adquirente estaba facultado a conservar la cosa si la hubiere comprado por un precio único. Si la adquisición lo hubiera sido por precios separados y se tratara de cosas divisibles, era admitido que cada enajenante se valiera del pacto independientemente por la parte que fuera propietario, resultando así que el primer comprador quedaba con el dominio de la porción del vendedor que no hubiera hecho uso del derecho de rescisión.

Revocada la venta por el ejercicio del pacto los efectos se retrotraían al día de la adquisición (*revocatio ex tunc*) y en consecuencia el comprador debía devolver la cosa con sus acciones y acrecentamiento y hacer cesar los derechos que hubieren establecido a favor del tercero, en tanto que el vendedor quedaba obligado a la restitución del precio de venta con sus intereses y a reconocer los gastos necesarios que el adquirente hubiere realizado. Si el comprador se negare a cumplir las obligaciones que le incumbían, el vendedor podía perseguir su ejecución mediante la *actio venditi*, propia de la venta, o valerse de la *praescriptis verbis* de aplicación a los *pacta adiecta* porque en éstos, a semejanza de los contratos innominados, de las dos partes obligadas una de ellas había cumplido la prestación. Si vencido el término establecido por el pacto, el vendedor no hubiera usado el derecho de rescisión, la venta quedaba confirmada.

### ***Pactum de retrovendendo***

El pacto de retroventa permitía al vendedor reservarse la facultad de volver a comprar la cosa dentro de cierto plazo, por el mismo precio o por un precio diferente, ya determinado o a determinarse. Este pacto también podía ser otorgado a favor del comprador cuando éste se reservaba el derecho de exigir que el vendedor volviera a adquirir la cosa vendida dentro de cierto tiempo por un precio determinado o a determinarse, tomando entonces el nombre de *pactum de retroemendo*.

El pacto de retroventa obligaba al comprador a revender al enajenante la cosa comprada cuando éste así lo exigiera, derecho que estaba generalmente limitado a un término convenido y en caso de que no se lo hubiera fijado, podía ejercérselo en cualquier momento. El vendedor debía pagar el precio pactado y el comprador devolver la cosa con sus accesorios y la falta de restitución por parte de éste le obligaba al resarcimiento de los daños y perjuicios por aplicación de los principios generales. Hasta que el vendedor no hubiera ejercido el derecho de recomprar la cosa, era libre el comprador para gravarla y aún para transmitirla en propiedad, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños e intereses, no pudiendo el vendedor atacar dichos actos porque el pacto originaba sólo una acción personal. El enajenante contaba con las acciones *venditi* y *praescriptis verbis* para hacer efectivo el pacto de retroventa.

### ***Pactum Commissorium***

El pacto comisorio o *lex commissoria*, era aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes contratantes convenían de que si una de ellas no cumplía con las obligaciones que le incumbían, perdía los derechos que hubiera adquirido por la celebración del contrato principal. Esta convención que podía acompañar a cualquier contrato excepto el de prenda, se aplicaba generalmente a la compra venta y se concedía a favor del vendedor quien podía hacerlo jugar para la

rescisión del contrato, apartarse de sus cláusulas y exigir el cumplimiento de la convención, pero la elección de uno de dichos derechos le impedía ejercer el otro.

El pacto comisorio podía concebirse bajo las mismas formas que el pacto *addictionis in diem*, es decir, como condición suspensiva o como condición resolutoria, produciendo sus efectos rescisorios cuando el comprador no cumplía su obligación de pagar el precio convenido en el plazo determinado y, en caso de duda, debía presumirse que las partes lo habían agregado para que jugara como condición resolutoria. En este pacto el solo vencimiento del plazo hacía incurrir en mora al deudor sin necesidad de interpelación, pero si el acreedor llegaba a aceptar parte del precio no podía pretender la rescisión del contrato.

Los efectos del pacto comisorio hacían que el vendedor restituyera la parte del precio que hubiera recibido, no incluyéndose en la misma lo que se le hubiera dado en concepto de arras o por otro título. Por su parte el comprador quedaba obligado a devolver la cosa en el estado en que la hubiera recibido, es decir, con todos sus accesorios y frutos percibidos libre de toda carga o gravamen. En lo que respecta a las consecuencias que la rescisión acarrearba a los actos de disposición efectuados por el comprador en el supuesto de que hubiera transferido la cosa a un tercero, no hay uniformidad en la doctrina.

Al igual que los otros pactos, el pacto comisorio acordaba al vendedor la *actio venditi* y la *actio praescriptis verbis* para exigir el cumplimiento de las obligaciones del comprador.

### ***Pactum Protimeseos***

El pacto de preferencia acordaba al vendedor el derecho de ser preferido sobre toda otra persona para adquirir la cosa en iguales condiciones, en caso de que el comprador quisiera venderla, por sus efectos, era similar al de retroventa, diferenciándose del mismo porque el vendedor tenía solamente un derecho preferencial, supeditado

al hecho de que el comprador procediera a enajenar la cosa, pero no lo autorizaba a exigir la reventa del bien adquirido.

El derecho de preferencia que acordaba este pacto y que los comentaristas han llamado *ius protimeseos*, podía surgir no solamente por convenio de partes, sino también por disposición de la ley o por un acto de última voluntad. También el *pactum* podía aplicarse a otros contratos distintos del de venta como cuando se daba preferencia para el arriendo a los poseedores de fundos públicos, sean del fisco o de los municipios.

### ***Pactum Displicentiae***

La convención se celebraba en interés del comprador, que daba a las partes el derecho de desistir del contrato dejando las cosas en el mismo estado que si la venta no se hubiera efectuado, es el pacto que los comentaristas llaman *pactum displicentiae*. Era muy usual en las ventas a prueba en las que el vendedor sometía el negocio al agrado o conformidad del comprador y por ello la *actio praescripti vervis*, igualmente aplicable, producía los mismos efectos que la *actio redhibitoria*.

El *pactum displicentiae* tenía la característica de que la facultad acordada al comprador para desistir del contrato podía ser dada con o sin límite de tiempo, siempre que ello se conviniera expresamente. En caso de que los contratantes no hubieran establecido un plazo, la ley suplía el silencio de las partes consagrando el término de sesenta días útiles para que el comprador efectuara la opción.

### ***Pactum Reservatae Hypothecae***

El pacto de reserva de hipoteca era aquella convención que acordaba al vendedor el derecho de reservarse una hipoteca sobre la cosa vendida como garantía por el pago del precio o del saldo que pudiere quedar. Dicho pacto que generalmente se constituía para facilitar los negocios de venta a crédito, no modificaba la situación jurídica del

comprador desde que la cosa era adquirida por él, entrando bajo su dominio aunque gravada con un derecho real de hipoteca a favor del vendedor. De esta manera el pacto garantizaba al vendedor por su crédito acordándole una preferencia con respecto a otras hipotecas que pudieran otorgarse o que ya se hubieran establecido. Como una variante, el vendedor podía reservarse el dominio de la cosa que enajenaba hasta el pago del precio convenido (*pactum reservati dominii*) y en el caso el comprador sólo recibía una posesión meramente precaria hasta tanto cumpliera con su obligación.

### ***Pactum de non Alienando***

El pacto de no enajenar era el que tenía por objeto impedir al comprador la enajenación de la cosa adquirida a cualquier persona. Era un compromiso por parte del comprador de no vender la cosa adquirida, provocaba la nulidad de la venta cuando el comprador no hubiese cumplido, porque el vendedor solamente podía perseguir la indemnización por daños y perjuicios mediante la *actio venditi* o la *praescriptis verbis*.

### ***Pacta Praetoria***

Se llamaron así a las convenciones que fueron protegidas por acciones in *factum conceptae* por ejemplo las *pacta praetoria*, el *constitutum*, los *recepta*, el *iusiurandum* y el *pactum hypotheca*.

### ***El Constitutum***

El pacto de *constituto* o *pecunia constituta* era la promesa de pagar dentro de cierto plazo, una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles que adeudaba el promitente (*constitutum debiti proprii*) o que era debida por un tercero (*constitutum debiti alieni*).

En un principio, el *constituto* había tenido aplicación cuando un deudor, al no poder cumplir su obligación en el vencimiento del plazo convenido, conseguía que el acreedor le otorgara uno nuevo bajo



la formal promesa de saldar su deuda a la llegada del mismo. Como tal compromiso creaba al deudor una responsabilidad mayor frente al acreedor por haberle permitido una dilación en la ejecución de su obligación, la falta de cumplimiento del pacto era jurídicamente considerada como una falta.

Si ocurría esto se le daba al acreedor una *in factum actio* de carácter penal, la *actio de pecunia constituta* para obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento.

Con el paso del tiempo el *constitutum* quedaban comprendidas las prestaciones de cualquier clase que pudiesen generar obligaciones que se podían reclamar civilmente.

El *pactum de constitutum* podía realizarse sin el empleo de formalidad alguna, quedaba perfeccionado con el *consensus* de las partes. Tenía que haber una deuda anterior de cualquier origen, el deudor debía tomar a su cargo una prestación equivalente a la deuda originaria.

Al igual que con el pacto de *constituto* no producía la novación de la deuda anterior que siempre subsistía, el acreedor, para demandar el cumplimiento de la obligación, podía elegir entre la acción emergente de la deuda originaria y la acción propia del *constituto*. Hecha la opción, el acreedor no podía ejercitar la otra vía que quedaba extinguida.

La acción derivada del pacto llamada *actio de pecunia constituta*, fue creada por el edicto del pretor para exigir el pago de sumas de dinero o de otras cosas fungibles, pero cuando el *constitutum* se hizo aplicable a prestaciones de cualquier naturaleza, sirvió para hacer exigible toda clase de prestación. El plazo de prescripción de la acción fue de un año, luego se extendió a treinta años.

## Los *Recepta*

Dicha denominación comprendía: tres convenciones de distinta aplicación, el *receptum argentarii*, el *receptum nautarum*, *cauponum et stabularium* y el *receptum arbitrii*.

El *receptum argentarii* era el compromiso contraído por un banquero con su cliente de hacer efectiva la deuda que éste tuviera con un tercero, en un día determinado. El cliente podía exigir al banquero el cumplimiento de lo pactado por medio de la *actio recepticia*, de origen pretoriano y que en el derecho justiniano fue substituida por la *actio de pecunia constituta* cuando el *receptum* se refundió con el *constitutum debiti alieni*.

El *receptum nautarum, cauponum et stabularium*, fue la declaración por la cual el naviero, el posadero y el dueño de un establo comprometían su responsabilidad por la destrucción o pérdida que pudieran sufrir las cosas que sus clientes dejaran bajo su custodia o la de sus dependientes. Dicha responsabilidad se extendía a toda clase de culpa y llegó a existir, aún sin que mediara convención, por el solo hecho de que los efectos y equipajes hubieran sido introducidos en el barco, posada o establo (*praestare custodiam*). También la responsabilidad se hizo extensiva a los perjuicios que hubieran ocasionado otros viajeros a pesar de que éstos no tenían relación alguna de dependencia con los guardadores. El pretor creó una *in factum actio* a favor de los propietarios de los efectos dejados en navíos, posadas o establos para que pudiera exigir la restitución de las cosas en el estado en que se encontraban en el momento de ser dadas en guarda.

El *receptum arbitrii* era aquel pacto pretorio en cuya virtud una persona elegida como árbitro se comprometía a decidir una cuestión cualquiera, en otros términos, significaba la aceptación del cargo de *arbiter* en una controversia en que las partes interesadas estuvieran de acuerdo en dirimirla sin la intervención de la autoridad judicial. Este tipo de arbitraje presentaba la particularidad de que no daba a las partes una acción para que pudieran compeler al árbitro a cumplir su encargo y la única coerción posible estaba a cargo del pretor que podía imponerle multas o decretar embargos de sus bienes.

## **El *Iusiurandum Voluntarium***

El juramento voluntario fue una convención no formal por la cual una persona que tenía un conflicto con otra, para evitar los trámites de un proceso judicial, aceptaba someterse al juramento que su contrincante prestara respecto del asunto que había que dirimir o solucionar.

La parte invitada a prestar juramento era libre de negarse a darlo en cuyo caso a nada quedaba obligado, o bien a prestarlo y entonces ambas partes debían someterse a los términos en que el mismo hubiera sido efectuado. Este juramento podía llevarse a cabo ante el juez o extrajudicialmente, de que tenía lugar a instancia tanto del acreedor como por el deudor y de que podía referirse a la totalidad del asunto debatido o sólo a un hecho concreto en discusión. Se le otorgaba a las partes una *actio in factum*, la *actio iuris iurandi*, para hacer cumplir sus resultados y una *exceptio iuris iurandi*, para el caso de que el juramento no hubiera sido prestado.

## ***Pacta Legítima***

Son aquellos en los que su fuerza obligatoria estaba dada por constituciones imperiales y que su ejecución podía ser perseguida por una condición, la *condictio ex lege*, por ejemplo: el pacto de intereses, la promesa de dote, el pacto de compromiso y la donación.

En el período del imperio se permitió acordar intereses y después exigirlos cuando se tratara de pactos sobre préstamos de cosas que no fueran dinero. Con el aspo del tiempo tuvo carácter obligatorio el pacto en el que se acordaban intereses sobre sumas de dinero cuando eran realizados por el fisco o por los banqueros.

Eran una *pacta legítima* éstos acuerdos de intereses sobre esas sumas de dinero.

La promesa de dote efectuada por simple convención a partir de Teodosio II (428) se le otorgó al marido acción para exigir el cumplimiento de la misma. Se le dio a éste pacto el carácter de legítimo.

## El pacto de compromiso

Por éste pacto varias personas se ponían de acuerdo en designar un árbitro para que resuelva una situación de conflicto y aceptar la sentencia que dictase.

Al principio no tuvo carácter obligatorio salvo que se hiciera bajo una *estipulatio* o cláusula penal.

En el derecho justiniano se volvió obligatorio el laudo arbitral, cuando las partes hubieran firmado el compromiso y no lo hubieran impugnado en el término de diez días, dándoles una *in factum actio* o una *condictio ex lege*.

No quedaban comprendidas las cuestiones de orden público, sobre el estado de las personas. El fallo era inapelable.

## Elementos de los contratos

Se clasifican los elementos en esenciales, naturales y accidentales.

### Esenciales

Sin ellos el contrato no puede tener existencia jurídica. La capacidad y el consentimiento de las partes, el objeto y la causa, de aquellos otros que sólo se exigen para determinados contratos, como serían las palabras sacramentales de la *sponsio* por ejemplo.

**Capacidad:** Se hacer referencia aquí a la capacidad jurídica de las partes para llevar adelante los actos negociales.

**Consentimiento:** *Se refiere a que las partes expresen su consensus o acuerdo de realizar tal o cual contrato.*

**Objeto:** *Es lo que deben realizar las partes que acordaron contratar, el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o susceptible de serlo.*

**Causa:** *La voluntad de las partes que da nacimiento al contrato va unida a un fin, el origintiene o persigue un interés.*

Naturales: son aquellos que, pueden ser excluidos por las partes por medio de una cláusula expresa.

Accidentales: son aquellos que dependen única y exclusivamente de la voluntad de las partes, son la condición, el plazo y el modo.

## Clasificación

### *Contratos a título oneroso y a título gratuito*

*Es a título oneroso cuando se genera una contraprestación valorada desde el punto de vista económico entre las partes intervinientes, de manera recíproca.*

*Es a título gratuito cuando esa contraparte no existe, como en el depósito.*

### *Contratos unilaterales y bilaterales*

*Según se den origen a las obligaciones para una sola parte, por ejemplo, el mutuo, o para ambas, por ejemplo, la compraventa.*

*Los contratos bilaterales o sinalagmáticos, se distinguen en: sinalagmáticos perfectos (nacen obligaciones recíprocas entre las partes, como en la compraventa y la locación) y sinalagmáticos imperfectos (nacen obligaciones para una de las partes, pero eventualmente puede nacer para la otra a posteriori; por ejemplo: el depósito, en el que las obligaciones son solo para el depositario, pero este puede obligar al depositante si pareciera alguna situación que así lo exigiera.*

### *Contratos de ius civile y contratos de ius gentium*

*Los contratos de ius civile provienen del derecho positivo romano. Dan origen a acciones iuris stricti, la labor del juez se reduce a comprobar su existencia o inexistencia, condenando o absolviendo.*

*Los contratos de ius gentium nacieron de la de las vinculaciones entre los distintos pueblos, y fueron admitidos por el pretor peregrino, por ejemplo: la compraventa y la sociedad. Dan lugar a acciones bonae fidei.*

### Efectos y extinción de las obligaciones

#### I. Efectos de las obligaciones

Efecto de las obligaciones entre el deudor y el acreedor. Ejecución.

Cuando nace un vínculo crediticio entre un deudor y un acreedor se pretende que ambos cumplan con lo que se han comprometido al inicio. A veces se cumplen estas perspectivas y en otras ocasiones no.

El cumplimiento de la prestación por parte del deudor podía ser voluntario o se hacía de manera forzada.

Cuando las perspectivas de acreedor no se cumplen se debe ejecutar la deuda. En el sistema de las *Legis Actiones* había dos formas muy antiguas: la *manus iniectio* y la *pignoris capio*, la ley pre establecía en qué casos debían aplicarse para que prospere.

Quedaba fuera de la órbita de la ejecución las obligaciones naturales ya que no disponían de ninguna *actio* para demandar su cumplimiento.

Al principio se exigió del deudor que cumpliera entregando lo que se había comprometido pero con el aspo del tiempo se le dio otra la posibilidad de que entregue algo diferente para extinguir su vín-

culo con el acreedor, en la medida que éste último aceptara. Para el caso de su aceptación tramitaba como una *exceptio* siendo sus efectos de pleno derecho o ipso iure.

La prestación debía ser cumplida en su totalidad y nadie podía ser obligado a recibir pagos parciales si no era lo que se había acordado.

El efecto era el mismo si tanto el cumplimiento de la prestación era realizado personalmente por el deudor o por un mandatario o por un gestor de negocios; como quién recibía la prestación, si era el acreedor un mandatario suyo o un agregado por causa de pago.

Si la prestación consistía en dinero no había mayores dificultades al momento de cumplir, cuando era en especies, la pérdida de la cosa salvo que, fuera por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor debía responder igual sobre todo en los casos de deuda de género.

Cuando se trataba de obligaciones de hacer o no hacer, el cumplimiento no podía hacerse en especie sin el consentimiento del acreedor.

Si el deudor era enjuiciado, su prestación cualquiera fuese se podía transformar en una suma de dinero determinado al momento de la *litis contestatio* si eran acciones de derecho estricto. Si eran acciones de buena fe se determinaba al momento de la sentencia.

Al momento de determinarse qué es lo que el deudor debe cumplir se tenía en cuenta el llamado *damnum emergens* o sea el perjuicio verdadero que tuvo el demandante, lo perdido patrimonialmente.

Con el paso del tiempo se tuvieron en cuenta otros perjuicios como la ganancia que se dejó de percibir denominada *lucrum cessans*.

## **Ejecución de las obligaciones**

En los primeros tiempos para ejecutar las deudas de deudor insolvente, se recurrieron a distintos mecanismos jurídicos: al principio la ejecución en la persona del deudor insolvente a través de la *manus iniectio*, luego con la sanción de la *Lex Poetelia Papiria*, en el año 326 a. C. por ésta última se prohibía la ejecución del deudor sobre su per-

sona para realizarla sobre su patrimonio (ejecución por la *Bonorum Venditio* y otros procedimientos similares).

*Cuando una persona contrae una obligación con otra en ambos se generara una expectativa, tanto del deudor de cancelar su deuda, como la del acreedor de que reciba la prestación dada.*

Esa obligación contraída por el deudor tendrá efectos ya sea al cancelar la deuda como al no cancelar la misma.

En las obligaciones de derecho estricto con respecto el deudor, respondía con su cuerpo (*manus iniectio*) en caso de incumplimiento, en cambio, si la obligación era del derecho de gentes, respondía con su patrimonio; además, cuando la obligación era del derecho estricto el *iudex* tenía menos facultades que cuando la obligación era del derecho de gentes o de buena fe, ya que tratándose de la obligación del derecho de estricto el *iudex* debía aplicar el derecho ajustándose al caso sin tener en cuenta las circunstancias particulares (equidad).

### ***Bonorum venditio***

Una de las formas de ejecución de las obligaciones incumplidas fue la *Bonorum venditio*. Era un procedimiento creado por el pretor, y consistía en que cuando el deudor no cumplía con la prestación objeto de la obligación, el acreedor podía pedirle al magistrado una orden escrita que lo autorizaba a entrar al domicilio del deudor, esa orden escrita recibe el nombre de *missio in possessionem*. Contra el deudor que se opusiera a obedecer esa orden, o cuando un tercero impedía al acreedor el acceso al domicilio del deudor, se daba un interdicto, que se conocía como interdicto *quorum bonorum*, de carácter universal.

En el supuesto de que el deudor dejara entrar en su domicilio al acreedor, el acreedor iba acompañado de una persona llamada síndico, designado por el magistrado al pedir la *missio in possessionem*, encargado de realizar un inventario con los bienes del deudor, que comprendía los bienes corporales como y los bienes incorporales derechos, pero se hacía también las nóminas de las deudas.



Era suficiente con que el acreedor se presente ante el magistrado y a partir de ese momento se publicaban afiches o proscripciones en lugares públicos con el fin de que se enteraran otros acreedores y la población en general. Se publicaban durante 30 días si el deudor estaba vivo y si ya había fallecido durante 15 días.

Luego se procedía a confeccionar los cuadernos donde figuran los créditos a favor del deudor y las deudas para indicar esta operación y se licitaba el patrimonio el efecto se le adjudicaba al acreedor, o cualquier que ofreciera a pagar el porcentaje más alto de los créditos contra el deudor, en igualdad de porcentajes al que ofreciera mejores garantías de pago, y así la persona que resultaba adjudicataria del patrimonio del deudor recibía el nombre de *Bonorum Emptor*.

La *bonorum venditio* es una sucesión a título universal entre vivos, que transfería los bienes del deudor; quedando éste desapoderado de los mismos y acarreándole la tacha de infamia. Ciertos deudores estaban dispensados de esta ejecución y en lugar de ésta se operaba *bonorum distractio*: eran los componentes de las clases senatoriales y los deudores de buena fe, que hacían cesión de sus y en tal caso se procedía a la venta de las cosas singulares hasta alcanzar un precio suficiente como para atender la justa existencia de los acreedores.

En la época de Justiniano la *bonorum venditio* ha desaparecido y ocupa su lugar la *bonorum distractio* para todos los casos.

Ahora veremos los casos en que el deudor obraba en forma maliciosa y el remedio jurídico que se buscó a través de la acción que se vería a continuación.

### **Acción Pauliana o revocatoria**

Cuando el deudor no podía cumplir con la prestación debida, podía ser porque realmente no podía y en otras ocasiones el deudor ejercía un fraude en contra de su acreedor, este se entendía en el sentido de daño. Hay fraude del deudor cuando éste realiza actos de

enajenación (enajenar: pasar a otro el dominio de una cosa) en perjuicio de sus acreedores, desprendiéndose de su propio patrimonio.

El deudor puede disponer de sus bienes libremente sin que por ello los acreedores pudieran impedirlo. Esto podía llevar a que disminuyera su masa patrimonial y no cumpliera con la prestación de los acreedores. El patrimonio les servía a los acreedores para reclamar ante el incumplimiento, pero el deudor a sabiendas los despojaba de ésta posibilidad.

Los reclamos de los acreedores eran tenidos en cuenta a nivel judicial cuando el deudor se insolventaba fraudulentamente, con el fin de causarles perjuicios a estos en sus pretensiones como tales (acreedores).

En el supuesto de fraude del deudor hay que distinguir dos clases de actos de enajenación que el deudor puede realizar en perjuicio de sus acreedores, pueden ser a título gratuito o a título oneroso. A título gratuito era cuando el deudor hace la enajenación sin que el beneficiario de la misma, el tercero que intervenía otorgare alguna contraprestación, por ejemplo la donación es un acto de liberalidad, si el acto jurídico que causa el empobrecimiento del deudor era con este título (gratuito) podía ser revocado sin mayores inconvenientes incluso podía oponerse a terceros.

En cambio el acto a título oneroso cuando la enajenación que hace el deudor hay una contraprestación que debe realizar la otra parte, por ejemplo: compraventa, no era alcanzada por la acción Pauliana.

La consecuencia que traía el fraude era el empobrecimiento del propio deudor a través de uno o varios actos jurídicos; el perjuicio patrimonial al acreedor; el deudor tenía que tener conciencia del fraude o sea intención de causar daño.

## **Efectos accidentales del incumplimiento**

Ahora pasamos a otro aspecto del tema que se está desarrollando que son los efectos accidentales, llamados así porque son circunstan-

cias que pueden darse o no y llevan al incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, se distinguen los siguientes casos:

Caso fortuito o fuerza mayor

Es todo evento ajeno a la voluntad del deudor producido por obra de la naturaleza o del hecho de un tercero del que el deudor no sea responsable.

Caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza que no puede preverse, en cambio fuerza mayor es el acontecimiento que siendo previsto no pudo ser evitado (inundación, terremoto, ruina, naufragio, etc).

Pero para que el deudor no responda por su incumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor), es necesario que cuando tiene el lugar el caso fortuito o fuerza mayor, no estuviese en mora en el cumplimiento de la obligación.

## **Mora**

Es el retardo o demora culpable en el cumplimiento de la prestación (mora del deudor) que no eran el resultado de la fuerza mayor, ni por culpa del acreedor, ni por error excusable.

También podía ser el retraso en recibirla (mora del acreedor).

Uno de los requisitos para que el reclamo prospere es la interpelación o acto formal por el cual el acreedor en forma judicial o extrajudicial, intima al deudor al cumplimiento de la prestación.

## **Mora del deudor**

Para que la mora del deudor se volviera exigible el acreedor debía hacer la *interpellatio* de manera personal al deudor.

Si el deudor muere la deuda se transmite a los herederos.

Éste debe hacerse cargo de los riesgos generados por la cosa. Debe, además responder por los daños y perjuicios generados por su mora y por los intereses que generan su retraso.

## **Mora del acreedor**

La mora del acreedor tiene lugar cuando el acreedor, de manera arbitraria, injustificada se niega a recibir la prestación que es objeto de la obligación, en el tiempo y lugar acordados.

Además del retraso objetivo, se requiere la intencionalidad dolosa o culposa del mismo ya que se niega a recibir la prestación.

Las consecuencias de dicho retraso son: Los riesgos por la pérdida o deterioro de la cosa, quedaban a su cargo además de indemnizar los daños y perjuicios causados por su retraso, como así también los gastos generados por el cuidado y conservación de la cosa. También interrumpía los intereses devengados. Pago por consignación:

Era cuando el deudor se veía obligado a depositar la cosa en un lugar público por ejemplo un templo, ello significaba que se liberaba definitivamente.

## **El dolo como causal de incumplimiento de las obligaciones**

El dolo es una maniobra malintencionada que una de las partes utiliza para obtener una ventaja patrimonial en desmedro de la otra parte, por lo tanto quien actúa con dolo utiliza la actitud de inducir en error al contrario (engaño), además la ventaja patrimonial tiene que ser grave para quién se beneficia. No puede haber dolo de ambas partes porque ambos habrían violado la ley y no podrían invocar derecho alguno en la justicia a través de una *actio*. La *actio* por dolo prospera cuando hay buena fe de una de las partes.

## **La Culpa**

Era otra causal de incumplimiento. Los romanos distinguieron la culpa grave de la culpa *levis*. La culpa grave se asimila al dolo, es toda conducta prudente o negligente que provoca un grave perjuicio patrimonial, es difícil saber si realmente se actuó con dolo o con negligencia en ciertos casos por las características del elemento subjetivo.

La diferencia entre el dolo y al culpa se mide por la gravedad o no del daño inferido.

### **La responsabilidad**

La responsabilidad por incumplimiento en tiempos del procedimiento formulario, si el deudor incurría en dolo o culpa debía indemnizar al acreedor por daños y perjuicios; mientras en tiempos del procedimiento extraordinario el deudor era condenado a cumplir con la prestación pactada.

La condena se podía establecer, en base a un cálculo aproximado, según el valor de la cosa, o tener en cuenta lo que declaraba el actor bajo juramento.

### **Daños y perjuicios**

Se llama daño a la lesión del interés o pretensiones jurídicas que tiene el acreedor con respecto a la cosa u objeto de la obligación.

Los daños pueden ser: emergente (lesión al interés del acreedor); o lucro cesante: es el beneficio que hubiera podido obtener el acreedor si el deudor hubiera cumplido con la prestación.

A su vez los daños pueden ser: directos: cuando es la consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación.

Los daños indirectos: Son aquellos en los que el incumplimiento de la obligación afecta a otros derechos, o intereses del acreedor.

## **II. Extinción de las obligaciones**

En el período clásico las obligaciones quedaban extinguidas por las siguientes causales:

-Las obligaciones de origen delictivo quedaban extinguidas por la muerte del delincuente; y en las obligaciones llamadas *vindictam*, por la muerte de la víctima.

-El crédito del *adstipulator* y el de la mujer en restitución de dote, no pasaban a sus herederos.

-Las deudas de las cauciones *sponsores* y *fideipromissores*) terminaban por la muerte de éstos.

-Por padecer una *capitisdeminutio*, producía la extinción de créditos en ciertos casos y de otras deudas que las nacidas de un delito, por desaparición jurídica de su titular o por absorción del patrimonio, por parte de otro.

-Por haberse cumplido el plazo de prescripción y no se podía accionar en reclamo de la deuda. A veces era consecuencia de que el Pretor creaba acciones que solo podían ejercerse dentro del año como regla general pero excepcionalmente se establecían otros plazos: la querella *inofficiosi* tenía un plazo de cinco años; las obligaciones de los *sponsores* y *fideipromissores* se extinguían a los dos años de acuerdo a lo dispuesto por la *Lex Furia*.

Para que un deudor pueda extinguir su deuda con el acreedor existían formas diferentes:

#### *Solutio per aes et libram*

Las partes quedaban desobligadas por el ritual del cobre y la balanza. El mismo está admitido solamente en ciertos casos, como por ejemplo, si la deuda proviene de un acto *per aes et libram*. Se requiere la presencia de por lo menos cinco testigos y el *libripens*.

#### *Aceptilatio*

Era cuando las partes se comprometían a entregar el objeto a través de la *stipulatio*, se podía a través de un método contrario llamado *acceptilatio* que consistía en una pregunta y una respuesta y en este método no se exigía ninguna formalidad por ejemplo, ¿tienes por recibido el caballo?, a lo que la contraparte respondía: “si lo tengo”.

### **Categoría de extinción *ipso iure***

Encontramos varias formas. Recibe ésta denominación la obligación que se extingue mediante efecto del derecho objetivo, de modo que el deudor no necesita pedir al magistrado que le dé una excepción para repeler la acción del acreedor, basta con invocarlo y probarlo.

## El pago

Es cumplir con la prestación adeudada.

Las personas que pueden efectuarlo y recibirlo

En principio el pago era hecho por el deudor; sin embargo podían hacerlo otros terceros: como el fiador por el *dominus negoti*, el deudor solidario o un tercero.

De ésta manera, podía pagar un tercero que recibió mandato del deudor, pagando extingue la obligación y tiene contra su mandante para que le reembolse lo pagado, la acción de mandato contraria. Puede pagar también un tercero que hace como gestor de negocios (*quasi* contrato parecido al mandato), pero en el que falta el consentimiento de las partes, en este caso se extingue también la obligación y el gestor puede pedir el reembolso por los gastos que le pudo haber causado el deudor. Y por último queda el caso en que el tercero pague contra su voluntad del deudor; en ese caso, en principio la obligación se extingue, pero el tercero no tiene derecho a reembolso contra el deudor, si no en la medida que el deudor se hubiera enriquecido con el pago.

En cuanto a las personas que pueden recibir el pago, sólo puede recibirlo el acreedor; si el deudor paga a quien no es acreedor no se libera ni extingue la deuda.

## Formas de pago

La forma de pago depende de la naturaleza de la prestación, si se trata de un *dare*, o sea de transmitir la propiedad o constituir un derecho real sobre la cosa, se tienen que cumplir con las formalidades que se exigen para la constitución de esos derechos reales; si se trata de un *facere* o un *non-facere*, no hay forma alguna, ya que se trata de hechos u omisiones; si es un *prestare*, para constituir un derecho de crédito sobre la cosa la formalidad es propia de la *traditio*.

## El lugar de pago

Es el lugar convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación. Si no hay lugar convenido, depende de la naturaleza de la cosa, por ejemplo, si se trata de cosa inmueble, donde ésta se encuentra ubicada.

Si es una cosa mueble se entregará en el domicilio del deudor.

Si la obligación es consecuencia de un hecho ilícito, el lugar es donde se cometió el hecho o el lugar donde tiene el domicilio el deudor, a elección del acreedor.

Con respecto al lugar surge la *actio eo quod certo loco*. Esta acción es de origen pretoriano surgió a raíz de que podía ocurrir que por voluntad del deudor no pudiera en ningún momento, el acreedor exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación.

Para reclamar la prestación en un lugar que no correspondía, por esa razón el pretor dio la *actio eo quod certo loco*, le permite al acreedor en todos los casos demandar la prestación en un lugar distinto al establecido.

## Tiempo de pago

El tiempo de pago si la obligación surge de un contrato, es el fijado por las partes, pero también puede derivar de la naturaleza del contrato.

Si no hay plazo fijado la obligación se hace exigible al primer requerimiento del acreedor.

En el derecho romano el plazo está siempre establecido a favor del deudor.

El plazo puede estar establecido:

1. A favor del deudor: el deudor puede pagarle al acreedor en cualquier momento.
2. A favor del acreedor: el acreedor puede exigir el pago en cualquier momento.
3. A favor del acreedor y del deudor: Ninguno puede pagar



sin el consentimiento de la otra parte, antes de vencido el plazo.

Si el deudor quiere pagar antes, el acreedor tiene la obligación de aceptar el pago, en cuyo caso el deudor tiene el derecho de descontar los intereses (si la obligación los devenga), descuento que recibe el nombre de *Inter usurium*.

El deudor debe pagar la cosa u objeto de la obligación no puede compeler al acreedor a recibir cosa diferente aunque sea de mayor valor ni tampoco puede liberarse haciendo pagos parciales.

Hay excepciones: la excepción de que el deudor pueda compeler al acreedor a recibir cosa distinta se llama *datio in solutum* (dación en pago).

La dación en pago tiene lugar cuando el deudor se libera cumpliendo con una prestación distinta a la que es objeto de la obligación.

Como excepción de pago existe el principio de que el deudor puede realizar el pago con beneficio de competencia; el deudor paga sólo hasta el límite que le permita alimentarse a él y su familia. (No todos tienen este beneficio, solo los socios entre sí por deudas provenientes de la sociedad).

### **El pago por consignación**

Tiene lugar cuando el deudor le paga por depósito judicial y media una sentencia judicial que declara válido dicho depósito y hace las veces de pago.

Asimismo se produce cuando el deudor ofrece pagar al acreedor y este se niega a recibir el pago.

### **Efectos del pago**

El pago libera al deudor y extingue las garantías, sean reales o personales, y obliga al acreedor a dar certeza de pago al deudor, restituyéndole los instrumentos que el deudor hubiese firmado.

## La novación

Junto a la *litis contestatio* se la tiene como un modo de extinción pero en realidad en los dos casos no se extingue se transforman, en una nueva.

Es otro modo de extinguir obligaciones del derecho civil; opera ipso iure –de plenos derecho-.

La novación se define como la transferencia y traslación de una obligación en otra posterior.

Para que la novación exista se tiene que dar los siguientes requisitos:

1. Tiene que existir una obligación anterior.
2. En la nueva obligación se tiene que cambiar algo a excepción del objeto porque si se cambiaran este se extinguiría la obligación anterior y la nueva obligación que surge no tendría que ver con la extinguida ya que la naturaleza de la novación no es extinguir sino cambiar
3. Se puede cambiar la causa jurídica que dio origen a la primera obligación por ejemplo lo que se prometió por la *sponsio* ahora se promete por *stipulatio*.
4. También se puede cambiar la persona del deudor o del acreedor.

La novación se producía por la estipulación que aparecía en los contratos: la *nominatranscriptitia*. Si la obligación que se nova es nula, se anulaba la obligación; si estaba sometida a condición y ésta no se cumplía también quedaba sin efecto la nueva obligación, a no ser que las partes dispusieran lo contrario.

## La compensación

No se trató de un modo directo de extinción de las obligaciones, por eso operaba por vía de excepción. Se partía de la base que había dos personas respectivamente deudora y acreedora una de la otra, de manera que los créditos se compensaban.

Se aplicaba ésta forma por acuerdo de las partes.

Se estableció que los banqueros –*argentarii*- podían compensar las deudas que tuviesen con sus clientes en la medida que estuviesen vencidas y fueran del mismo género, bajo pena de *plus petitio* en el caso de accionar judicialmente, o sea los banqueros podían perder el juicio.

El *bonorum emptor* también podía compensar los créditos, si su deudor era también acreedor suyo, siempre y cuando los créditos estuviesen vencidos.

Para que haya compensación eran necesarios ciertos requisitos:

1. Que sean obligaciones válidas y exigibles (exigible quiere decir que no se puede compensar una obligación a plazo con una obligación sin plazo o una obligación simple y pura con una obligación a condición.
2. que ninguna de ellas este sometida a otra condición.
3. tienen que ser liquidadas o sea fungibles (dinero).
4. se tiene que tratar de sumas determinadas.
5. los créditos que se compensan tienen que ser homogéneos por ejemplo no se podía compensar un esclavo con un caballo porque son heterogéneos.
6. si de la compensación quedara algo restante deberá ser reintegrado ese excedente a la parte que corresponda.
7. la compensación siempre opera por la deuda de monto menor.

### **La *transactio***

Es el modo de extinguir las obligaciones dudosas o inciertas mediante recíprocas buenas predisposiciones que se hacen entre sí las partes. Celebran acuerdos para solucionar conflictos y no llevarlos a la vía judicial.

La transacción equivale a una sentencia basada en la autoridad de cosa juzgada.

En la transacción hay concesiones o acuerdos entre recíprocos que realizan las partes para evitar situaciones dudosas o litigiosas.

## La remisión de la deuda

Se realizaba a través de un *pactum de non petendo* – no reclamar-, que es el pacto por el cual el acreedor conviene con el deudor de no exigirle el cumplimiento de la obligación.

## El *mutuo disenso*

Es cuando las partes que se obligaron por el mutuo consentimiento se desobligan manifestando la voluntad recíproca de extinguir la obligación.

## Concurso de dos causas lucrativas

Se presenta cuando el acreedor recibe la prestación -objeto de la obligación- que se debe a título gratuito, también a título gratuito de parte de otra persona. Así por ejemplo si alguien se obliga a donarnos una cosa que luego nos dona efectivamente, se extingue la obligación del primer donante, porque el beneficiario ha recibido el objeto sin que le costara nada el objeto de la prestación. En cambio, si alguien se obliga a darnos y nosotros compramos la cosa, entonces la solución es distinta.

## Modos de extinción del derecho pretoriano

En los modos de extinción *ope exceptionis*, estaban incluidas la *litis contestatio* en los *judicia imperio continentia*, la compensación *ex dispari causa*, en la compensación se le permitió al demandado oponer un crédito vencido, en las acciones de derecho estricto ya que había dolo al reclamar algo que ya había obligación de restituir), etc. También fue creación del pretor el pacto de demora – *pactum denon petendo*- era un acuerdo al que llegaban las partes, sin cumplir formas expresas o tácitas por la cual el acreedor renunciaba a la deuda en forma total o parcial, podía tener efectos *in rem* beneficiando a todos los acreedores o *in personam*: beneficiando a uno de ellos, quedaba extinguida la deuda si el pago perjudicaba al beneficiario. El deudor contaba con una *exceptio* de pago.

### El proceso judicial privado romano

#### I. El procedimiento

Es un conjunto de reglas que se tienen que seguir para realizar un juicio en el que se reclama alguna pretensión cuando se ha lesionado un interés. Se busca obtener una reparación del daño sufrido. El procedimiento es dirigido por una autoridad judicial.

Estas reglas han tenido variaciones a través del tiempo, a continuación se desarrollarán las tres etapas históricas del proceso judicial privado romano.

Así se regulaba la actuación en la justicia, aspecto evolutivo y contrario a realizar justicia por propia mano.

En un proceso estaban presentes, el magistrado en un primer momento; luego intervenía el *iudex*, cuya figura se explicará en este capítulo, y las partes en conflicto: el actor o demandante y el demandado.

#### Los funcionarios judiciales

Eran los magistrados por un lado y los jueces por el otro. El primero preparaba la etapa *in iure*, no era etapa de juzgamiento; y el se-

gundo la etapa *apud iudicem* o *in iudicio* hasta el dictado de la sentencia, examinaba los hechos que se le planteaban para resolver. Había un listado de jueces –*iudex*–, al que se le asignaban temas particulares sobre los cuáles podían tener más dedicación.

El magistrado tiene la *jurisdictio* y el *imperium*.

La *jurisdictio* era la declaración del derecho de carácter general y para todos, por ejemplo: los edictos, mientras que la segunda comprendía el derecho de disponer de la fuerza pública para cumplir las órdenes.

La *jurisdictio* va unida a un cierto *imperium*. Hay de varias clases; por ejemplo, la jurisdicción contenciosa: se refiere a los litigios de los particulares, se ejercía en el territorio sobre el cual el tribunal tenía competencia;

La jurisdicción voluntaria: En ella no hay litigios, se puede solicitarla intervención por ejemplo para dar autenticidad a un acto como puede ser un testamento; podía ser ejercida en cualquier lugar.

Las cuestiones relacionadas con la jurisdicción civil se llama *imperium mixtum*.

## Períodos

Los magistrados con potestades judiciales fueron variando a lo largo de los años:

Al principio la tuvieron los reyes y los cónsules.

En el siglo IV la tuvo el Pretor que se extendió cuando se creó la figura del pretor peregrino que abarcaba conflicto entre peregrinos o de éstos con los ciudadanos romanos. También los ediles que tenían competencia para ciertos casos, por ejemplo la venta de esclavos y animales.

En Italia la jurisdicción estaba a cargo de los *duumviri* y los *quatuorviri iuridicundo*, a fines de la república se limitó su jurisdicción a los procesos a montos inferiores a quince mil sestercios.

La *jurisdictio* en las provincias estaba a cargo de los presidentes de ellas, luego se hizo extensiva a los procónsules, propretores, o legados del emperador. Los cuestores tenían un rol similar al de los ediles.

En la época del imperio aparecieron los magistrados llamados *praefecto* de la ciudad y del pretorio, asumiendo las funciones que en otros períodos estaban asignadas a los pretores. El territorio se dividió en cuatro prefecturas encabezados por un *praefecto* del pretorio, era el representante del Emperador, tenía un alto rango.

En las provincias estaban los defensores *civitates*, magistrados inferiores que juzgaban los asuntos de menor importancia.

El *Iudex*. Los *recuperatores*, centunviros y *decemviros*.

Un juez podía ser designado para cada asunto que lo terminaba resolviendo con el dictado de la sentencia. Aquí podíamos encontrar a los *iudex* y a los *recuperatores*. También se llamaba *iudex* a los árbitros.

Sus diferencias eran

<i>Iudex</i>	<i>Arbiter</i>
Era siempre uno solo	Podía ser más de uno
Las cuestiones que debían resolver se basaban en el derecho estricto.	Los asuntos que resolvían se basaban en la buena fe.

Pero también había jueces que formaban tribunales permanentes.

Designación de los jueces

El pretor confeccionaba listas se las exponía en el foro y se los elegía a través de una elección. En el período de las *legisactionis* tenían rango senatorial, en tiempos de los Gracos fueron admitidos los caballeros. La edad mínima requerida para ser juez era de veinte años, era una carga pública y solo podía excusarse con causa justa.

Si las partes no se ponían de acuerdo se podía seleccionar a otro. Los *recuperatores* intervenían en los juicios entre ciudadanos y peregrinos.

Los tribunales permanentes estaban:

Los *decemviri stlitibus judiandis*, entendían en asuntos relacionados con la ciudad y la libertad.

Los *centumviri*, cada una de las 35 tribus nombraba a tres miembros y así el tribunal se componía de un total de 105 miembros. Luego el número fue elevado a 180. En el período del Bajo Imperio se dividieron en cuatro secciones llamadas *consilia*.

Los *triumviris* capitales entendían en las cuestiones en las que había que aplicar el sacramentum y la *manus iniectio*.

También abarcaban asuntos relacionados con persona, propiedad y sucesiones.

Estas figuras desaparecieron cuando apareció el procedimiento extraordinario.

## **Actio**

Es la posibilidad de reclamar ante los tribunales.

También había otras formas de reclamos, por ejemplo los interdictos, la *in integrum restitutio*, etc.

Las acciones podían ser *in re* e *in personam*

<b>Acciones civiles, provienen de la ley, senadoconsulto o constitución imperial</b>	<b><i>In rem</i></b>	<b>-Reivindicatio -Actio negatoria -Actio confesoria -Petición de herencia</b>
	<i>In personam</i> , busca sancionar el incumplimiento.	-Obligaciones -Contrato -Cuasi contrato -Delitos - <i>condictio</i>



<p><b>Honorarias o Pretorianas. Ejercidas por el magistrado en función de su <i>jurisdictio</i>, aplicaba el edicto o hacía extensión de las civiles para los casos que no estaban contemplados; y Edilicias</b></p>	<p>In rem</p>	<p>-Ficticias: <i>Publiciana</i>          -In Factum: <i>Ius in agro vectigalis; quasi serviana</i> o <i>hypothecaria</i></p>
	<p><i>In personam</i> Otorgadas por el pretor a quienes no podían ejercer la acción civil propiamente dicha.</p>	<p>-<i>Bonorum possessor</i>          -<i>Bonorum emptor</i>          -<i>Pauliana</i>          -<i>Doli</i>          -<i>Eo quod certo loco pecuniae constitue</i>          -<i>Iure iurande</i>          -<i>Furtum manifestum</i>          -<i>Vi Bonorum raptorum</i></p>

Las acciones directas se basan en la ley; las útiles fueron creadas para ser aplicadas por analogía, si no se podía aplicar se concedía una *actio in factum* basada en la equidad.

En las acciones de derecho estricto el *iudex* se ajustaba a lo establecido en la ley. En cambio en las de buena fe había un margen mayor de flexibilidad, teniendo en cuenta a la equidad y el caso en particular que había que resolver.

### Extinción de las acciones

Podía ser por diferentes motivos, por transacción, por sentencia definitiva que cerraba la cuestión, por prescripción, por sufrir una *capitis deminutio* máxima. En lo que respecta a la muerte, el derecho tanto del acreedor como del deudor es transmisible por vía hereditaria. Si la muerte se produce antes de la *litis contestatio* eran transmisibles las provenientes del delito de injurias, la que se da para

revocar una *donatio inter vivos* por ingratitud del donatario y la querrela *inofficiosi* testamento.

Luego de la *litis contestatio*, todas las acciones se transmiten a los herederos del actor en contra de los herederos del demandado.

### **Las etapas procesales *in iure* e *in iudicio***

El proceso judicial comienza con la etapa *in iure*, se realizaba la *in ius vocatio*. Las partes se presentaban ante el magistrado, previamente el actor convocaba al demandado y si éste se negaba a concurrir ofrecía un *vindex* que era un garante de comprometiéndose a concurrir cuando sea citado judicialmente. En el caso de que no ofreciera garantía, el actor (demandante) en presencia de testigos lo podía intimar coactivamente a que concurriera, se lo autorizaba a actuar compulsivamente para hacerlo comparecer.

Una vez que las partes comparecían en presencia del magistrado celebraban el ritual correspondiente a la acción de la ley por la que accionan, sea el *sacramentum*, la *condictionem*, etc. Según lo establecido por una *Lex Pinaria* se designaba en el plazo de treinta días y las partes volvían a comparecer ante el magistrado dentro del tercer día.

Las partes ofrecían cauciones o garantías (*vades*) para asegurar su comparecencia.

El procedimiento se realizaba oralmente, justamente allí radicaba la forma a cumplir basados en la recitación de palabras solemnes que no podían ser erróneas, sino se perdía el juicio. Cerrada la primera etapa del proceso con un acto procesal llamado *litis contestatio*, terminaba la etapa *in iure* y se abría la etapa *in iudicio* a cargo del *iudex*. Manifestaban que pretendían y se discutían las cuestiones de hecho, excepcionalmente, de derecho. La sentencia era dictada, en la medida de lo posible el mismo día antes del anochecer.

## II. Sistema de las *Legis Actionis* o acciones de La Ley

### Ubicación Temporal: época clásica

Se denominó de ésta manera al sistema procesal que predominó en la época primitiva en que el derecho se encontraba bajo la influencia de lo religioso o fas.

La voluntad de los dioses requería del cumplimiento de formalidades sin las cuales los actos que se celebrasen no trascendían a la vida jurídica.

Período de la historia de Roma plagada de un excesivo rigor formalista. Los rituales se realizaban en la etapa *in iure*, el menor error en la recitación o en el cumplimiento de las formas se perdía el juicio; las partes debían concurrir personalmente, se celebraba los días *fastos*, había doscientos treinta y cinco días en los que se podían actuar y otros ciento treinta y cinco que no por las cosechas y las fiestas, de ésta regla quedaba exceptuada la *pignoris capionem*.

El conocimiento del derecho estaba a cargo de los patricios, estaba relegado el plebeyo. No se permitía la representación en juicios, o sea actuar en nombre de otro, pero había casos excepcionales como: *pro libértate*, en el caso de actuar en representación de un esclavo y la cuestión del litigio versa sobre su libertad; *ex lege hostilia*: era cuando un ciudadano que no se encontraba en la ciudad, por ejemplo estaba en las guerras y había sido víctima de *furtum*, otro en lugar de él podía ejercer la *actio furti*.

Se podía condenar o absolver, en el primer caso las condenas eran pecuniarias por lo general, había excepciones por ejemplo en la acción reivindicatoria el dueño de la cosa pedía en principio la devolución del objeto o cosa que es suya.

Según los asuntos a los cuales estaban destinados resolver tenemos, las siguientes cinco acciones: tres declarativas y dos ejecutivas.

Las acciones de la ley eran cinco: Tres declarativas y dos ejecutivas:

*Legis actionem per sacramentum*

*Legis actionem per Iudicis postulationem arbitri*

*Legis actionem per condictionem*

Las tres anteriores son declarativas

*Legis actionem per manus iniunctionem*

*Legis actionem per pignoris capionem*

Las dos restantes son ejecutivas

1) *Legis Actio per sacramentum*: Era de carácter Declarativo.

Se caracterizaba por su carácter genérico al momento de plantear judicialmente el conflicto, respecto de aquellas situaciones en las que no estaba previsto como se tenía que litigar se recurría a ésta acción de la ley. Otras de sus características son las siguientes:

- a) Tenía montos pre- establecidos de 50 o 500 ases, llamados *sacramentum*, según el valor del litigio, era la forma en que se iniciaba la apuesta. Era destinado al culto de la parte que perdía.
- b) Las partes concurrían ante el magistrado.
- c) Simulaban una especie de combate con la vara o festuca, representaba la lanza utilizada por los romanos para ir a las guerras y apropiarse de las cosas del enemigo, en éste caso: tocaban con la festuca el objeto que se disputaban después de pronunciar palabras solemnes, era la lanza que usaban los romanos para apropiarse de las cosas.
- d) El demandante toma la cosa y afirma que es de su propiedad, luego hace lo mismo el demandado, tocándolo con la *festuca*, éste acto se llama *vindicatio*.
- e) Las partes se provocaban recíprocamente a la apuesta, se entregaba la suma apostada a los pontífices, con el paso del tiempo prestaban juramento de pagar en caso de que perdieran el juicio, se daban cauciones o garantías.
- f) La intervención del magistrado tenía carácter objetivo.

- g) Éste podía asignar la posesión interina de la cosa litigiosa hasta que se resolviera el asunto que se estaba tratando.
- h) Una de las partes se hacía cargo de cuidar y conservar la cosa objeto del litigio hasta que la sentencia resolviera a quién le pertenecía, debiendo el titular devolver los gastos realizados por quién antes la tuvo en su poder en concepto de gastos de cuidado y mantenimiento.

Si bien la cosa en conflicto siempre debía llevarse ante la presencia del magistrado, en relación a aquellas que ofrecían dificultades como las cosas inmuebles se podía llevar una parte de ella y se hacía la *vindicatio*, como si se hiciera por la totalidad de la cosa. La *vindicatio* era el acto por el cual se simulaba el combate ya referido en el que se pronunciaban palabras solemnes, y ninguna de las partes reconocía el derecho que alegaba la otra.

El que ganaba el proceso recuperaba la apuesta, y el que perdía su apuesta iba para el culto, con el paso del tiempo por disposiciones de la Ley *Papiria* va al *aerarium*.

- 2) *Legis Actio per Iudicis Postulationem Arbitri*: De carácter Declarativo. Se presume que es anterior a la Ley de las XII Tablas, se ampliaba el espectro de reclamos que en el *sacramentum* estaban muy limitados. Se incoaba ésta *actio* cuando los reclamos estaban originados en virtud de una *sponsio* o de una *estipulatio*, no se ejercían los rituales del *sacramentum*. Las partes se ponían de acuerdo para designar un tercero imparcial a ellas - *iudex* o *arbiter*- y así quedaba cerrada la etapa *iu iure*. También servía para pedir la división de las cosas comunes (*actio comuni dividundo*) o división de la herencia entre los co herederos. El *iudex* podía condenar por una suma dineraria o absolver.
- 3) *Legis Actio per Conditionem*: Era un acción de la Ley de carácter Declarativo. Se recurría a ella porque así lo establecía una *lex Silia*: en lo que se refiere a los reclamos de sumas

dinerarias; y la *Lex Calpurnia*, en cuanto a los reclamos de cosas ciertas. El actor intimaba al demandado a presentarse ante el magistrado en el plazo de treinta días, para elegir el *iudex*. El nombre de ésta *legis actio* proviene de *condicere* que significa a intimar, esa era justamente la intimación por el actor.

Hay poca información acerca de otras características de la misma. Se presume que con esta acción de la ley se quiso simplificar el proceso.

- 4) *Legis Actio per Manus Iniectio*: De carácter ejecutivo. La imposición de la *manus* se corresponde con una etapa del derecho primitiva, siendo una de las más antiguas que se conocían.

Tenía las siguientes características:

- a) Recaía sobre el deudor insolvente o confeso que había sido condenado en juicio a pagar.
- b) El acreedor lo llevaba a cárcel privada que en realidad era su casa, le restringía la libertad ambulatoria, hasta que pudiera venderlo durante los tres días de mercado.
- c) Antes de venderlo en el mercado podía aparecer un *vindex*, era una especie de garante, que pagaba la deuda que acreaba el deudor y lo liberaba de la situación en la que se encontraba.
- d) La restricción de la libertad ambulatoria no implicaba de modo alguno caer en esclavitud, ya que, desde el punto de vista jurídico no caía nunca en esclavitud aunque de hecho recibiera un trato de tal.
- e) Si un *vindex* pagaba la deuda, el rescatado debía devolverle lo que hubiere pagado por él, caso contrario se le podía imponer nuevamente la *manus iniectio*.
- f) Si perdía el juicio debía pagar el doble por accionar sin derecho.

Ésta acción de la ley se hizo extensiva a otras situaciones que fueron apareciendo con el tiempo, como las siguientes:

- 1) El prestamista que había cobrado de más, de acuerdo a lo estipulado por las leyes que regían la usura, tenía la obligación de devolver todo aquello que hubiere recibido de más caso contrario, se imponía sobre él la *manusiniectio*. Así lo disponía la Ley Marcia.
- 2) La Ley Furia Testamentaria prohibía que una persona recibiera por legado más de mil ases, de modo que para aquellos que burlaran la ley e hicieran varios legados de más de mil ases a la misma persona, quién los recibiera debía devolver el excedente sino se imponía sobre ella la *manus iniectio*.
- 5) *Legis Actio per Pignoris Capionem*: De carácter ejecutivo. Si bien se ubica históricamente en una etapa antigua en la que el derecho se hallaba bajo la influencia de lo religioso o fas, parece marcar una especie de transición hacia la conversión del derecho religioso en laico muy paulatinamente. De ésta manera va presentando caracteres particulares que además de diferenciarlo de los anteriores por sus particularidades se evidencia la incipiente desformalización, siendo sus características las siguientes:
  - a) Se podía tomar en *pignus* (prenda) informalmente la paga destinada a los militares cuando quién tenía obligación de hacerlo no lo había realizado.
  - b) También usaba ésta forma para tomar el dinero obtenido contra aquel que hubiera comprado un animal para sacrificarlo a los dioses y no pagara el precio; de igual manera contra el que no entregase el alquiler de una caballería siempre que el dinero de tal alquiler se hubiera destinado para realizar una ofrenda<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> *Lege autem introducta est pignoris capio, veluti lege XII tab. adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet ; item adversus eum, qui mercedem non*

Ésta última acción de la ley tenía caracteres muy peculiares, por los cuales hay quienes piensan que se trataba de una acción que se corresponde con una etapa histórica en la que se produce una transición hacia el procedimiento formulario. Sus caracteres eran:

- a) la falta de exigencia de rituales solemnes
- b) se podían llevar a cabo tanto los días fastos como nefastos.
- c) No era necesaria la presencia del magistrado ni de testigos.
- d) Se podía hacer de día o de noche.

## El Procedimiento Formulario

### La Transición

El paso del sistema de las *legis actionis* al procedimiento formulario no fue de un momento a otro sino que en un momento dado coexistieron ambos sistemas, pero han influido diferentes factores que hicieron que se deje de lado el uso de un sistema para empezar a utilizarse otro, los factores fueron:

- 1) El excesivo rigor formal que se exigía para llevar a cabo el procedimiento: el menor error material o jurídico hacía perder el litigio a quién hubiese incurrido en él, no importaba si era el que tenía la razón;
- 2) Perdido el juicio no se volvía nunca más sobre el asunto;
- 3) Se corresponde a una etapa histórica en la que empieza a destacarse la labor del Pretor (año 242 a.C.), que buscaba solucionar conflictos entre peregrinos a los que les estaba vedado el uso del procedimiento de las *legis actionis*;
- 4) Empiezan los procesos judiciales entre ciudadanos romanos y peregrinos, el sistema de las *legis actionis* ya no se podía aplicar porque estaba reservado a los ciudadanos romanos.

---

redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet (Gaius, 4, 28 ; Cf. Fest., Daps ; Gai., 6 ad XII tab., D., 50, 16, 238, 2).



- 5) Si bien en el año 130 a.C. la *Lex Aebutia* abolió el sistema de las *legis actionis*, también se presume que empezó por abolir la *condictio*. Las *legis actionis* permanecieron en vigencia para aplicarse en los casos del *damnum infecti*, y los procesos entablados ante el Tribunal de los centunviros; pero con el paso del tiempo cayó en desuso por los motivos explicados.

### Clasificación de las Fórmulas:

- a) Fórmulas que tienen una *intentio in ius concepta* –es la *intentio* que se basa en derecho-. El magistrado empieza a contemplar determinadas situaciones amparándose en el derecho que antes no estaban contempladas, como eran las *praescriptiones* y las *exceptiones*.
- b) Fórmulas ficticias: Son aquéllas en las que se ordena al *iudex* que deje de lado considerar la existencia o inexistencia de una circunstancia o condición de la sentencia que va a dictar, por ejemplo: Un ejemplo a propósito de la propiedad bonitaria: “Cornelio, sé juez, si Aulo Agerio compró y le fue entregado (sin *mancipatio*) el esclavo Sticho, que, si lo hubiera poseído un año, sería suyo según el *ius quiritium*, y a pesar de tu decisión, Numerio Negidio no lo hubiera restituido a Aulio Agerio, condena a Numerio Negidio, a pagar a Aulio Agerio tanto dinero como valga la cosa, y si no ha resultado así Absuévelo”. Aulo Agerio no ha tenido un año de posesión para poder llegar por *usucapio* a ser dueño del esclavo, pero se le indica al juez que asuma ficticiamente que ha tenido lugar ese lapso y discrimine, en cambio, las otras condiciones que posibilitan la *usucapio*.

- c) **Fórmulas Útiles:** Son aquellas que hacen extensivas determinadas situaciones al derecho civil cuando en otros tiempos no estaban comprendidas, por ejemplo la posibilidad que tenía el *bonorum emptor* de ejercer las acciones útiles que se relacionaran con el patrimonio adquirido.
- d) **Fórmulas con Transposición de sujetos:** Se utilizaba para superar determinadas situaciones que en otros tiempos no estaban comprendidas, por ejemplo: si se quería demandar al *filius* en virtud de su peculio su responsabilidad solo operaba hasta el monto de éste, sin embargo con esta clase de fórmulas se lo podía demandar al *pater* ya que su nombre era colocado en la *condemnatio*, mientras que el nombre del *filius* era colocado en la *intentio*.
- e) **Fórmulas *in factum conceptae*** –se basaban en situaciones de hecho– por lo tanto al no estar contempladas en el derecho el pretor les daba protección. Según los casos podía dictar un edicto repentino.

### Partes de la Fórmula

- a) **Demonstratio:** Era la parte de la fórmula en la que se manifestaba cual era el objeto del litigio: por ejemplo, Ticio reclamaba el fundo Tusculano.
- b) **Intentio:** Era la parte en la que manifestaba cuál era la pretensión jurídica del actor: Por ejemplo: reclamar al esclavo que se adeudaba en virtud de una compra venta; para hacer un reclamo debía existir un título jurídico que avale o respalde lo reclamado en juicio, ya que no se trataban de un capricho del actor de reclamar algo porque sí.

Encontrábamos distintas clases de intentio:

- 1) ***Intentio certa:*** El objeto es especificado, es determinado, no hay lugar a dudas de lo que se recla-

ma, no se trata de algo genérico.

- 2) *Intentio incerta*: El objeto aún no está determinado, será determinado posteriormente por decisión judicial.
  - 3) *Intentio in ius concepta*: cuando el ejercicio de la acción nace del *ius civile*.
  - 4) *intentio in factum concepta*: Se trata de una situación de hecho que va a gozar de protección por parte del pretor.
  - 5) *Intentio in personam*, cuando el reclamo iba dirigido a un deudor determinado.
  - 6) *Intentio in rem*: para reclamar una cosa.
- 1) La *intentio*: Resulta que si se trata de una *intentio* en la que el objeto de reclamo debe ser especificado, se puede incurrir en una *plus petitio*, ésta podía ser de varias clases:
- f) *Plus petitio re*: Era cuando se reclamaba un objeto diferente del que se tendría que haber pedido, o en el caso de se cosas en cantidad se pedía de más, o de menos, en realidad se pedía de un modo diferente del que se tendría que haber hecho, en otras palabras el pedido estaba mal hecho.
  - g) *Plus Petitio Tempore*: Era cuando se reclamaba algo en un tiempo que no correspondía: podía ocurrir de dos modos: que se reclame algo sin haber fecha de vencimiento del negocio jurídico, pero la naturaleza de la prestación aún no hacía exigible su cumplimiento: por ejemplo que la prestación objeto del negocio consistiera en la entrega de un buey sometido a condición, de que se produzca su nacimiento, y el acreedor lo exige cuando aún no se produjo éste hecho; también puede ocurrir cuando estando sometido el negocio jurídico a fecha de vencimiento o plazo, éste aún no haya operado y el

acreedor exija su cumplimiento, lo que deberá ser neutralizado por el deudor a través de una *exceptio*.

- h) *Plus Petitio Loco*: Cuando se celebra un negocio jurídico se establece por lo general el lugar (loco) donde se va a cumplir con la prestación, pero en algunos casos ésta cuestión no está preestablecida, entonces la ley determina que la prestación deberá ser cumplida en el domicilio del deudor o en el lugar donde se encuentre la cosa, si nada se acordó. Se incurre en *plus petitio* cuando se reclama la cosa en un lugar que no fue el acordado por las partes, o que por la naturaleza de la prestación no era el lugar donde debía exigirse su cumplimiento y lo puede perjudicar de algún modo al deudor.
- i) *Plus Petitio Causa*: Es cuando se invoca una causa jurídica diferente de la que se tendría que haber manifestado como otro de los fundamentos de la realización del negocio jurídico. Por ejemplo reclamo al esclavo por haber celebrado una compraventa pero resulta que me lo deben por una donación, la causa jurídica que legitima el negocio no es la que debía invocarse por lo tanto se ha incurrido en *plus petitio*.

La consecuencia de la *plus petitio* es que hace decaer el derecho de quién la comete (caducidad) además se le imponen costas al que incurre en alguna de ellas.

- c) *Condemnatio*: En ella se manifestaba que era lo que el actor pretendía se establezca en la sentencia: la absolución y la condena, se pedían las dos cosas: “Te pido que condenes a Varrón a que me devuelva el esclavo, si no fuera así absuévelo”, el sentido radica en que si el demandado no era culpable correspondía judicialmente su absolución, se trataba

de una cuestión formal, no plasmaba la intención del actor que siempre manifestaba tener la razón y no admitía perder el juicio. En caso de tratarse de una condena ésta se podía tratar de la devolución de la cosa reclamada: por ejemplo un esclavo; el pago de una suma dineraria *certa*: dos mil ses-tercios; o en el caso de que el objeto fuera *incerto*: su deter-minación se hacía en base a una litis *aestimatio*; sin dejar de tener en cuenta que si celebraba una *estipulatio* adicional al momento de ser condenado debía pagar una suma más alta.

- d) *Adjudicatio*: Dependía de la naturaleza de la cosa objeto del litigio: para evitar el deterioro o la extinción del objeto, por ejemplo evitar la muerte de animales o esclavos por falta de alimentos hacía que, hasta que se resolviera el conflicto al-guna de las partes se hiciera cargo de poseer interinamente la cosa hasta que se dicte sentencia que determinara quién debía hacerse cargo por derecho de ella, en ese caso debía devolver a quién la tenía a su cargo todos los gastos que hu-biere realizado para el cuidado y conservación de la cosa<sup>12</sup>.

No se cumplía a rajatabla la existencia de todas las partes de la fórmula tal cual como se acaba de describir, en algunos casos alguna podía no hallarse porque la exigencia de la prestación no la requería.

## Las Excepciones

Son medios de defensa que esgrime el demandado con diversos fines: puede ser para detener provisoriamente la continuidad del pro-ceso o para hacerlo finalizar definitivamente cualquiera sea el estado en el que se halle.

Las primeras se denominan excepciones dilatorias: el demandado opone su medio de defensa cuando se dan determinadas caracterís-ticas por las cuales considera desde el punto de vista jurídico que en

---

12 Otro caso de posesión interina de la cosa objeto de un litigio, era en la *bonorum possessio*, por la cual el pretor podía otorgar la posesión interina de la cosa litigiosa en favor del presunto heredero hasta que se resolviera el asunto.

ese momento no debe prosperar un juicio en su contra, impide su prosecución transitoriamente, una vez que se produzca una situación permita seguir con el proceso éste continuará: por ejemplo: el actor le reclama el pago del precio de la locación, pero ocurre, que no ha vencido el plazo para hacer efectivo el pago, por lo tanto hasta que el mismo no opere el actor no está habilitado para reclamarle.

Las segundas se denominan Excepciones Perentorias: La mismas tiene por objeto hacer caer definitivamente el proceso, porque se dan situaciones por la cuales el juicio no puede prosperar, por ejemplo: el actor exige la entrega de una cosa y la misma ya se realizó, cuando se reclama a alguien distinto de quién tendría que haber sido el demandado, o cuando hubo un *pactum de non petendo* (pacto de no reclamar) y el actor reclama igual el cumplimiento de la prestación, independientemente de que el actor opere con negligencia o malicia.

### **Oportunidad procesal**

La oportunidad procesal para presentarla es luego de la *intentio* a pedido del demandado y los efectos una vez probada la *exceptio* pueden ser una condena leve o la absolución del demandado.

### **Las Réplicas**

Así como el actor interpone una demanda y el demandado opone una *exceptio*, el actor en contra de la *exceptio* hace una *replicatio* posibilidad que también tendrá el demandado de contestarle por medio de otra *replicatio*.

### **La Praescriptio**

Se colocaba al redactar la fórmula, podía ser establecida den favor del actor o del demandado, según el caso. Era como especies de reservas que se hacían para evitar los efectos de la litis *contestatio* le hiciera perder el juicio a la parte que la invocaba.

Cuando era un *praescriptio pro actore*: Por ejemplo: si el actor reclamaba una suma de dinero en concepto de alquileres impagos debía dejarse salvaguardada la posibilidad de reclamar en el futuro las sumas que se devengasen y que estuvieren impagas, se aclaraba que se accionaba por lo adeudado hasta ese momento, si no lo hacía podía perder el juicio por hacer un relamo genérico que incluiría tácitamente todo lo que comprenda el contrato de alquiler, ese es el motivo de la *praescriptio*, evitar esto.

Cuando era una *praescriptio pro reo* (para el demandado), se tratan de medios de defensa y pueden ser por ejemplo la *praescriptio longi temporis*; había otras denominadas prejudiciales en la que se establecía que el *iudex* debía resolver sobre una cuestión para prejuzgar otra más importante.

#### Comienzo de la etapa in iure

- 1) Se podía dar aviso al demandado extraoficialmente;
- 2) Luego se hacía la *in ius vocatio*: se lo citaba al demandado para que comparezca;
- 3) El demandado garantizaba su participación en el juicio a través de una *stipulatio*, también se comprometía por otra *stipulatio* a cumplir la condena.
- 4) El demandado se comprometía a no actuar con dolo;
- 5) Si no cumplía con ninguno de los pasos referidos, el pretor estaba habilitado a vender su patrimonio<sup>13</sup>.
- 6) Para el caso de que, las partes se presenten ante el magistrado, el actor solicita la acción;
- 7) El pretor verifica la legitimación de las partes para actuar en el proceso;
- 8) También verifica si son cuestiones contempladas en la ley, para el caso de que existiere sobre el asunto planteado algún vacío legal, el magistrado concedía la *actio in factum*;

---

13 D.50,17,52.

- 9) El magistrado podía denegar el ejercicio de la acción.
- 10) En el caso de que lo admitiera, les pedía a las partes que lleguen a un acuerdo para evitar la etapa judicial, buscando una solución más rápida y efectiva, se hacía una *transactio*, se trata de un remedio jurídico que evitaba llevar a cabo un juicio tedioso y largo, quizá con un resultado hasta más perjudicial si se quiere que el que se pudiera conseguir por medio de una sentencia, es una herramienta aconsejada y utilizada en el derecho actual.
- 11) Podía ocurrir que el demandado aceptara las pretensiones del actor, significa que se ha allanado a la demanda y se lo tiene por *confessus*.
- 12) Si las partes no se ponían de acuerdo se designaba a un *iudex*, *recuperatores* o colegio judicial.
- 13) El *iudex* era elegido por las partes o por el magistrado de un listado que existía previamente.

### **La Litis Contestatio**

Tuvo diferentes significados según la evolución histórica, durante el sistema de las *legis actionis*, aquí se hacía la comprobación de la cuestiones de hecho por medio de aspectos jurídicos como era la producción de la prueba.

En la etapa del procedimiento formulario la etapa *in iure* o primer etapa quedaba cerrada cuando se trababa la *litis contestatio*, así se denominaba al decreto del magistrado en el que quedaba planteado el conflicto ya que el actor había manifestado sus pretensiones y el demandado se había opuesto a través de excepciones, se abría la etapa *apud iudicem in indicio*, quedaba perfectamente establecido sobre qué debía expedirse el *iudex* en su sentencia.

Con ella la antigua obligación del demandado queda extinguida y aparece una nueva, por ese motivo se produce una *novatio* necesaria: debe continuar el proceso y hacerse cargo de la condena en caso de que ello ocurra. Quedan subsistentes las prendas, hipotecas y privile-



gios sobre os créditos, Los intereses siguen su curso normal, A diferencia de la novación necesaria en la que no se dan éstas cuestiones.

Para que opere ésta novación forzosa, el proceso tiene que ser un *iudicium legitimum* o sea ante ciudadano y un *iudex*; que la fórmula haya sido concedida *in ius* (en derecho).

La nueva obligación que nace es civil y perpetua además de transmisible. Por otro lado, las partes que intervienen en el juicio no pueden cambiarse (a diferencia de una novación voluntaria en la que puede cambiarse las personas del deudor y del acreedor).

El *iudex* va a resolver en base a lo fijado a la *litis contestatio*.

La *litis contestatio* acarrea consecuencias para las partes: ambas quedaban obligadas a continuar el proceso hasta el final; la cosa litigiosa no podía ser objeto de acto jurídico alguno; cuando operaba la extinción de la acción de la misma manera que en el procedimiento de las *legisactionis* ya no se volvía sobre el asunto: es el precedente de nuestro principio constitucional *ne bis in idem*.

### **El procedimiento en la etapa *Apud Iudicem* o *in iudicio***

El procedimiento se dividía en dos etapas, como en el sistema anterior.

Se denominaba de ésta manera por la sencilla razón de que se redactaban por escrito formulas. Las partes de las mismas eran las siguientes:

En la etapa *in iure*, se hacía la *in ius vocatio*, comparecían las partes ante el magistrado, si una de ellas no lo hacía y tampoco otorgaba un *vindex*, se le podía imponer una multa.

El demandado podía pedir la *denuntiatio litis* que era una notificación en el que se tenía que indicar cuál era el objeto de la demanda y el día en que había que comparecer ante el magistrado.

Luego el actor establece cuál es la *actio* que va a ejercer, se realiza, luego, un debate en el que se va a discutir sobre si se otorga o no la *actio* y también sobre la redacción de la fórmula. A veces podía suceder que no se le otorgue la *actio* al actor debido a que el demandado recono-

ce la existencia del reclamo que se le hace y se lo considera *iudicato*, en dónde cumplía con el reclamo dinerario si fura ese; caso contrario el proceso seguía hasta ser condenado, cuando el demandante no encontraban una acción contemplada en el edicto; también cuando el demandado tiene una *exceptio* para oponer y la puede probar en la etapa *in iure*, etc.

Luego se pasa a la redacción de la fórmula. Antes de redactar sus partes se ponía el nombre del *iudex* que en el futuro se iba a hacer cargo del asunto. Se presenta la misma al demandado y éste la acepta cerrándose el procedimiento *in iure*. Si se niega se expone a sanciones pecuniarias.

Así se cerraba ésta etapa con la *litis contestatio*.

Tenía las siguientes características:

- a) se realizaba ante el *iudex* o conjunto de *iudex* designados al efecto.
- b) El mismo debía prestar juramento de que iba a tener un desempeño objetivo en los asuntos que les encomendaban.
- c) Si no fuera así debían excusarse<sup>14</sup>
- d) A partir de que prestaban juramento se convertía en una carga pública y no podían negarse a expedirse en el asunto que se le confiaba salvo causa justificada.
- e) La audiencia debía realizarse desde la salida hasta la puesta del sol,
- f) Los aplazamientos no debían ser muy extensos.
- g) Se realizaba la *coniectio causae* de la misma manera que se hacía en el sistema de las *legis actiones*.
- h) La aparición de los *oratores* en el proceso obedece a que había que poner a alguien que defendiese el interés de las partes en un proceso contradictorio, éste si bien no era un instruido en derecho, su habilidad estaba en esgrimir argumentos basados en las pruebas, y tratar de convencer al *iudex* de que

---

14 D.50,5,13.

su cliente tenía la razón independientemente de que fuera verdad o no o que alegara. Cicerón fue un gran maestro en el arte de la oratoria, y quién empezó su carrera política como un gran orador fue julio César en su juventud.

- i) Los medios de prueba que se podían invocar eran: los testigos, documentos (se diferenciaban entre instrumenta pública e instrumenta privada), la confesión: que era un declaración jurada del actor que se hacía bajo juramento.
- j) Luego de los alegatos se dictaba sentencia: En principio inapelable, luego se podía apelar ante la autoridad del emperador. La misma era confirmada, modificada o anulada;
- k) El condenado debía cumplirla en el plazo de treinta días<sup>15</sup>. Caso contrario el vencido ejercerá en su contra la *actio iudicati* con el fin de que el condenado ejerza su derecho de defensa y pruebe que cumplió con la disposición judicial, si vuelve a perder será condenado por el doble. Además su patrimonio será ejecutado.

## Legitimación para actuar en el proceso

### Legitimación Activa

- a) El pater ya que era un sui iuris;
- b) El filius hasta el límite de su peculio si se trata del castrense;
- c) El filius podía ejercer la acción por injuria;
- d) La filia podía ejercer la *actio rei uxoriae*; con el fin de obtener la devolución de la dote.

### Legitimación Pasiva

- a) El *pater*.
- b) Los *alieni iuris*, pero para la ejecución de la sentencia había que esperar a que sean sui iuris dado que no tenían patrimo-

---

15 Dispuesto de ésta manera por la Ley de las XII Tablas.

nio propio; la otra posibilidad era demandar al *pater* mientras el *filius* estuviera bajo su *potestas*; o en el caso de que se demande solo al *filius* éste respondía hasta donde el monto del peculio se lo permitiese.

Debemos recordar que los esclavos no eran en ningún caso demandables, al que se demandaba era a su *pater* o amo.

### **Intervención dentro del Proceso: Formas de Intervenir**

Las partes podían actuar personalmente o por medio de representantes, que sustituían a las partes en los efectos del juicio, así el deudor era demandado pero en la *condemnatio* se ponía a otra persona que era quién iba a soportar los efectos de lo que resolviera el *iudex*, se hacía a través de la *actioiudicati*<sup>16</sup>.

Las partes podían ser sustituidas o representadas por el *cognitor* o por el procurador:

#### **El Cognitor**

Es un representante que se nombra en presencia del contrario en el juicio; cuando representa al actor éste ya no puede incoar nuevamente la acción y lo que se resuelva en relación a la ejecución va a ser a su favor.

#### **El Procurador**

En cambio a diferencia del anterior los efectos de la sustitución del actor no son los mismos: no extingue la acción y no fue nombrado en presencia del adversario cumpliendo las formalidades, el procurador garantiza que con su intervención el actor va a cumplir con lo dispuesto por la sentencia y que no va a pretender ejercerla nuevamente en el futuro, ello lo hace a través de la garantía llamada *cautio dominum rem ratam habiturum* (caución por la que el dueño ratificará el negocio).

---

16 Sin embargo el Pretor en la *condemnatio* siempre ponía al involucrado y no al sustituyente.

Si el demandado es representado, por un *cognitor* o *procurator*, la acción queda extinguida, la consecuencia que acarrea es que no podrá ser intentada de nuevo por el actor, pero en lo que respecta a la acción ejecutiva se ejercerá en contra del demandado cuando es representado por *cognitor*, pero, se va a dirigir en contra el representante si éste es un *procurator*. De manera similar opera la *cautio iudicatum solvi* que se le otorga al demandado representado por un *cognitor*, pero si el representante es un *procurator*, éste la otorgará a éste.

### **La sentencia**

Después de los alegatos realizados por los *oratores*. El *iudex* dictaba sentencia. La misma podía versar sobre:

- 1) Condenar: a restituir la cosa, a dar cantidades ciertas, también imponer multas a los litigantes temerarios y recalcitrantes, éstos últimos eran aquellos que negaban el derecho del triunfador en el proceso a pesar de haber sido condenados. En el caso de los poseedores de mala fe deben además los frutos de la cosa.
- 2) Absolver.

### **Ejecución**

El condenado tenía un plazo de sesenta días para cumplir con la misma. En los primeros tiempos se aplicaban la *manusiniectio* y la *pignoris capionem*: En la época del procedimiento formulario se aplicaba la *bonorum venditio* entre otras formas de ejecución del patrimonio del deudor insolvente.

## **El Procedimiento *Extra Ordinem Cognitum***

### **Introducción**

Ubicación Temporal: Durante la época del imperio hasta tiempos de Justiniano.

### Características:

- 1) El procedimiento formulario fue abolido con una Constitución imperial del año 342<sup>17</sup>.
- 2) A diferencia de los sistemas anteriores aquí hay una intervención del Estado directa ya que administra justicia un funcionario público en su representación, se dejan los iudex privados.
- 3) Se empieza a implementar de manera lenta y progresiva primero en las provincias, luego en Italia y finalmente en Roma.
- 4) Se corresponde con una etapa histórica en la que Diocleciano (bajo Imperio) produce una centralización política y administrativa que va a repercutir en la administración de justicia.
- 5) En el “*Alto Imperio*” o “*Principado*”, (derecho clásico-siglos I a III D.C.) la justicia civil estuvo a cargo (al igual que en la República) por magistrados electivos e independientes como los pretores, urbano y peregrino y los ediles curules en Roma, por los “*praefecti iure dicundo*” y los magistrados municipales en Italia y por los gobernadores en las provincias.
- 6) Durante el *Bajo Imperio*”, esto cambió, los órganos a quienes se encomienda la administración de justicia son funcionarios designados por el emperador, que actúan en nombre de éste, en quien reside la suprema potestad judicial y están jerarquizados, lo que a su vez va a permitir, la instancia procesal denominada *apelación* ante el órgano que será de grado superior en relación a las sentencias pronunciadas por un juez de grado inferior, se buscaba la modificación de la sentencia que se consideraba agravante.
- 7) El proceso ya no se dividía en dos partes como en el procedimiento formulario y en el sistema de las *legis actionis*.
- 8) Hay una sola etapa que se realiza ente el *iudex* que se constituye

---

17 En el período clásico con la desaparición de las magistraturas, entre ellas la pretura, favoreció la absorción del poder por parte del emperador quién se encargó de la administración de justicia delegando posteriormente en funcionarios de rango imperial.

en un funcionario, integra un órgano que pertenece a la esfera administrativa del Estado.

- 9) La citación ya no está a cargo del demandado y se transforma en una orden que proviene de un funcionario público.
- 10) Se realiza un *libellus denuntiationis* en la *litis denuntatio*, es examinado por el *iudex* y se le avisaba al demandado de su existencia a los efectos de que, en un término que no superen los cuatro meses lo conteste por medio de un *libellus contradictorius*.
- 11) Las partes se presentaban a una audiencia en las que se exponían las distintas posturas era la *litis contestatio*.

### Clasificación de los jueces

Pueden distinguirse entre los jueces de este período los superiores de los *ordinarii*, los *pedanei* y los *locales*.

- a) Con relación a las *minores causae*, tenían competencia *duumviri iure dicundo*, en tiempos del *Bajo Imperio*, la competencia la tiene otro funcionario municipal, llamado *defensor civitatis*. En casos excepcionales se recurría al Gobernador de Provincia.
- b) En las *mayores causae*, que eran aquellas causas que excedían de un determinado monto tenía obligación de actuar el Gobernador, dado que delegaba en funcionarios llamados *iudices pedanei*, así llamados porque permanecían de pie ante el magistrado que estaba sentado en su estrado.
- c) Luego seguían en el escalafón los *iudices ordinarii* que tenían competencia general para toda clase de asuntos.

En Roma y Constantinopla encontrábamos:

- 1) A los *praefecti urbi* (prefectos de la ciudad) que sustituyeron al pretor urbano en la administración de la justicia civil.
- 2) Permanecieron durante algún tiempo los pretores especiales del Alto Imperio, como el *pretor tutelaris*, el

- que entendía en el cumplimiento de los *fideicomisos*, el de las “causas liberales”, etc.
- 3) En las provincias actúan como *iudices ordinarii* los rectores o *praesides*, o sea los gobernadores.
  - 4) Luego en tiempos de Diocleciano aumentó el número de provincias, con otra estructura el gobernador no tuvo, que recorrerlos periódicamente para realizar sesiones –*conventus*– se hacían en el lugar en el que residían. Debido a la gran cantidad de asuntos que se presentaban y que en teoría debían atender es que, delegan en otros funcionarios la administración de justicia, abarcaba sus competencias solo para las *minores causae*, o sea los asuntos de menor cuantía económica.
- d) En el escalafón más alto de la administración de justicia estaba el Imperator, si bien estaba en su competencia sentenciar en primera y en única instancia, por medio de la *advocatio*, que les permitía atraer hacia sí cualquier asunto de que esté conociendo un juez inferior cuya competencia se considera simplemente delegada por ellos era una excepción, la regla era que su intervención se reservaba a la revisión de un fallo judicial, como última instancia.
  - e) Además del emperador estaban entre los jueces superiores, como consecuencia de la división del imperio en prefecturas:
    - a) Los *praefecti praetorio*: Sus decisiones judiciales no eran apelables porque ellos mismos eran los representantes del emperador, caso contrario sería una doble apelación ante la misma instancia superior.
    - b) Los *vicarii*, que estaban al frente de las diócesis, contra cuyas sentencias podía apelarse ante el emperador.



La *cognitio extraordinaria* fue aplicada en tiempos de Augusto por algunos funcionarios administrativos, como los *praefecti aerario*, *annonae*, *vigilum*, etc.

### **El Procedimiento extra-ordinem, caracteres**

La intervención judicial a cargo de los gobernadores ya sea directamente o por medio de funcionarios delegados, se venía aplicando desde hacía mucho tiempo. Algunas cuestiones se resolvían por medio de la *cognitio extra ordinem*, cuando se publica la Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 (Cod. III, 3, 2) en virtud de la cual se autorizó a los gobernadores de provincias para conocer en las causas que anteriormente debían necesariamente remitir a los *iudices pedanei*, sin perjuicio de delegar la función cuando lo estimaran conveniente.

El proceso extraordinario ofrece características propias, que permiten distinguirlo del formulario de la época clásica.

- a) No era necesario que esté presente el demandado en el proceso, era contumaz, el proceso igual continuaba aunque él no concurriera.
- b) Se produce una modificación en cuanto a las reglas de competencia, las controversias sobre inmuebles podían ser juzgadas por jueces del lugar donde se halle la cosa litigiosa, no necesariamente tenía que ser el juez del domicilio del demandado.
- c) La nueva forma de citación del demandado, que no lo será ya la *in ius vocatio* del proceso antiguo y clásico, sino que podrá serlo, según las épocas, el de la *denuntiatio apud acta* o el del *libellus conventionis*.
- d) Se modifican los efectos de la *litis contestatio*, no va a provocar como ocurría en el procedimiento formulario, la extinción de la acción deducida en juicio.
- e) También se producía una modificación en lo referente a la *plus petitio* y sus efectos dado que por incurrir en ella no

se perdía el pleito, podía haber sanciones penales en el caso de la *plus petitio re o tempore*, pagaba una suma dineraria y cargaba con las costas del proceso además debía esperar el doble de tiempo para volver a litigar.

- f) Se exigió que la sentencia solo fuera leída en público, bajo sanción de nulidad debían estar presentes las partes y el juez.
- g) De a poco la mayor parte del proceso se va haciendo escrito cuando en el procedimiento formulario solo era escrita la fórmula.
- h) La mayor *onerosidad* del nuevo proceso, que obliga a los litigantes a cargar con ciertos gastos de justicia –*sportulae*– como las sumas que se pagan a los abogados (en realidad la cuestión de pagarle a los abogados va pasando por distintas evoluciones de las cuales se hace una breve referencia más adelante), cuya intervención es necesaria, los oficiales del juez, por ejemplo. A este respecto se estableció en una Constitución de Zenón (Cód. VII, 51, 5) que el juez en su sentencia ordenaría al vencido el pago de todas las costas del juicio, que podrían ser incrementadas en una décima parte si obrara con temeridad.
  - i) La condena: Podía consistir en :
    - 1) En la entrega de una cosa a quién hubiere ganado el juicio, se podía recurrir al auxilio de la fuerza pública para obtenerla.
    - j) Si consiste en una suma de dinero que no se abona, se tomaban en *pignus* bienes muebles de modo con el fin de garantizar el pago para su posterior venta y cobro de la deuda.
    - k) En cuanto a los plazos, desaparecen las reglas que establecían como duración máxima del proceso el de dieciocho meses en lo que respecta a los *iudicialegítima* y el tiempo que duren los poderes del magistrado en el caso de los *imperio continentia*;
    - l) Se dispuso por una *lex properandum* que cualquier proceso civil con excepción de los referidos a las funciones públicas o al derecho fiscal no podían extenderse más de tres años desde la *litis contestatio*.

## Como se desarrollaba el Proceso

A. La *litis denuntiatio*, es la citación del demandado, el actor comparece ante el juez a quien se lo pone en conocimiento de la existencia de la demanda en su contra, que se registra *apud* acta en su oficina, autorizando éste la citación del *reus –litis denuntiatio-* que en la primera época se llevó a cabo personalmente por el demandante en presencia de testigos, y a partir del siglo IV con intervención de un funcionario provisto del *ius acta conficiendo* (Const. De Constantino del año 322 y de Teodosio del 424, incluidas ambas en el Código Teodosiano, II, 4, 2 y IV, 14, 1

Cuando el demandado es citado a juicio, tiene un plazo de cuatro meses para comparecer ante el juez, su no lo hace continuará el procedimiento en carácter de contumaz (rebelde).

En tiempos de Teodosio, se podía realizar un procedimiento sumario, sin *denuntiatio*, ni los plazos ordinarios, para casos especiales, particularmente el de los créditos procedentes de préstamos en dinero o el de los compromisos contraídos por escrito.

1. El procedimiento por *Libellus*: Desde el siglo V el procedimiento por libelo (escrito), que si bien se realizaba para determinados casos en el período clásico por una Constitución de Zenón (período de Justiniano) se extiende como regla general esta forma de citación. La misma comprende:

- a) El *libellus conventionis* o de demanda, es un escrito redactado por el “actor” o sus consejeros en el que hace una exposición sumaria de los términos de la demanda, que se entrega al juez, pidiendo que se cite al demandado.

El juez entonces, va a examinar el libelo y si lo considere procedente le va a dar curso, a través de un auxiliar denominado *executor* lo cita al demandado por medio de una *conventio*.

- b) El *libellus contradictionis* o de defensa, que presenta el demandado ante el juez dentro del plazo de

diez días al principio y de veinte después, cuando tomaba conocimiento del *libellusconventionis* debía otorgar caución de que se presentaría ante el *iudex*, caso contrario el juicio continúa en contumacia de éste. Cabe aclarar que en tiempos del bajo imperio la rebeldía no coloca al demandado en desventaja dado que no se le niega el derecho de defensa ni la posibilidad de producir prueba a través de su representante, si pierde el juicio será por otros motivos no por estar ausente físicamente mientras se sustancia el proceso. Sí va a resultar perjudicado cuando quiera apelar en caso de obtener una sentencia desfavorable, derecho que pierde por su condición de rebelde, con excepción del recurso de reposición. Sin embargo para que se declare la rebeldía deberá ser citado varias veces para que comparezca.

- c) La contumacia puede ser tanto del actor como del demandado.
- d) Si es el actor el que no se presenta el día de la citación, por el distipendio que causó sobre todo para el demandado deberá pagarle una indemnización por daños y perjuicios.

- 2. Procedimiento por Rescripto: Permite que el actor recurra directamente al Emperador para que le designe un juez, tratándose por lo tanto una excepción a las reglas de competencia, éste lo hará por medio de un rescripto que debe ser notificado al demandado –*editiorescripti*- (Novela, 131, 1).

B. La *Litis contestatio*: Es menester que según el paso del tiempo ha tenido diversos significados:

- 1) En tiempos del procedimiento formulario: Era cuando el “actor” le proponía al demandado la fórmula que aprobaba

el pretor y el *reus*-demandado- la aceptaba, comprometiéndose ambos litigantes a acatar la sentencia pronunciada por el *iudex* que debía fallar de acuerdo a los términos de la demanda.

2) En tiempos del proceso extraordinario la *litiscontestatio* o constitución del proceso se da cuando están presentes las partes o ante el juez, el litigio queda contradictoriamente trabado desde le punto de vista jurídico a través de dos exposiciones: la del actor o *narratio* y la del demandado o *contradictio* (Cod. III, 9, 1 y III, 1, 14, 4).

La *litis contestatio* sirve para que el juez determine los elementos con los que cuenta el proceso aunque según reza una Const. De Servero y Antonio del año 202 (Cód. II, 1, 3), sea lícito “enmendar o cambiar” si hubo error;

A partir de la *litis contestatio* empieza a correr un plazo de tres años para la perención de la instancia (Cód. III, XIII, 1).

Luego de la *conventio* y la *contradictio*, tanto las partes como los abogados que las asisten deben prestar ante los Santos Evangelios, según una Constitución de Justiniano recogida en el Código (II, LIX, 2 pr.) el *iusiurandum calumniae*, es decir el juramente de que no litigan maliciosamente.

Además, después de la *litis contestatio* –*narratio* y *contradictio*– comienzan a actuar dichos abogados, desarrollando los argumentos de la demanda y la contestación, mediante la *postulatio* y la *contradictio*, con las cuales concluyen los debates iniciándose la producción de las pruebas, las que deben versar, por parte del actor sobre los hechos invocados en la demanda y del demandado sobre los que sirven de fundamento de sus defensas o excepciones.

La *exceptio*, a diferencia de cómo se daba en el procedimiento formulario en ésta nueva etapa subsiste en su aspecto material o de fondo, o sea, como defensa indirecta que puede hacerse valer ante el funcionario-juez conjuntamente con la defensa directa, que consiste en negar en forma acabada las afirmaciones del actor. También se

admitían las llamadas *exceptiones minutoriae*, con el fin de frenar las pretensiones del actor, o dicho de otra manera ponerles límites.

### **Carga de la prueba**

Le Incumbe probar al que alega o afirma - *incumbit probatioei qui dicit, non qui negat*"-, se pierde la libertad de valorar la prueba que tenía el *iudex* durante el procedimiento formulario, en éste período que se está estudiando se le va a dar más valor a unos medios de prueba más que a otros. Tienen primacía aquellos que demuestran los hechos independientemente de la convicción del juez basado en pruebas de menor valor. De éste modo adquieren mayor importancia determinados medios de prueba en desmedro de otros, por ejemplo: la confesión, el juramento, la prueba escrita en general cualquiera que fuese ella y por último los testigos.

### **Medios de Pruebas**

#### a) Los Testigos

Existieron varias reglas en lo que respecta los testigos, entre ellas: 1) la regla *testis unus testis nullus*.

- Se declara la ineficacia del testimonio de judíos y herejes contra litigantes cristianos u ortodoxos (Const. De Justiniano, en Cód. I, V, 21 pr.),

- Se tiene en cuenta la condición social de los testigos, para valorar sus declaraciones (Cód. IV, XX, 9; Novelas, 90, 1)

#### b) Los documentos

Entre ellos había distintas clases:

- 1) Los documentos extendidos por oficiales públicos que gozaban provistos del *ius actorum conficiendorum* (derecho de levantar actas), no se discutía en absoluto su valor jurídico probatorio, sin embargo podían ser impugnadas de falsedad.

- 2) Los *instrumenta publice confecta* o documentos públicos

propriadamente dichos, otorgados en el foro o plaza pública ante quienes desempeñaban funciones análogas a la de los actuales notarios – *tabelliones*-, que hacían fe bajo la condición de que fueran confirmados por ellos bajo juramento prestado *apud* acta ante el magistrado.

- 3) Los documentos privados –*cautiones, chirographa*, etc.-, otorgados directamente por los particulares, generalmente en presencia de testigos, si llegaba al número de tres el instrumento se convertía en cuasi público, con efectos similares al referido en el punto dos.
- 4) Otros documentos podían servir como prueba, pero había que demostrar su autenticidad a través del juramento prestado por quienes lo llevaban a cabo o testigos, también se demostraba su autenticidad por medio de:  
El cotejo de la escritura –*manus collatio, comparatiolitterarum*- practicado por peritos en la materia.
- 5) También estaban los *gramatici* o agrimensores, que dictaminan sobre cuestiones vinculadas con la propiedad de bienes inmuebles, su división y fijación de límites, etc.
- 6) Los médicos y las *obstetrices*, cuando se trata de acreditar, por ejemplo, la existencia de un embarazo, etc.
- 7) Pueden igualmente utilizarse la *confessio* de alguna de las partes o de ambas sobre hechos o circunstancias controvertidas y el juramento supletorio como complemento de los demás medios de prueba e incluso el decisorio cuando de su resultado se haga depender la sentencia.

### Las Presunciones

Que no fueron conocidas con éste nombre por los romanos, ya que fueron una creación medieval, pero sí las pusieron en práctica: estaban las presunciones *iuris tantum*: eran las que admitían prueba en contrario, en cambio las *iures et de iure* no admitían prueba en contrario. Entre las presunciones que encontramos tenemos:

- a) La teoría de la *conmorencia*: en caso de que en un mismo accidente o infortunio perezcan dos o más personas pertenecientes a la misma familia había que “presumir” como había sido el orden de las muertes a los efectos de que ello tuviera repercusiones jurídicas posteriores como era la realización de la sucesión ab intestato. Se determinó que si los que habían perecido eran padre e hijo, en caso de que el *filius* fuera impúber moría primero éste por ofrecer menor resistencia a la muerte ello basado en las características propias de su estructura orgánica; en cambio si moría el *filius* era púber moría primero el *pater* debido a que a partir de la adolescencia había mayor resistencia del mismo a la muerte. Admitía prueba en contrario.
- b) Otro caso era el de presunción de paternidad: cuando se daban situaciones extraordinarias como era la situación de aquéllos ciudadanos de ir a las guerras o morir dejando a su mujer embarazada, a los efectos de determinar la paternidad dentro de las justas nupcias, había un plazo de 180 días, si el *filius* nacía dentro de ese lapso como mínimo desde la celebración del matrimonio no había dudas acerca de la paternidad del *pater*, el nacimiento antes de ese lapso ofrecía dudas acerca de ésta.

Estas cuestiones de asignarle un valor predeterminado a la prueba y lo avanzados que estaban los romanos en aspectos procesales y probatorios propiamente dichos como la denominada en la actualidad prueba tasada, y los medios de prueba, que, con algunas variantes propias de la evolución de los sistemas procesales se siguen realizando en la actualidad como las declaraciones testimoniales, los peritajes



caligráficos, la clasificación de instrumenta en públicos o privados, los médicos y los agrimensores.

## La Sentencia

Se trata de la conclusión a la que arriba el juez en base a la actuación procesal de las partes, la producción de la prueba y los alegatos en defensa de los intereses de cada una de ellas. Es el final del proceso judicial civil que deberá resolver una cuestión conflictiva desde el punto de vista de hecho y de derecho.

Si bien su función implicaba el ejercicio de una carga pública debía fallar conforme a derecho, pero ante alguna situación que le impidiera expedirse por la duda deberá remitir las actuaciones a los efectos de que falle ante el Emperador que tenía competencia para ello sobre todo en tiempos del bajo imperio.

El Emperador actuaba por medio de funcionarios en los que delegaba la función judicial denominados *libelli refutatorie* trabajaban sobre un resumen de los alegatos y la prueba producida, escritos de las partes y actas, luego se dictaba un rescripto existiendo imposibilidad de recurrir.

Como en el derecho actual se diferenciaban las sentencias que cerraban definitivamente el proceso de aquellas denominadas sentencias interlocutorias que, son aquellas cuestiones que deben resolverse dentro del proceso general su resolución estaba a cargo de los *adse-sores*, sobre cuyo cargo y funciones nos informan el Digesto (Lib. I, tít. XXII) y el Código (Lib. I, tít. LI) justinianos y a que se refiere una Constitución recogida en el Código Teodosiano (I, 35).

La sentencia se hacía por escrito, salvo excepciones se leía por los *illustres* en sede judicial en presencia de las partes (independientemente de que éstas asistan o no después de ser citadas), el contenido de la sentencia era inamovible en el sentido de que no se podían hacer modificaciones (Constitución de los Emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, del año 371, recogida en el Código justiniano,

VII, XLIV, 2 pr.), añadiéndose en una Constitución de los mismos príncipes, del año 374 (Cód. VII, XLIV, 3 pr.)

Si se condenaba la misma no era necesariamente pecuniaria se podía condenar a la entrega de la cosa adeudada. El condenado también pagaba las costas del proceso. (Epítome de una Constitución griega de Zenón, del año 487, tomado de las “Basílicas” e incluido en las ediciones modernas del Cód. de Justiniano (VII, XLI, 5 pr.).

### **Efectos de la Sentencia:**

- a) La sentencia queda firme cuando no ha sido recurrida por decisión de la parte que tenía derecho a hacerlo y no lo hizo por voluntad propia o porque se venció el plazo; también puede ocurrir cuando se interpuso el recurso de apelación y éste se agotó en todas sus etapas.
- b) Ejecución de la sentencia por medio de la *actio iudicati*.
- c) Habiendo sentencia firme el asunto no puede volver a plantearse judicialmente.

### **Recursos**

No solo estaba el recurso de apelación había otros recursos que se podían clasificar en ordinarios y extraordinarios, ello dependía de la posibilidad de interponerlo como regla o como excepción. Entre los ordinarios estaba la *appellatio* y la *consultatio* o consulta, y entre los extraordinarios la *supplicatio* o súplica y la *in integrum restitutio*.

El recurso de apelación era el medio utilizado por las partes para impugnar la sentencia porque no estaban de acuerdo con el fallo en relación a sus pretensiones, de éste modo buscaban desvirtuarlo. El recurso se presentaba ante un juez superior al que había dictado la sentencia de primera instancia.

Si bien se mantiene el remedio excepcional de la *in integrum restitutio* para los casos en que estaba autorizada ya en el derecho clásico –*ob errorem, ob dolum, ob metus, ob minor aetatem*, etc.– ha desaparecido, en cambio, la *revocatio in duplum*, mediante la cual podía llegarse a la declaración de nulidad de la sentencia, la que, sin embargo, puede plantearse oponiendo, contra la *actio indicati*, la *infinitio* o negativa a acatarla, aunque sin el riesgo de la condena al duplo en caso de ser vencido.

La *appellatio* fue la regla durante la etapa del procedimiento extraordinario, mientras que en tiempos del procedimiento formulario excepcionalmente procedía en contra de lo dispuesto por el juez privado.

El recurso de apelación sólo se interpone contra sentencias definitivas no interlocutorias y como ya se dijo cuando el fallo es dictado en rebeldía de una de las partes.

Se deducía ante el *iudex* que había dictado la sentencia.

A partir de allí podía declararla admisible y le daba curso ante el superior, pero podía ocurrir que la declare inadmisibile, en ese caso, el apelante perjudicado podía recurrir en queja ante el superior jerárquico, quien puede imponer una pena pecuniaria al juez que la denegó, para el caso de que fuera o no procedente la apelación.

Recién en esa instancia el recurso era resuelto por el órgano judicial jerárquicamente superior al que pronunció la sentencia, luego llegaba al emperador.

Como la sentencia era leída y las partes tomaban conocimiento de la misma en ese momento podían hacer la apelación verbalmente, también lo podían hacer con posterioridad, pero por escrito sometidos a plazo el Código y el Digesto era de dos o tres días útiles y las Novelas elevaron a diez días continuos.

Un vez que se interponía la apelación se suspendía la ejecución de la sentencia (Dig.LIX, VII, 1pr.) hasta que se pronuncie un juez superior Justiniano redujo el número de las apelaciones a dos (Código, VII, LXX, 1), pues anteriormente podían deducirse tantas como grados existieran en la escala jerárquica de los órganos judiciales.

El apelante debía tener razón para recurrir, caso contrario se lo tenía por temerario Constantino (Cód. Teodosiano, I, V, 3) dispuso severas penas –destierro por dos años, confiscación de la mitad del patrimonio, condena a dos años de trabajos forzados- *in metallum* – del apelante pobre- contra los litigantes temerarios, luego fueron mitigadas por Justiniano, volviendo al régimen de un rescripto de Diocleciano, que era menos severo en las sanciones (Cód. VII, LXII, 6, 4).

El que perdía la apelación debía, además de lo dispuesto en la condena pagar la *quadruplum* del valor de las costas del proceso correspondientes a la segunda instancia (Constitución de Diocleciano, en Cód., VII, LXII, 6, 4).

Sin embargo además de otros remedios, entre ellos *lasupplicatio* o súplica, que tramitaba excepcionalmente a diferencia de la apelación que era de carácter general, ante el emperador, pero agotada ésta vía no podía recurrirse a la apelación.

En lo que respecta al rescripto se hacía primero la *consultatio*, por la cual se remitía lo actuado judicialmente ante un tribunal imperial o al Emperador, se agregaban la *relatio* y los *libellirefutatorii* de los litigantes, que el emperador resolvieran mediante un rescripto.

## Vías de Ejecución de la Sentencia

Una vez que la condena quedaba firme, el condenado debía cumplirla de manera voluntaria si no lo hacía se lo hacía cumplir compulsivamente. Ello se hacía por medio de la *actio iudicati*, en un término no mayor de dos meses o de cuatro en el período Justiniano. Según Constituciones recogidas en el Código (VII, LIV, 2 y 3) de los años 529 y 531, si el deudor reconocía la deuda (*confessus*) procedía en contra de él la ejecución.

## El Objeto de la Ejecución

Por lo general es la prestación a que el demandado fue condenado en la sentencia, puede consistir en un *facere* pero en este último caso,

si el condenado no lo hace, va a ser condenado a pagar su equivalente en dinero de acuerdo a las pretensiones del actor.

La ejecución va sufriendo transformaciones a medida que pasa el tiempo y que el derecho va evolucionando, al principio se ejecutaba a la persona del deudor insolvente a través de la *manus iniectio*; también se hacía la *pignoris capio* en los casos que la ley y la costumbre autorizaba, luego con la sanción de la *Lex Poetelia Papiria* se prohibieron las ejecuciones mencionadas y las mismas ya prosperaban sobre el patrimonio del deudor insolvente, no solo por el procedimiento de la *bonorum venditio* sino también otros como la *distractio bonorum*, la *bonorum cessio* y la *bonorum sectio*.

No existía la ejecución privada del acreedor sobre el cuerpo (pérdida de la libertad ambulatoria) se autorizaba a llevarlo a cárcel pública, desde los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, o decretando su sumisión a la custodia y vigilancia –*custodia militaris*– de funcionarios a las órdenes del juez.

Si la ejecución era de un solo acreedor se distinguía:

- a) Si la condena era sobre una *certa res* (cosa determinada) se ejecuta *manu militari* por funcionarios dependientes del magistrado que la pronunció, quienes la entregan al ejecutante pero no siempre estaba el objeto, de modo que si la cosa se perdía por destrucción se debía entregar una suma por un monto equivalente al valor que tenía, teniéndose por cierta la palabra del actor bajo juramento.
- b) La condena también podía versar sobre el pago de una suma dineraria, si no la pagaba voluntariamente el condenado se tomaban bienes de su patrimonio como forma de garantizar el pago o posterior ejecución de los mismos para cobrarse de la venta lo adeudado, ésta clase de ejecución (tomar bienes del patrimonio) estaba a cargo de los oficiales auxiliares del magistrado-juez –*apparitores*– quienes tomarán en primer lugar, los muebles, como el dinero que el deudor tuviere en su poder o depositado en el establecimiento de un banque-

ro, luego los inmuebles o cualesquiera otros valores, que el ejecutado puede rescatar dentro de un plazo de dos meses mediante el pago de la condena y que, en su defecto, serán vendidos en pública subasta por los mismos *apparitores*, que pagarán con su precio al acreedor, entregando el remanente, si lo hubiere, al deudor.

Cuando se realizaba la subasta podía ocurrir que hubiera interesados en comprar o no, o no alcanzare para cubrir el monto de la deuda, en los dos últimos casos el acreedor se adjudicaba la cosa, también podía pedir la *impretratio dominii* (Cód. VIII, XXXIV –de la impetración del derecho de dominio), ésta última se hacía por una *transactio* y en caso de que se lleve a cabo no podía accionar judicialmente en contra del deudor.

Si los que accionaban para la ejecución eran varios acreedores se recurría a la *bonorum venditio* del derecho clásico, aunque con modalidades propias y en combinación con la *distractio bonorum*,

Los acreedores obtenían la posesión de los bienes del deudor – *missio in possessionem rei servandae causae*– se designaba para la administración patrimonial un *curator bonorum*.

Había un plazo de dos años para que se presenten aquellos acreedores que no lo habían hecho inicialmente; el plazo se extendía a cuatro años cuando vivían fuera del lugar de radicación del concurso.

Luego se realizaba la venta de los bienes en subasta pública pero no en bloque sino individualmente, lo hacía el *curator*, se parecía a la *distractio bonorum*.

Un vez que se realizaba la venta los acreedores concurrían a prorrata, a veces ocurría que no alcanzaba para pagarles a todos por eso se pagaba siguiendo un orden de preferencia.

Aparecen con la ejecución colectiva en el derecho justinianeo, las dos instituciones que siguen:

- a) El convenio entre los acreedores, adoptado por la mayoría de ellos, pero ahora obligatorio para todos, de aceptar una reducción proporcional en el importe de sus créditos, a fin

de facilitar su pago por el deudor (Ulpiano, en Digesto. II, XIV, 10 pr., interp.) que parece haber terminado su origen en el *pactum ut minus solvatur* del derecho clásico;

- b) El *moratorium*, convenio entre los acreedores y el deudor en virtud del cual aquellos le conceden un plazo para el pago de sus deudas, beneficio que, según se adelantó, pudo también ser directamente solicitado por el deudor del Emperador (Constitución De Justiniano, del año 531, incluida en el Cód. VII, LXXI, 8, donde se alude a un plazo de cinco años).

## Clases de representaciones en el proceso judicial

En tiempos de las legis acciones la regla fue que las partes debían actuar personalmente y no otros en nombre de ellos, hubo excepciones, como los casos del *aguere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* y *ex lege Hostilia*.

En la época del proceso formulario, en la época clásica, se admitieron, aparte de los representantes legales o necesarios, como el tutor o el *curator* de los afectados por una incapacidad de ejercicio o como los actores y los *syndici* de los *municipiae* y de las *universitates* en general, dos tipos de representantes procesales de carácter voluntario, que fueron el *cognitor* y el *procurator*.

### El *Cognitor*

Era el representante designado por el litigante interesado con palabras solemnes y en presencia del adversario. Cuando la *actio* ejercida por éste se extinguía como si lo hubiese hecho en persona su representado, la intervención del *cognitor* hace que el representado no pueda volver a intentar en el futuro la *actio* nuevamente.

### El *procurador*

Para su designación no se requerían los modos de designación del *cognitor*. Con su intervención no ocurría lo mismo que en el caso

anterior porque al ser designado extrajudicialmente y sin que sea necesaria la presencia del demandado, éste podía cuestionar sobre la existencia de su representación real, de modo que si no tenía plenas facultades para representar el actor podía ejercer nuevamente la *actio* en contra del demandado, para evitar esto se ofrecía la *cautio* de rato. Se presume que existió ésta figura porque se quería evitar que una persona quedara indefensa por una cuestión técnica de que el nombramiento debía ser de un modo solemne, así se evitaba a la vez que en el peor de los casos un sujeto fuera condenado y ejecutado en su patrimonio.

Al principio se hizo en beneficio del demandado; luego en beneficio del actor, para evitar que éste salga perjudicado por una prescripción de la acción.

### **Efectos de la actuación por medio de representantes**

a) Intervención del representante y representado en la fórmula: La transposición de sujetos

Si el que litigaba por medio de un representante era el actor, ya se tratara de una *actio in rem*, ya de una *in personam*, en la fórmula expedida por el pretor se daba una transposición de sujetos, ya que en su *intentio* figuraba el nombre del representado, mientras que en la *condemnatio* aparecía el del representante si el derecho del representado resultaba acreditado.

Si era el demandado quien se hacía representar en el juicio por un tercero, en la fórmula respectiva sólo había transposición de sujetos cuando ella correspondía a una *actio in personam* porque, como oportunamente se dijo, en las correspondientes a las *actiones in rem* no figuraba el nombre del demandado en la *intentio*.

b) Presentaciones de cauciones o garantías

Cuando el actor estaba representado por un:

- 1) Cognitor: no prestaba caución.
- 2) Procurador: éste otorgaba la *cautio* de rato o *cautioratam*



*rem dominum habiturum*: Asumía el compromiso de que su representado iba a ratificar lo actuado por él.

Cuando el demandado estaba representado por un:

- 1) Cognitor: éste otorgaba la *Cautio iudicatum solvi*.
- 2) Procurador: éste otorgaba la *Cautio iudicatum solvi*: se asume con el compromiso de que se va a cumplir con lo dispuesto por la sentencia.

Otros Intervinientes en el Proceso

- 1) Los *iusconsultus* o *ius-prudentes*: Evolución:
  - a) Eran los que realizaban los dictámenes o respuesta, respuestas de aquellas cuestiones que las partes les habían solicitado se expidiesen, redactaban pliegos dirigidos al juez, también podían hacerlo de manera verbal a la parte que así lo requería. Su actuación se daba antes del proceso o durante éste pero sin que sea requerida su presencia.
  - b) En un momento dado, solo algunos juristas tuvieron el respaldo del príncipe para emitir dictámenes que influirían en la decisión del *iudex -ex auctoritate principis*.
  - c) En tiempos de las *legis actionis* dirigían y guiaban a las partes en el proceso; durante el procedimiento formulario los asesoraban en como redactar la fórmula en el Edicto.
- 2) Los *oratores* y los *patroni*, quienes hablaban en los debates, en representación de las partes.
  - a) El *orator* era aquel que sabía desplegar muy bien el arte de la elocuencia, trataba de convencer al *iudex* haciendo un análisis de la prueba de que su representado tenía la razón más allá de que fuera cierto o no, no tenía ninguna clase de preparación jurídica. El más destacado fue Cicerón.

- b) El *patronus*: Se tenía en cuenta su elevado rango o posición social, su rol era similar al del orador. Se trataba de una persona socialmente influyente.
- 3) Los *advocati*: Contaban con conocimientos en derecho con el fin de asesorar a las partes. Con la desaparición del *ius publice respondendi ex auctoritate principis* también desaparece la distinción entre *advocatus* y *iurisconsultus* (en tiempos del Bajo Imperio).
  - 4) Al principio eran actividades gratuitas, no podían tener el rango de locación de servicios<sup>18</sup>.
  - 5) Con el paso del tiempo, los asesorados deciden contribuir a colaborar con un pago, de allí surge la denominación de *honorarium* a posteriori fue prohibido por ley *Cincia donis et muneribus* (s.III a.c.) hasta que el Emperador Claudio estableció la posibilidad de un pago que no excediera de los diez mil sestercios.

Nerón consideró su pago como una verdadera *obligatio* del litigante, cuyo cumplimiento puede perseguir el abogado mediante la *cognitioextra ordinem*. Pero quedaron prohibidos el pacto de *quota litis* (Ulpiano, Dig., L, XIII, 1, 12), el *palmarium* y el pacto de *redemptio litis* (Ulpiano, Dig., XVII, I, 6, 7), consistentes el primero en el convenio por el cual se acordaba pagar al abogado un porcentaje de lo que se cobrara como resultado del juicio, el segundo en aquel por el cual se pactaba que sólo se cobrarían honorarios en caso de obtener una sentencia favorable, y el último, en convenir que el abogado sustituyera al cliente en el resultado del pleito, de modo tal que si éste se ganaba, fuera aquél quien se beneficiaba, y si se perdía, cargara con la condena.

---

18 D. XIII, 1

## Sobre la Prueba Testimonial en Roma

### A) La Prueba como Actividad Procesal

La prueba se constituye como una actividad meramente procesal que se lleva a cabo a través de los medios que preestablece la ley cuyas modalidades pueden ir variando, se puede tratar de: documentos (instrumentos públicos y privados), testigos, juramento (confesional), etc.

De éste modo la reunión de ellos en un proceso judicial, si se toma como lo entiende el derecho procesal moderno se constituirá como una reconstrucción de la verdad histórica lo más fiel posible a ella; con la finalidad a la vez de convencer a quienes tienen la tarea de juzgar de quien tiene la razón quién pudo probar lo que alega y quién no.

En lo que respecta a la prueba testimonial hay criterios pre-establecidos y parecería que con un margen de amplitud: Debe darse crédito al testimonio de un esclavo cuando no hay otra prueba para averiguar la verdad. (Mod. (8 reg.)<sup>19</sup>).

### B) Valoración de la prueba en general

En aquellos tiempos en los que el derecho se encontraba bajo la influencia de lo religioso (fas), en los que, la norma de los dioses era la ley de los hombres como un todo inescindible la exigencia de la prueba aparece bajo el cumplimiento de rigurosas formalidades, condición sine qua non para el nacimiento de los actos a la vida jurídica.

En tiempos del procedimiento formulario continúa rigiendo, respecto a su producción, el principio de que ella incumbe a quien afirma y no al que niega (*incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*) (Paul.69 ed.)<sup>20</sup>. No obstante si bien el demandado en éste sentido adquiriría una conducta pasiva ya que solo debía rebatir las pruebas de cargo que el demandante presentaba, asumía un rol más activo cuando oponía excepciones ya que lo que alegaba debía probarlo<sup>21</sup>. (3)

---

19 D. XXII,4, V,7

20 D. XXII, 3,2

21 D. XXII,3 Y D. XLIV,1

El mismo Emperador Adriano decía en un rescripto a Junio Rufino, procónsul de Macedonia que “él daba fe a los testigos y no a los testimonios escritos, que no se admiten en mi jurisdicción (pues yo suelo interrogar personalmente a los testigos), remití (el asunto) al Gobernador de la provincia, para que éste indagara la veracidad de los testigos, y si,(el acusador) no probaba su acusación; fuera desterrado”.

En lo que respecta al procedimiento extra *ordinem* en la valoración de la prueba se va dando de manera paulatina una nueva forma de operar que restringen la amplia libertad de que disfrutaba el *iudex* en el procedimiento formulario, pues se atribuye legalmente mayor valor a unos medios de prueba que a otros, concurriendo los cuales el juez deberá dar por acreditados ciertos hechos, cualquiera que sea su íntima convicción formada sobre la base de otros elementos o pruebas a que la ley concede menor valor.

El criterio que domina esta nueva posición del derecho romano-bizantino en punto a la apreciación de la prueba se traduce, pues, en general, en un marcado disfavor contra la testimonial, que contrasta con la preferencia por la escrita, de éste modo se cita en el Digesto que resolvió el senado que el registro y los documentos públicos valieran más que los testigos (Marcell. 3 dig.).<sup>22</sup>

Los Testigos son apreciados no por el número sino por el valor de sus testimonios<sup>23</sup>

### C) ¿Quiénes eran requeridos como testigos?

En la diversidad de actos en los que será necesario contar con testigos, éstos deberán gozar por parte de quien los invoque de plena confianza, con respecto a esto último el Digesto establece que si todos los testigos son de la misma honradez y reputación, y la clase del negocio y la opinión del juez concurren con ellos, deben seguirse todos los testimonios; pero si alguno de ellos hubieran declarado algo distinto, aunque no sean en igual número, debe darse crédito

---

22 D.XXII, 3,10

23 D.XXII,5

con lo que es congruente con la naturaleza del negocio o no presente sospecha de enemistad o favor, y el juez confirmará su opinión con los argumentos y testimonios, y lo que pudiera encontrar como más adecuado al asunto y más próximo a la verdad. No debe, pues, atenderse a la mayoría, sino a la exactitud sincera de los testimonios, y a los testimonios que cuentan a su favor con más luz de la verdad. (Arc. Char., De testib.)<sup>24</sup>. Pueden aducirse testigos en las causas criminales, en los litigios patrimoniales, cuando lo pida el asunto, en general aquellas personas a las que no se prohíbe dar testimonio ni están excusadas de ello por ningún juez...las constituciones imperiales limitan el número de testigos, en el sentido de que no resulte sobreabundante en el número y en los dichos que puedan alegar de modo que los jueces puedan determinarlo y permitan que se cite el número de testigos que ellos juzguen necesario, tampoco permitiendo que con éstos accionares se desvirtúe la naturaleza del instituto.

*D) ¿Cuáles serán las cualidades que deben tener los testigos?*

Independientemente de las prohibiciones legales, que serán tratadas posteriormente, quiénes están habilitados a prestar testimonio deberán reunir cualidades especiales que harán creíbles de manera inequívoca sus dichos, como lo señala el Digesto en los testigos debe tenerse en cuenta la dignidad, la veracidad, las buenas costumbres y la gravedad, todos éstos aspectos hacen a la seguridad del mismo, seguridad que no admite las dudas caso contrario no debe ser tenido en cuenta (Mod. 8 regul.); la declaración dubitativa de un testigo podía responder a la intencionalidad de perjudicar a una de las partes: “Los testigos que declararon en falso o en contradicción con ellos mismos o que traicionan a las dos partes deben ser castigados por los jueces como corresponde”. (Paul.5 sent.)<sup>25</sup>.

---

24 D. XXII,4, V,18

25 D. XXII,4, V,16

Será necesario el análisis de la persona del testigo, para tener certeza de la eventual veracidad que pudiera tener, para ello debe tenerse en cuenta las cualidades de cada uno;

- si es decurión o plebeyo;
- si es persona de vida honesta e intachable
- o bien de mala fama e indigno;
- si es rico o pobre que pueda dejarse llevar fácilmente por el lucro;
- si está enemistado con aquél contra quien depone en testimonio, o amigo del que favorece con el mismo.
- Si no hay sospecha en su testimonio, por la persona que lo da (porque es honorable) o por la causa (porque no lo da por lucro, favor o enemistad), el testigo debe ser admitido.

#### 1) Posible Determinación de la Veracidad del Testimonio

Ya en tiempos del Emperador Adriano, a través de un rescripto se dispuso que quien se encarga del juzgamiento es el idóneo para determinar qué testigo va a obrar con veracidad pareciera que fuera así solo por la función de juez, ya que es el que los escucha, los interroga y de varias declaraciones colectadas se compararan entre sí para demostrar si son similares en su estructura, contenidos, espontaneidad, ya que el testigo debe demostrar que lo que dice es real y lo expresa con sinceridad, de modo que el conjunto de éstos aspectos lo hacen merecedor de confianza y por lo tanto un testimonio fidedigno. La espontaneidad del discurso es necesaria discernirla, para evitar los artilugios a través de un relato armado.

La veracidad de una declaración o de varias declaraciones al mismo tiempo no implica que deba ser tenido como un medio de prueba contundente e infalible, lo que tampoco lo hace taxativo, pero reduce el margen de probabilidades en las declaraciones mendaces. Por ende, no se puede decir en general cual medio de prueba resulta más contundente para probar la verdad de cómo acaecieron los hechos, ella puede surgir de lo que fuere público o privado, va a depender

de cada situación en particular, a veces como se dijo, de la armonía lógica en las declaraciones de varios testigos y en los interrogatorios, también como se han conducido y si cumplen en general con los requisitos.

Se le da potestad a quién tiene la tarea de juzgar para que determine cuales son los medios de prueba idóneos para determinar la verdad en el caso en particular a tratar<sup>26</sup>.

Es dable la importancia de los testigos, parecería una preeminencia de éstos sobre las declaraciones que pudieran leerse en el juicio<sup>27</sup>.

2) Casos en los que existe duda de la veracidad acerca de la declaración<sup>28</sup>:

- a) Se dispone en la ley Julia sobre la violencia que no se admita en los juicios de ésta ley un testimonio contra el acusado de parte de quién recibió de él o de su padre la libertad,
- b) de los que sean impúberes, del condenado en un juicio público sin haber sido rehabilitado,
- c) del preso en cárcel o en custodia pública,
- d) del que se alquiló para luchar con las fieras,
- e) del juzgado o convicto de haber recibido una cantidad por dar o no dar testimonio;

---

26 Del mismo príncipe hay un rescripto a Valerio Vero sobre el examen de los testigos, en los siguientes términos: “No puede definirse de forma determinada que pruebas resultan suficientes para probar cada cosa. La verdad, no siempre, pero sí muchas veces puede averiguarse sin constancia pública. Unas veces el número de los testigos, otras veces su dignidad y autoridad, otras su buena fama general pueden confirmar la verdad del caso. Tan solo te puedo decir sumariamente que no se debe dar fe sin más a una sola clase de pruebas recibida, sino que debes estimar según tu criterio qué debes creer o juzgar como insuficientemente probado”.

27 El mismo príncipe decía también lo siguiente en un rescripto a Gabinio Máximo: “Una es la autoridad de los testigos presentes y otra la de los testimonios escritos que suelen leerse en el juicio; piensa, pues, que si quieres retener a los testigos, has de pagarle los gastos”.

28 Ya sea por respeto a ciertas personas, en otros casos por la inseguridad de su juicio, otros por su deshonra e ignominia de su vida no deben ser admitidos a dar testimonio

### E) El rol de los testigos en los distintos actos jurídicos

Cuando se realizaba en tiempos de Justiniano la *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, en las Iglesias ante el obispo, la congregación, en la Pascua, luego de la declaración del dueño del esclavo se redactaba un libelo solemne o escritura en la cual los presentes firmaban como testigos<sup>29</sup>.

Para la celebración de la *manumissio per epistolam* se le daba la libertad al esclavo ausente a través de una misiva o carta<sup>30</sup>; Justiniano exigió además que cinco testigos firmaran o dieran fe del contenido de la carta<sup>31</sup>.

En la *manumissio interamicos*, en presencia de cinco testigos el *dominus* le anunciaba la libertad al esclavo<sup>32</sup>.

Sobre la base de la *Lex Aelia Sentia*, se estableció por la Ley *Iunia* que los menores de treinta años manumitidos y convertidos en latinos, en caso de tomar por mujeres a ciudadanas romanas o latinas colonarias o mujeres de su misma condición siempre y cuando ello fuera atestiguado por siete testigos ciudadanos romanos púberes, y que además hayan procreado un hijo.<sup>33</sup>

La adquisición de la *manus* sobre la mujer, como una de las formas más antiguas que se conocían, se hacía con el acto solemne que se dividía en tres partes: la *tradio* de la mujer; la *deductio in domu*: el acompañamiento de la mujer por el cortejo que entonaban cánticos religiosos y la acompañaban hasta la puerta de la que iba a ser la casa conyugal; luego como tercer paso la *confarreatio* propiamente dicha, donde se ofrecía la comida del pan de cebada al dios Júpiter y se recitaban fórmulas solemnes; en presencia del *flamen dialis* y diez testigos<sup>34</sup>.

---

29 C. Theod.; 4,7,1. C.I, 13,1 y 2

30 D. 61, II, 38

31 C., 7,6,1.

32 G. I nota 15

33 Gaius I, 29.

34 GAIUS I, 112



Por otra parte se conviene la *manus* por la *coemptio*, era una venta ficticia o imaginaria, en presencia de no menos de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens*<sup>35</sup>.

La *mancipatio* se hacía en presencia de cinco testigos<sup>36</sup>

En los comicios cuando se realizaban los testamentos, una de las formas más antiguas de testar que ha conocido el derecho romano, se realizaban en presencia del pueblo tal como si se tratara de una ley rogada, laque debía prestar su consentimiento para el acto de transmisión de la universalidad jurídica, tal como se señala en *Gaius* en el *testamentum Calatia Comitia*...o se sabe con certeza si los comicios obraban como testigos o debían dictar una ley...<sup>37</sup>

En cuanto al *Testamentum in procinctu*...el compañero de armas era un testigo solemne de la declaración del testador<sup>38</sup>.

Con respecto al *testamentum procinctu*, se llamaba *per aes et libram* porque se realizaba por el ritual del cobre y la balanza (*mancipatio*)<sup>39</sup> se detalla el procedimiento: “quién hace el tto., en presencia como en las otras mancipaciones, de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens*, después de haber escrito las tablas del testamento, mancipa a un tercero- por mera formalidad.- su patrimonio (familiam suam) y en tal circunstancias son usadas palabras solemnes<sup>40</sup>: golpeaba con el cobre la balanza y se lo da al testador en lugar del precio. Luego el testador teniendo las tablas del testamento dice así: “*De acuerdo con lo que está escrito en éstas tablas y en ésta cera, yo doy, lego y testo, por lo tanto vosotros quirites, dame testimonio de ellos*”; éste acto se llama *nuncupatio*.<sup>41</sup>

---

35 GAIUS I- 113

36 GAIUS I- 119

37 según la nota 94 de GAIUS II-102

38 Nota 94, GAIUS II- 102

39 en G. II-104

40 “Yo me encargo por mandato tuyo de custodiar tu familia y tu fortuna, y a fin de que tu puedas en derecho hacer tu testamento de acuerdo con la ley pública, sean por mi compradas, por ésta moneda de cobre” (y algunos agregan) “por ésta balanza de bronce”.

41 en G. II-104. Nuncupare significa designación pública hecha por el testador de acuerdo a lo establecido por las tablas del testamento.

Se estableció que “la manera de formalizar el testamento tuvo cambios con posterioridad a lo que dice Gaius. En primer término fue el pretor quién permitió que se dejara de lado la ceremonia de la *mancipatio*, siempre y cuando que se celebra ante siete testigos y éstos pusieran sus sellos<sup>42</sup>, luego en la época imperial se van introduciendo nuevas reformas hasta llegar al *testamentum tripertitum* de Justiniano, que consistía en un acto uno contextu, o sea no interrumpido y continuo, lo cual aparece como una exigencia del derecho civil, ya que la interrupción de un acto celebrado ante los comicios, anulaba todo lo sucedido hasta entonces.

También el derecho civil tenía la exigencia de los testigos que debían ser siete conforme al número fijado por el pretor. A parte éstos Testigos debían fijar sus sellos (exigencia del pretor) previa *subscriptions* del testador y de los mencionados testigos (exigencia del derecho imperial). Precisamente porque las formalidades emanaban de los tres derechos es que se llamaba a éste testamento *tripertitum*<sup>43</sup> A su vez el testamento puede ser escrito, en cuyo caso aparte de las formalidades analizadas era exigencia que para evitar fraudes, el nombre del heredero debía ser escrito de puño y letra por el testador o uno de los testigos<sup>44</sup>, pero podía ser oral (nuncupativo) pronunciado ante siete testigos y haciendo ante ellos la declaración solemne de voluntad<sup>45</sup>. Ésta variedad de las formas de testar en Justiniano, es consecuencia directa del sentido estoico que le da a la etimología de *testamentum* (*testatio mentis* –testimonio de voluntad), la cual difería del sentido quiritarario que estaría dado por la declaración solemne ante los comicios, como testes (testigos) con un valor significativo de *lex*.

---

42 cfme. Insts. II, 10,2

43 cfme.Insts. II, 10,3

44 cfme.Insts. II, 10,4

45 cfme.Insts. II, 10, 14

## A) ¿QUIÉNES NO PODÍAN TESTIMONIAR?

A éste respecto se podrían considerar varios casos, en los que no habría un testimonio válido como el de los judíos y herejes contra litigantes cristianos u ortodoxos<sup>46</sup>.

También se puede hacer referencia a la condición social de los testigos<sup>47</sup>, la que reduce la obligación de reforzar sus declaraciones con juramento a los testigos de las clases inferiores<sup>48</sup>, la que permite la aplicación de la tortura a los testigos sospechosos de faltar a la verdad<sup>49</sup>, etc.

Quién se encuentra bajo la *potestas* del *familiae emptor* o del mismo testador no puede servir de testigo, ya que para imitar en un todo al derecho antiguo en las formalidades que se practican para hacer testamento, solo se consideran parte del negocio al testador y al *familiae emptor*, y como antiguamente quién compraba el patrimonio tomaba el lugar de heredero, es por ello que en este acto no se admite al testigo doméstico.

Las reglas generales establecían que no podían ser testigos:

- Ningún testigo puede ser idóneo en su propia causa (Pomp.1 Sabino)<sup>50</sup>.

-las mujeres

-los esclavos

-El condenado por exacciones ilícitas no puede intervenir en un testamento ni dar testimonio<sup>51</sup>.

-los impúberes

-No debe citarse temerariamente a testigos que deben recorrer un gran camino para venir a juicio, y mucho menos hay que apartar a los militares de sus banderas y encargos para dar testimonio, y así se dice en un rescripto del Emperador Adriano,

---

46 Const. De Justiniano, en Cód. I, V, 21 pr.

47 Cód, IV, XX, 9; Novelas, 90, 1

48 Const. De Constantino en Cód, IV, XX, 9

49 Novelas, 90, 1

50 D. XXII,4, V,10

51 D. XXII,4, V,13

-los furiosii

-los mudos

- los sordo

- El acusador no debe llamar como testigo al reo de un juicio público ni al menor de veinticinco años. (Venul. 2 iu. Publ.)<sup>52</sup>

- -los pródigos declarados tales

- -los declarados indignos de testar por la ley

(*intestabiles*)

- - los herederos ni los que están bajo la *potestas* del testador o del heredero, pero el enlace entre los testigos no perjudica.

- No es testigo idóneo el padre respecto al hijo ni el hijo respecto al padre (Paul. 1 Sap.)<sup>53</sup>

En tiempos de Justiniano será regla de carácter obligatorio que el heredero y quienes estén bajo su *potestas* sean testigos<sup>54</sup>.

La estricta observancia de estas formalidades en la celebración de los testamentos, ha sido dispensada a los militares por las constituciones del príncipe a causa de su gran inexperiencia. Así cuando no hayan presentado el número legítimo de testigos, ni hayan vendido la *familia*, ni hayan *nuncupado* el testamento, éste no por ello deja de ser válido”; de acuerdo a lo establecido en la nota n° 100: los militares tienen otras ventajas: a) pueden instituir como herederos a aquellos que no tienen la *testamentifactio* pasiva<sup>55</sup>.

Si el testamento está firmado por siete testigos, el pretor le ofrece a los herederos incriptos, conforme a las tablas del testamento, la *possessio* de los bienes (*bonorum possessio*)<sup>56</sup>.... El pretor considera que con los siete testigos en principio no se dudaría de la existencia de un

---

52 D. XXII,4, V,20

53 D. XXII,4, V,9

54 Nota 99 v. Insts. II,10,10

55 G., II, 109 y nota n°100

56 G. II, 119; de acuerdo a lo establecido en la nota 105: se trata de un caso de b. Possessio secundum tabulas

testamento, aún cuando falten las otras formalidades y en consecuencia a los allí inscriptos los va a nombrar *possessores bonorum*.

Se dispone en la Ley Julia de los juicios públicos que no se convoque a nadie contra su voluntad para que dé testimonio contra su suegro o yerno, padrastro o hijastro, primo o prima segundos, o el hijo de éstos, o los de grado más próximo; tampoco al liberto del acusado, o de sus hijos o ascendientes, del marido o la mujer, ni al del patrono o de la patrona, de suerte que no se obligue a dar testimonio a los patronos o patronas contra sus libertos ni a los libertos contra el patrono (Paul. 2 ad leg. Iul. Et Pap.)<sup>57</sup>.

En las Leyes en las que se exceptúa que no se obligue a dar testimonio contra su voluntad al yerno o suegro, se admite que se comprende en el nombre de yerno también al prometido de la hija, y en el de suegro al padre de la prometida. (Gai.4 ad Leg.Iul. et. Pap.)<sup>58</sup>

No parecen idóneos los testigos a los que (el interesado) puede ordenar que lo sean. (Lic. Ruf. 2 reg.)<sup>59</sup>

No deben ser obligados a dar testimonio contra su voluntad los viejos, los enfermos, los militares, los magistrados que están ausentes en viaje oficial, o los que no pueden acudir (Scaev. 4 reg.)<sup>60</sup>.

Para dejar constancia de un acto se entiende como testigo incluso el que no fue rogado a ello. (Pomp. 33 Sabino)<sup>61</sup>

Cuando no se señala el número de testigos, bastan incluso dos, pues bastan dos para decir que son varios. (Ulp. 37 ed.)<sup>62</sup>

Sé que se ha discutido si pueden deponer testimonio en los juicios públicos los condenados por acusación calumniosa, pero ni se prohíbe en la ley Remnia, ni impidieron que tales personas den testimonios de leyes julias sobre la violencia, exacciones ilícitas y peculado. Sin embargo, lo que olvidaron las leyes no debe olvidarlo la atención

---

57 D. XXII,4, V,4

58 D. XXII,4, V,5

59 D. XXII,4, V,6

60 D. XXII,4, V,8

61 D. XXII,4, V,11

62 D. XXII,4, V,12

de los jueces, a cuyo ministerio corresponde valorar la veracidad del testimonio que puede una persona proclamar con la frente alta. (Pap. 1 de adult.)<sup>63</sup>

Se ha establecido que el condenado por adulterio no puede ser testigo de un testamento, pesa en éste caso la prohibición, por lo que ésta clase de declaraciones no gozan de validez, ni las consecuencias que ello acarrea<sup>64</sup>.

La casuística ha llevado a contemplar el caso de las personas que no tienen el sexo definido; “El que pueda intervenir en un testamento el hermafrodita depende del sexo que predomine en él. (Paul. 3 sent.)”<sup>65</sup>.

El padre y el hijo que está bajo su potestad, así como dos hermanos que están bajo la misma potestad, pueden ser castigados ambos en el mismo testamento o en el mismo negocio, porque nada perjudican que intervenga en un negocio ajeno varios testigos de la misma casa. 8Ulp.,reg.<sup>66</sup>

De la Ley Julia sobre los adulterios prohíba a la que la mujer condenada pueda testimoniar se deduce que las mujeres tienen el derecho de deponer testimonio en su juicio. (Paul.,2 de adult.)<sup>67</sup>

No son testigos contra su voluntad los publicanos, ni el que se hubiera ausentado (por causa justificada y) por no rehuir el testimonio, ni el que hubiera hecho la contrata de suministrar al ejército. Tampoco se puede citar como testigos a los pupilos. (Ulp. 8 de off.proc.)<sup>68</sup>

Se estableció: que “el condenado por libelos infamantes se hace incapaz de testimoniar. También decretó el senado que el pretor debe dar testimonio en el juicio a causa de adulterio. Pero en una circunstancia en la que hay necesidad de admitir como testigo a un gladiador

---

63 D. XXII,4, V,13

64 Por ejemplo no se puede dar la posesión de los bienes hereditarios. Ver en D. XXII,4, V,14

65 D. XXII,4, V,15

66 D. XXII,4, V,17

67 D. XXII,4, V,18

68 D.XXII,4, V,19

o persona semejante, no debe darse crédito a su testimonio si no es mediante tormento”.<sup>69</sup>

No puede presentarse como testigo quién con anterioridad ya dio testimonio contra el mismo acusado.

No existe idoneidad para que declaren los testigos que tuvieran un vínculo estrecho con éstas de modo que se pusiera en duda la veracidad de los dichos “No se admite que sean interrogados aquellos testigos que el acusador hubiera traído de su propia casa. (Paul. 5 sent.)<sup>70</sup>.

En los mandatos (imperiales) se pide que cuiden los gobernadores de las provincias de que los patronos no den testimonio en la causa a la que prestaron su patrocinio; lo que debe observarse en los agentes judiciales de ejecución. (Arc. Char., de testib.)<sup>71</sup>.

---

69 D. XXII,4, V,21

70 D. XXII,4, V,24

71 D. XXII,4, V,25

## **Agradecimientos**

A mis queridos Maestros del Derecho Romano, con el cariño y respeto de siempre:

Héctor Eduardo Lázzaro, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata.

Doctor Luis Rodríguez Ennes, Catedrático de la Universidad de Vigo, España.





En ésta obra se pretende la amena lectura de la Historia del Derecho Romano, desde la fundación legendaria de Roma y como se fueron nucleando en la región de Italia los diversos grupos. Por otro lado, sirve para entender el contexto de luchas y transformaciones sociales, políticas y económicas en que se dictaron las leyes. Las fuentes creadoras del derecho a lo largo de varios siglos desde la costumbre hasta la compilación maestra de Justiniano: *El Corpus Iuris Civilis*.

Luego de la historia y sus significados jurídicos comprender y aprehender el sentido de las leyes que influyeron en las instituciones que hoy nos rigen son la tradición del Derecho Romano, como las personas, el derecho de familia, el derecho hereditario, el negocio jurídico, la tutela y la curatela, recepcionado primero por las escuelas de derecho como Bologna, luego por los romanistas alemanes y después por Vélez Sarsfield.

Es importante concebir al derecho romano como un todo, y no como compartimentos estancos. Todas su temáticas se interrelacionan y ello lleva al aprendizaje e incorporación para pensarlo en el ejercicio del derecho en la práctica.

En la actualidad con ciertas variantes conservamos ésta tradición romanística. Por eso el nombre del libro el Legado sintetiza ésta esencia.

**Romina Aramburu.** Procuradora, Abogada y Escribana. Especialista en Derecho Penal. Docente Universitaria Autorizada. Profesora Adjunta desde el año 2000. Ayudante Alumna; Auxiliar docente, y Jefe de Trabajos Prácticos, todos cargos por concurso en Derecho Romano. Doctoranda. Ex Profesora por concurso en Derecho Penal II. Ex Investigadora sobre Violencia de Género (2012-2014) en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata.

Ejerce la profesión de abogada matriculada en el Colegio de Abogados de La Plata, provincia de Buenos Aires desde el año 1996.

Docente por concurso en Derecho Romano (2011); Ex Investigadora sobre la "Tutela Romana Ambiental de los Bosques, 2013-2016; actualmente investigadora en el proyecto de Investigación sobre "La defensa de la amoenitas del fundo y del 'nuevo' 'derecho al paisaje'", en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Escribió en revistas jurídicas nacionales e internacionales.

