

Derecho Romano

Unidad I: Sus divisiones

Punto 1

Preceptos y Nociones Fundamentales

El factor civilizador fundamental en Roma fue el elemento jurídico. La actividad jurídica, los valores políticos y el sentimiento religioso y moral se plantean como determinantes de las relaciones humanas. Además se suman la autoridad y la libertad como conceptos complementarios, y no contrapuestos.

El estudio del Derecho Romano influyó decisivamente en la evolución de la civilización europea, proporcionando a los juristas los elementos que permiten la comprensión de los sistemas jurídicos modernos, otorgando los elementos lógicos para su razonamiento.

El jurista moderno encontrará en los análisis y soluciones que presentan las fuentes romanas, los medios técnicos y metodológicos para arribar a la adecuada interpretación de las normas legales.

El Derecho Romano es el complejo de ideas, experiencias y ordenamientos jurídicos que se sucedieron a lo largo de la historia de Roma, desde los orígenes de la ciudad estado hasta la disgregación de la parte occidental del Imperio (muerte de Justiniano).

Ius

Ius es el equivalente latino de nuestro vocablo "derecho". En un primer lugar *ius* significa el conjunto de normas que constituyen un ordenamiento jurídico (derecho objetivo).

El derecho y la religión en la Roma antigua se desarrollan de modo contemporáneo y paralelo. Hay un carácter religioso en la organización romana. El monarca, más que un jefe político es autoridad religiosa.

El logro de la finalidad jurídica irá unido a la realización de las solemnidades prescriptas, indicadas por los pontífices, del mismo modo que la ceremonia sagrada se encamina a lograr el favor de los dioses.

Ius para algunos sería lo que liga, ata y vincula a las personas entre sí; de esta posición deriva la que resalta la idea de lo que está unido por estar circunscripto, por tener forma circular, es decir, lo establecido por un tribunal o asamblea y que, como consecuencia, une, vincula. Otra opinión afirma que *ius* provendría de *iouis*, de donde la fuente que emana el *ius* es la divinidad.

Ius se muestra como la pretensión que alguien puede tener respecto de algo o de alguien con relación a los demás.

Lo jurídico siempre importa una relación con el otro, de tal forma que quien posee el *ius* está en la situación óptima, que siempre lo es respecto a la situación de otro u otros. También el *ius* se muestra como el reestablecimiento, a partir de su vulneración, del derecho que me corresponde a través de la tarea del órgano adecuado.

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

En una primera etapa el cumplir con los ritos determinaba la licitud del acto y definía al IUS. Autores latinos usan a menudo ritus y mos, es decir rito y costumbre. Aparece de este modo la relación entre el rito y las mores maiorum, fuente del derecho de la época arcaica. Además *ius* designa a la solemnidad misma, que indica la situación *iusta* en las relaciones entre particulares.

Ante la controversia traída por las partes, el Pretor deberá señalar cuál resulta la conforme al IUS (*iusta*) y cuál la contraria (*iniusta*).

Será a partir del *ius* que el magistrado extraerá la regla (regula) en base a la cual dirimirá el litigio (litis).

Fas

Originariamente, *ius* debía coexistir con *fas*. El *fas* es el fundamento del *ius*, operando incluso donde el *ius* no lo hace, no pudiendo el *ius* apartarse de lo reglado por el *fas*. El concepto contrario, *nefas*, equivale a tabú, lo prohibido por el mundo mágico religioso. Con el correr del tiempo *fas* persistió significando el ámbito de los permitido por manifestación de la divinidad, a diferencia de *ius*, que adquirió el valor de ordenamiento jurídico humano.

Fas también es la palabra divina expresada por quienes están conformes al orden fundamental: los pontífices, el rex. Fas es lo que sirve para sostener y fundar el orden de las cosas.

Los días *fastos* eran los considerados propicios para interpretar la ley, ocurriendo lo contrario con los días *nefastos*.

Justicia

Para la filosofía estoica la idea de virtud debe asumir el carácter de conducta habitual, de tal modo que se tenía por vicioso lo que lo era solo por una vez. La virtud romana (de *vir*: varón) es lo propio y esencial al hombre, es decir, que conlleva un contenido de practicidad.

Así ha de entenderse que la justicia se diferencia de otras virtudes por su específico carácter del "DAR A CADA UNO SU DERECHO", por la cual la conducta de cada uno ha de adecuarse a la ley.

La justicia se transforma en una práctica concreta, dinámica y firme que permanentemente ha de dirigir las conductas.

Ulpiano: "Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo".

Jurisprudencia

De iuris (de derecho) y prudentia (sabiduría, experiencia previsor).

Tarea propia de los jurisprudentes, como la de aquellos que discernían acerca de la prudencia del *ius*.

Prudencia, para los romanos, es el conocimiento de la realidad, que implica verdadera sabiduría.

La labor del jurisprudente es desentrañar de la realidad lo que pertenece a la esencia de cada cosa, administrando la justicia que les es propia. Los primeros jurisprudentes fueron los pontífices.

Lo opuesto a la justicia, para el hombre antiguo, era lo desmesurado, lo excesivo.

Ulpiano: "el anoticiamiento de las cosas divinas y humanas y la sabiduría discernidora de lo justo y de lo

injusto".

Preceptos fundamentales de Ulpiano

"Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo".

a) *Honestae Vivere* (vivir honestamente):

Disposiciones como impedimentos matrimoniales, las permanentes referencias a la buena fe, el juramento, la veracidad de los dichos del testigo; la incidencia de virtudes cuya violación producía efectos ciertamente jurídicos evidencia la incidencia del "vivir honestamente" como principio fundamental del derecho. Estos preceptos son de un contenido moral.

El IUS sirve para garantizar la pública honestidad y las buenas costumbres y quien las viole, será pasible de la sanción jurídica por ser su proceder contrario al *honestae vivere*.

b) *Alterum Non Laedere* (no dañar a nadie):

Quien se abstiene de la conducta prohibida por las leyes, obedece al precepto de no hacer daño a nadie.

El derecho ha de contemplar la protección contra los daños en la persona y los bienes, otorgando los medios que conduzcan primariamente a evitarlos y, producido, a resarcirlos.

c) *Suum Cuique Tribuere* (dar a cada uno lo suyo):

Quien hace lo que las leyes mandan, cumple con el dar a cada uno lo suyo.

La intención de la justicia no se agota en el respeto a los derechos de otro sino primordialmente a medir las prerrogativas que a cada cual correspondan, con el objeto de asegurarle de manera efectiva la parte que le es correspondida, la que ha de mantenerse en el justo límite que evite lo excesivo.

Punto 2

Clasificaciones

Derecho Público y Privado

Hay quienes consideran que las disposiciones que provienen del derecho público también conciernen a los particulares, ya que han sido dictadas en su interés.

Otros autores precisan la distinción en un texto de Papiniano, quien define al derecho público como aquel que no puede ser alterado por los pactos de los particulares.

Pertenecen al derecho público todas las disposiciones que provienen del Estado. La ley de las XII tablas, las leyes comiciales, los Senadoconsultos, las constituciones imperiales, etc. Y sólo serían de derecho privado aquellas normas que derivan de la jurisprudencia.

Derecho Objetivo y Subjetivo

El derecho objetivo se encuentra plasmado en el derecho de fondo, constituido por los códigos (por ejemplo: el actual Código Civil), los derechos que tiene una persona, que le rigen.

El derecho subjetivo se encuentra plasmado, en cambio, en los códigos de forma, que son los instrumentos que permiten las acciones.

Instrumento acción: facultad que otorga la ley para poder perseguir en juicio lo que se nos debe. (Por ejemplo: acción ejecutiva, de desalojo, etc.)

Los romanos no distinguían entre derecho objetivo y derecho subjetivo. No se establecía el derecho de propiedad, pero sí existía una acción reivindicatoria para recuperar la propiedad usurpada.

Derecho Natural, de Gentes, Civil

Por derecho civil se entiende aquel que es propio de la ciudad de Roma y exclusivo para sus ciudadanos. Quien se encargaba de aplicarlo era el Pretor Urbano. Además de este derecho conocieron los romanos otro, aplicable a las relaciones de éstos con los peregrinos, o de los peregrinos entre sí, surgido como consecuencia de las necesidades sobrevenidas de la expansión de Roma. Tal el derecho de gentes, aplicado por el Pretor Peregrino al resolver los conflictos llevados a su conocimiento.

El derecho de gentes aparece entonces resolviendo aquellas situaciones excluidas del derecho civil, en razón de su aplicación restrictiva a los ciudadanos romanos.

Los romanos estaban regidos por su calidad de ciudadanos por el derecho civil, y por el derecho de gentes por ser derecho común a todos los pueblos.

El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles. Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales.

La expresión "naturalis ratio" (razón natural) define al derecho de gentes como aquel que la razón natural establece entre los hombres y es observado por igual por todos los pueblos.

La justicia natural resulta idéntica en todos los pueblos, en tanto la justicia legal es determinada por cada Estado.

Las concepciones justinianas consideran al derecho natural como un ordenamiento jurídico establecido por la Divina Providencia, como aquellas leyes que permanecen firmes e inmutables.

La idea del derecho natural como aquel que la naturaleza ya enseñó a todos los animales ha de entenderse que se refiere a aquel derecho que siguen los hombres cuando se adecuan al instinto natural. Por todo ello, no parece adecuado identificar el *ius naturale* y el *ius gentium*. Instituciones de este último, como la esclavitud, son sin dudas contrarias al derecho natural.

El derecho de gentes y el derecho civil están regidos por el *ius naturale*.

El *ius gentium* regla las relaciones humanas de todos los pueblos.

El derecho civil está concebido para regular las conductas de los ciudadanos. El derecho civil, impregnado de principios religiosos, es el primero que conocen los romanos.

La equidad

A lo que es debido legalmente ha de agregarse lo que le corresponde según el mérito y la misión propia de cada uno.

"La justicia es la distribución del bien a cada uno, equitativamente, según su valor". Para los romanos, la justicia es una virtud del espíritu que excede la mera conformidad de la conducta al marco de la regulación legal.

El interés general, el adecuado funcionamiento del Estado, exigían en la aplicación del derecho la consideración de las particularidades, dignidades y circunstancias de cada caso.

La equidad será la consideración de esas situaciones al momento de resolver los conflictos.

Cuando alguien dicta sentencia tiene en cuenta dos pautas: –circunstancias del caso, –intención de las partes.

Punto 3

Enumeración de las fuentes en que el derecho se exteriorizó en Roma y sus órganos productores

- Monarquía Mores Maiorum
- República Lex, Plebiscito, Ley de las XII tablas, Edicto del pretor.
- Imperio (Principado) Juristas, Ius Publice Respondendi, Constituciones Imperiales.
- Imperio (Dominado) Universidades, Escuelas de Derecho (compilaciones de Leges y Iura), Constituciones Imperiales.

Punto 4

Criterios para la división de los períodos de Derecho Romano

- Según el criterio histórico se establece un lapso durante el cual se desarrollaron las instituciones jurídicas romanas: esto es desde el 753 a.C. con la fundación de Roma hasta el 565 d.C. momento de la muerte del Emperador Justiniano.
- Atendiendo a las formas de gobierno que tuvo Roma, los períodos son tres: la Monarquía, desde el 753 a.C. hasta el 509 a.C.; la etapa Republicana, desde el 509 a.C. hasta el año 27 a.C.; y el Imperio, desde el 27 a.C. hasta el 565 d.C., período que, a su vez, merece subdividirse en Principado (27 a.C. – 235 d.C.) y Dominado (235 d.C. – 565 d.C.).

Ya en el plano jurídico, el Derecho Romano abarca tres grandes épocas:

a) Derecho Quiritario: abarca este período desde el nacimiento de Roma hasta el año 450 a.C. Se trata de un derecho primitivo, altamente influenciado por los principios religiosos. Los principios jurídicos se apoyan en el valor justicia. El derecho era muy estricto y formal, la ley se interpretaba al pie de la letra: "*dura lex ser lex*" (la ley es dura pero es la ley).

b) Derecho Civil: surge con la sanción de la ley de las Doce Tablas y se extiende hasta el 212 d.C. En esta nueva etapa el derecho será escrito y ampliamente conocido por todos.

A partir del 242 a.C., con la creación de la magistratura del Pretor Peregrino, será posible pensar en un nuevo derecho: el Derecho de Gentes, que va a ofrecer una nueva visión jurídica: la interpretación y aplicación de las normas de acuerdo a la equidad.

c) Derecho Romano Helénico (212 d.C. – 565 d.C.): en el 212 d.C. el Emperador Caracalla dicta la conocida

Constitución Antoniniana, por la que declara ciudadanos romanos a todos los habitantes de los pueblos del Imperio, terminando así con la dicotomía entre Derecho Civil y Derecho de Gentes.

En este período del derecho romano–helénico existe una notable influencia de las ideas griegas.

El Imperio Romano estaba dividido en occidente (invadido por los bárbaros) y oriente (conquistado por Roma), pero el verdadero derecho romano se aprecia en la época del Principado (3 primeros siglos luego del nacimiento de Cristo).

• Bonfante considera al Derecho Romano a través de 3 períodos:

1) Común de Roma y Derecho Quiritario (754 a.C. – 202 a.C.). Hace culminar esta primera época en el triunfo de Roma sobre Cartago. El nacimiento de la Ciudad–Estado, que tiene su origen en una comunidad de pastores y agricultores, y como la organización estatal va interviniendo, gradualmente, en la solución de los conflictos, en la formación de leyes y en la interpretación, por los juristas, de las normas que conforman el sistema jurídico.

2) Un segundo período es denominado como Estado Romano Itálico, que va a culminar con la muerte de Alejandro Severo en el 235 d.C.

La obra de la jurisprudencia y de las escuelas jurídicas va siendo desplazada, gradualmente, por una monopólica actividad estatal, a través de las Constituciones Imperiales.

3) Un tercer período, es denominado por Bonfante, del Dominado (235 d.C. – 565 d.C.).

La división del Imperio en Oriental y Occidental, la tolerancia otorgada a la religión cristiana, la aparición de los derechos provinciales y la decadencia de la labor creativa de la jurisprudencia, son los acontecimientos que marcan los rumbos jurídicos de este lapso.

• Kaser ofrece dividir el Derecho Romano en 3 períodos:

1) El del Derecho romano antiguo que abarca desde el nacimiento de Roma (753 a.C.) hasta el comienzo de las Guerras Púnicas (siglo III a.C.).

2) Un segundo período: el del derecho clásico, que coincide con el Principado.

3) Un tercer período, denominado postclásico (235 – 565 d.C.) y que coincide con el Dominado.

En esta época el derecho se aparta por completo de la tradición clásica y se convierte en el derecho vulgar postclásico.

• Es conocida también la división que realiza el jurista Hugo y que reconoce la existencia de cuatro etapas: **a)** la de la "infancia", desde los orígenes de Roma hasta la ley de las Doce Tablas; **b)** la de la "juventud", que comprende hasta Cicerón, a mediados del siglo I a.C.; **c)** la de la "virilidad", que termina con la muerte de Alejandro Severo (235 a.C.); **d)** la de la "vejez", hasta la muerte de Justiniano (565 a.C.).

Unidad II: Sus divisiones

Punto 1

La monarquía: Orígenes

En el relato tradicional de los orígenes de Roma se confunden los elementos legendarios con circunstancias y hechos que la ciencia moderna está confirmando, como la existencia de grupos migratorios e influencias culturales provenientes del Egeo y el Asia Menor, la fusión de stirpes sabinas y latinas, el predominio etrusco, el régimen monárquico y su crisis.

La Monarquía se analiza en base a 3 pautas:

1.- Ejército. 2.- Religión. 3.- Familia.

1. El pueblo romano era meramente militar.

2. Influencia de los colegios sacerdotales. Regido por el FAS (relación hombre-dioses). Los pontífices guardaban los secretos de la Iglesia (por ejemplo, la matemática y otras ciencias).

3. La autoridad máxima era el pater (hombre). La mujer no participaba aparentemente, pero en realidad era quien manejaba los asuntos familiares. Se discute sobre si el primero fue el surgimiento del Estado o de la familia. Aparentemente, la familia nació primero.

Leyenda y sus críticas

El príncipe troyano Eneas logra huir con sus hombres de la destrucción de la ciudad. Luego de arduas peripecias en el Mediterráneo y de su frustrada relación con Dido, reina de Cartago, llega al Lacio, donde luego de luchar con una coalición de pueblos, entre ellos los etruscos, desposa a Lavinia, hija del rey autóctono Latino.

Ascanio, hijo de Eneas, funda a su muerte la ciudad de Alba Longa.

Rómulo y Remo, nietos de Númeror, decimotercer rey de Alba Longa, fundarán una nueva ciudad: Roma.

Rómulo, jefe de la flamante comunidad, crea un consejo de 100 *patres*, cuyos descendientes son los patricios.

La población de Roma se completa cuando Rómulo, sabiendo de la escasez de mujeres, invitó a sus vecinos, los sabinos, a una gran fiesta y organizó el rapto en masa de sus esposas..

Al desaparecer Rómulo en pasmosas circunstancias, accede al trono el sabino Numa Pompilio, quien organiza los ritos, el calendario y los colegios sacerdotales. Es sucedido, luego de 43 años de reinado, por Tulio Hostilio, de origen latino, quien destruye Alba Longa y traslada a Roma a sus habitantes. A continuación el sabino Anco Marcio funda el puerto de Ostia.

Tarquino, procedente de Etruria, llega al poder e inicia obras de urbanización y vence a otros pueblos latinos y sabinos. Su yerno, Servio Tulio, construye el primer muro de cintura de Roma, divide la ciudad en cuatro circunscripciones y a la población, según su posición económica, en cinco clases y la distribuye en centurias. Un yerno de Servio Tulio, hijo de Tarquino y apodado el Soberbio, tras asesinar al suegro toma el poder ejerciéndolo tiránicamente y realiza obras como la Cloaca Máxima y el templo de Júpiter Capitolino.

Ante los abusos de Tarquino y su familia el pueblo reacciona y los expulsa. Reunidas las centurias, son elegidos los primeros cónsules, Junio Bruto y tarquino Colatino, líderes del movimiento revolucionario.

Punto 2

La sociedad primitiva: Tribus

Las tres tribus gentilicias. – Se puede utilizar la palabra tribu con dos sentidos: **1)** como unidad política de base étnico cultural; **2)** como unidad resultante de una división administrativa de una comunidad.

La primera acepción serían, pues, unidades precívicas cuya unión, precisamente, originó a Roma.

Otros autores consideran que serían una subdivisión artificial o convencional hecha con posterioridad a la existencia de la civitas.

Las cuatro tribus territoriales. – El ordenamiento de Servio Tulio parece haber sido orientado a incluir a pobladores que no estaban encuadrados en 'gentes' (futura plebe).

El pueblo se dividía en tribus y curias. Cada tribu se componía de diez curias, divisiones locales formadas por cierto número de gentes que allí se domiciliaban.

Curias

La palabra curia provendría de "coviria" (co: conjunto; viri: varones), y puede ser descripta como una agrupación de gentes vinculadas sobre la base de un principio novedoso para la época: el de la vecindad de asentamiento.

Las dos primordiales funciones que se le atribuyen a esa "reunión de varones" eran el reclutamiento militar y funciones comiciales.

Gentes

La palabra "gentes" es el plural de "gens", que representa a una reunión de varias familias con un antepasado común, de quien recibían el nombre gentilicio (*nómen gentilicium*). Los miembros de la gens son llamados "gentiles". La gens dicta normas para las familias romanas, para evitar la disolución de los grupos. Las familias de la gens se ayudan mutuamente.

Cada familia tiene un jefe, llamado PATER FAMILIA, y el grupo de familias (*gens*) tiene un jefe, llamado PATER GENTIUM. Al conjunto de varias gentes de lo llama "civitas".

La gens precedió a la ciudad como organismo de naturaleza política tendiente a mantener el orden y protegerse contra los enemigos externos. La agrupación poseía carácter político, se asentaba en un territorio (*pagus*), tenía un jefe (*magister gentis*), costumbres e instituciones propias, asamblea (*concio*), y reglas de conducta (*decreta gentis*). Configuraba una unidad preestatal en la cual ya encontramos presentes los elementos que componen al estado moderno: un territorio propio, órganos de gobierno –la asamblea y el pater o jefe– y normas de conducta –las mores maiorum (costumbres de los antepasados). La gens otorga protección a sus miembros y encauza sus conductas con la finalidad de amparar la integridad y asegurar la continuidad del grupo. También organiza la venganza ante una ofensa.

Además de los gentiles, integraban la gens los clientes, adscriptos voluntaria o compulsivamente a una condición de dependencia o vasallaje. El *patronus* –jefe de la gens– debía protección al cliente y le entregaba en carácter de precario tierras para su trabajo; el cliente debía obediencia, asistencia armada y política, jornadas de trabajo y, en casos determinados, contribuciones económicas. La única forma de tener acceso a la tierra había sido pues, pertenecer a una gens.

La gens fue perdiendo vigencia cuando la civitas empezó a tomar a su cargo la protección del individuo y a integrar a los cives por medio de instituciones políticas tales como el Senado, los comicios, las magistraturas, los colegios sacerdotales y el ejército ciudadano.

Patricios

Originariamente, los patricios formaron la nobleza romana: monopolizaron la caballería; ocuparon, con exclusividad, los más importantes cargos religiosos y detentaron la cuota más importante del poder político y del económico.

Patricios eran aquellos que, en sus antecesores no podían encontrarse rastro alguno de servidumbre o sujeción. Descendían de grupos gentilicios cuyo sinecismo originó la *civitas*.

Plebeyos

Los plebeyos se definen por exclusión: son los hombres libres romanos que no pertenecen a los grupos familiares patricios. Son de variada procedencia y al momento de la caída de la monarquía no tienen nada en común ni conciencia de clase. También los plebeyos formaban parte del pueblo romano (*populus romanus*) pero no gozaban de todos los derechos que tenían los patricios.

Clientes

Respecto a los clientes, es posible que fuesen extranjeros vencidos en guerra y sometidos a una gens por medio de la *deditio*; extranjeros emigrados que se sometían voluntariamente a la protección de una gens por la *applicatio* y los esclavos manumitidos que seguían unidos a su antiguo dueño y a la gens de éste.

Su situación dista bastante de la de los hombres libres. Deben obediencia y obras a su patrono, y pueden exigirle a éste asistencia y protección. Tanto es así que en la Ley de las Doce Tablas se dispone "QUE EL PATRONO QUE DEFRAUDE A SU CLIENTE, SEA SACRIFICADO A LOS DIOS".

La organización política

El Rey (rex)

En la comunidad política romana no existe ningún jefe omnipotente. Para los romanos, el Estado es el resultado de la reunión igualitaria de los hombres libres. No hay casta alguna de origen divino. El Rey no era Dios. El Estado surge de la familia, y toda familia debe tener un *pater*, quien debe regir sus destinos.

La autoridad del rex ocupará las esferas religiosas, políticas, militares y judiciales.

El rex era el máximo sacerdote romano. Organizaba y presidía toda forma de culto, en el que lo secundaban quienes integraban los Colegios Sacerdotales. Organizaba y administraba la ciudad. Convocaba al Senado y a los Comicios. Ordenaba la guerra y decretaba la paz, concertando las alianzas con los otros pueblos.

Su auxiliar más cercano era el *Tribuno Celerum* (jefe de caballería). Si abandonaba la ciudad lo reemplazaba el *praefectus urbis* (prefecto urbano).

El monarca juzgaba. Para investigar los delitos contaba con los *quaestores parricidii* (homicidio del pater) y los *Duoviri Perduellionis* (perduellio: alta traición).

El propio rey designaba a su sucesor. Debía contar para ellos con el asentimiento del Senado y los Comicios.

Si el rex moría sin haber elegido el nuevo monarca, era el Senado quien lo designaba de entre sus miembros, ejerciendo uno de ellos el cargo de interrex durante cinco días y así sucesivamente hasta que el pueblo, reunido en Comicios, eligiera el nuevo rex.

El oficio de rex se caracteriza como magistratura unipersonal (desempeña el cargo una sola persona), vitalicia (sólo la muerte terminaba con su reinado), electiva (no hereditaria) e irresponsable (no debía responder por los actos de su gestión).

Se ha dividido a la etapa monárquica en dos períodos: el de los reyes latino-sabinos y el de los de origen etrusco. Los reyes latino-sabinos en poco se distinguían de sus conciudadanos. La instalación de la monarquía etrusca trajo consigo los emolumentos propios del rey.

El Senado

La palabra "senado" proviene de "senes", que significa "viejo", ya que sus integrantes eran de avanzada edad. Tenía dos tipos de integrantes: los PATER GENTIUM y los PATRICIOS ANCIANOS ILUSTRES.

Representaba a los grupos constitutivos de la civitas, y debía ser consultado por el rex al tomar decisiones de gravedad e importancia, avalado por el comicio y el senado. La auctoritas patrum consistía en la ratificación que el senado daba a la ley. Era el titular permanente de las auspicia y auctoritas, asesoraba al rey en cuestiones de Estado. También controlaba la designación del rex y aseguraba su continuidad, ya que desempeñaba el INTERREGNUM mientras se decidía sobre quién sería el nuevo monarca. Esta función consistía en organizar una lista, la cual establecería el orden en que se sucederían los INTERREX, cada uno durando 5 días en el puesto.

La ley se originaba en el foro. Existían dos tipos de leyes:

leyes dadas: dictadas directamente por el rey.

leyes rogadas: el rey "rogaba" aceptación.

La lucha entre Patricios y Plebeyos

Al comienzo de la República sólo los patricios eran nobles y gozaban de privilegios políticos y religiosos, como la elegibilidad en las Magistraturas superiores y funciones religiosas, ejerciendo su poder opresivamente.

El rigor del "nexum"; las altas tasas de los intereses; el disfrute del "ager público" por los patricios resultaban cada vez más intolerables a los plebeyos.

Las guerras sin interrupción y sin progreso para los pequeños granjeros y artesanos; que disminuían sus esfuerzos y trabajo por largos períodos; sus fundos de explotación familiar, con poca o nula participación de esclavos afectados a ella, situados en los confines del territorio y sujetos a la devastación; hacían que los plebeyos se vieran impulsados a endeudarse, lo que les acarreaba luego inhumanas ejecuciones privadas.

La acumulación de estas circunstancias provocará que la plebe se constituya como cuerpo político.

Adquiere la forma de comunidad de conjurados o "*lex sacra*". Su objeto era la constitución como cuerpo de elementos ligados entre sí por un juramento, que lo hacía muy apto para la lucha de clases y la guerra civil. En Roma va a presentar características distintivas por desechar la lucha armada y su continuidad en el tiempo; llegando a constituirse en un estado dentro del Estado.

Al producirse en el 495/494 a.C. una leva, exasperadas las clases –empobrecidas por el rigor de los acreedores– se negaron a salir a campaña. El Cónsul logró persuadirlos suspendiendo los procedimientos judiciales, liberando a aquellos encarcelados por deudas y prometiendo cambios. Sin embargo al tiempo de terminar la campaña, estando el ejército reunido a las puertas de la ciudad, negóse el Senado a aceptar sus

reclamos.

Abandonó la tropa a sus jefes y dejó el campamento con sus armas, conducidos por los Tribunos militares, plebeyos en su mayoría. Se retiró a Crustumeria y se instaló en una colina. En la ciudad solamente quedaron los patricios con sus clientes. Esto motivó gestiones de los Senadores, quienes con concesiones y la aceptación de la institución del Tribunado lograron el regreso de la Plebe.

Los colegios sacerdotales

El culto público dependía del Estado. El rex era el primero en la jerarquía sacral (rex sacrorum). En la religión romana cada sacerdote, cada colegio tenía competencia específica particular. Los expertos agrupábanse en colegios, convirtiéndose en los depositarios de las ciencias y procedimientos del arte.

- Detrás del rey venían los "Flamines maiores", que no constituían colegio, siendo cada uno de ellos autónomo. Había también doce flamines menores, dedicados a divinidades que fueron cayendo en desuso ya en la época clásica. Estos sacerdotes –tanto los mayores como los menores– desempeñaban su oficio careciendo de poder para resolver situaciones que excedieran los rituales corrientes, ya que eran sólo los augures quienes inquirían e interpretaban la voluntad de los dioses.

- Colegio de los Pontífices: lo integraban cinco miembros, a los cuales se agregaban el rex sacrorum y los flamines mayores.

Sabían acerca de medidas y números. Estaba a su cargo la confección del calendario, donde se determinaba cuales días eran *fastos* y cuales no (*nefastos*); resultando los primeros aquellos con significación religiosa y jurídica, siendo aptos para la celebración del culto y válidos para los procedimientos y actos judiciales.

Fundamentalmente los pontífices tenían injerencia en las cuestiones atinentes al derecho privado.

Se expedían acerca del matrimonio, testamentos y adrogaciones y dictaban las normas que regían el culto.

- Colegio de las Vestales: estaba integrado por seis sacerdotisas consagradas a la diosa Vesta, cuya misión era mantener permanentemente encendido el fuego sagrado. Eran elegidas por el Colegio de los Pontífices cuando tenían entre tres y seis años de edad y quedaban consagradas por treinta años. El fuego sagrado de la ciudad nunca debía extinguirse. Su deber religioso dependía de su virginidad; si faltaba a ella era enterrada viva en una cavidad subterránea.

- Colegio de los Augures: gozaba de independencia en forma paralela con el de los Pontífices. No tenían por función determinar, descifrar el porvenir, sino que debían interpretar si tal o cual proyecto era conforme al Fas.

Los oráculos, que devenían de directa inspiración de un dios, estaban bajo el control y dependencia del Estado. Así los libros Sibilinos que se entendían contenían secretos referidos al futuro de Roma, eran guardados celosamente y consultados únicamente en casos de peligro extremo, estando al cuidado de una comisión de dos miembros, que luego se aumentarán a diez y después a quince.

- Colegio de los Feciales: lo integran veinte sacerdotes. Su función es relativa a las relaciones de Roma con otros pueblos, estando a su cargo la sacralización y ritos para la declaración de paz o guerra y los tratados con otras ciudades.

- Colegio de los Salios: se repartían en dos grupos: de Marte y de Quirino, de doce miembros cada uno. Actuaban en marzo y octubre, y cuando se pasaba de paz a guerra, o de guerra a paz. Su símbolo sagrado era el escudo caído del cielo durante el reinado de Numa Pompilio, el creador de este Colegio, quien mandó

construir otros once iguales, confiándolos a la custodia de los sacerdotes salios.

- Colegio de los Arvales: lo integraban doce sacerdotes, a quien se conocía como los doce hermanos de los campos. Eran los encargados de pedir los favores de la diosa fecunda a fin de que les prodigase buenas cosechas.

El sacrificio consistía en la oblación de materia alimenticia. A los dioses se reservaba el hígado, pulmones, corazón y algunas otras porciones, que se quemaban en el altar. El resto era consumido por el sacrificador y sus compañeros en el culto privado.

Punto 3

Las fuentes de derecho en el período real:

Mores Maiorum

Las Mores Maiorum (costumbres de los mayores, de los antepasados) resultan ser la fuente primera y única del arcaico Derecho Romano.

Las mores maiorum conformaron la estructura de todo el derecho romano primitivo, yendo a plasmar el máximo monumento legislativo de la antigüedad; la ley de las Doce Tablas.

Se ha dicho que mores maiorum son las formas en que los antiguos solían conducirse.

Las mores maiorum son producto de una verdadera relación entre el hombre y los dioses. Relación ésta que reconoce como mediadores a los sacerdotes y que va a ir produciendo una serie de normas que formaron el viejo derecho.

Todo pueblo desarrolla una serie de hábitos, de costumbres, que son aceptadas por la comunidad, aún antes de que oficialmente lo sean por los órganos del Estado.

Los Pontífices interpretarán y orientarán estas costumbres, imponiendo algunas y desechando otras.

Las pretendidas leyes regias. Ius Papirianum

Estas leyes regias eran las que proponía el rex al comicio curiado.

Esta recopilación de leyes es conocida como "*ius papirianum*".

Son disposiciones dictadas durante la monarquía y que versaron, predominantemente, sobre temas de índole religiosa, y que bien podrían provenir del Colegio de los Pontífices.

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

Punto 4

La República

El verdadero significado de la palabra "república" está dado por el significado de *res* = cosa (cosa pública).

El fin de la dominación etrusca fue motivada por el aborrecimiento a Tarquino el Soberbio, quien arribado al trono sin derecho y ejerciendo el poder injusta e innoblemente, provocaba el rechazo del pueblo romano; que dirigido por Lucio Bruto y Tarquino Colatino, había culminado por expulsarlo.

A partir de estos hechos la monarquía había sido abolida y reemplazada por las magistraturas, órganos de gobierno característicos de la República.

Desaparece el rex, y sólo perdura su autoridad religiosa (*rex sacrorum* o *sacrificius*), dignidad sacerdotal primera en jerarquía, que precedía a flamines y Pontífice máximo, siendo inviolable y vitalicio, sobreviviendo hasta el Imperio.

En Roma las gentes más antiguas, unidas a otras de integración más reciente reorganizaron el Estado; produciéndose los cambios de Monarquía a República de modo gradual y progresivo.

Características de la nueva organización política

El régimen constitucional de la Res Publica nunca se cristalizó en un cuerpo normativo cerrado y rígido.

La *res publica romana* es una variante del tipo civitas, con sus tres órganos que mantendrán su funcionamiento original, aun cuando éste resulte insuficiente y falseado por el exorbitado crecimiento territorial que ninguna otra *civitas* experimentó.

El régimen de la res publica no resultó democrático porque, si bien la voluntad del *populus* se fue considerando soberana, fueron los otros dos órganos los que tuvieron la facultad de dar o no ocasión a que esa voluntad se manifestara. Además, la organización timocrática de los comicios y su sistema de votación indirecta daba mayor gravitación a los ciudadanos de mejor situación económica. También, aun cuando elegidos por el comicio, el poder de los magistrados se consideraba no derivado de esa elección, sino ínsito originariamente en el órgano comunitario.

La res publica era esencialmente aristocrática, en tanto dirigida por una elite de familias patricias y plebeyas que integraban las magistraturas y el Senado en razón del carácter honorario de la función pública y de los gastos requeridos en una campaña electoral, por el apoyo de las clientelas, y porque la ciudadanía confiaba en los hombres surgidos de ámbitos de experiencia y tradición de gobierno.

Las magistraturas

Sus caracteres

Destituido Tarquino el Soberbio, la estructura socio-política sufre profundas transformaciones. Aparecen nuevas magistraturas, se modificarán los comicios y será distinto el Senado.

Los magistrados van a reemplazar al rey en sus poderes absolutos. El poder se divide entre varios magistrados.

Los nuevos funcionarios ejercerán el poder en forma colegiada, temporal, honoraria, responsable y electiva.

Colegiada, ya que las magistraturas aparecen integradas por dos o más funcionarios, que ocupaban simultáneamente el mismo cargo.

Temporales, pues a diferencia del rex (vitalicio) las magistraturas republicanas tenían prefijado el lapso de duración. Generalmente eran anuales.

Honorarias, ya que los magistrados no percibían suma alguna por el desempeño de sus tareas.

Responsables, pues podían ser sometidos a exámenes de responsabilidad a fin de dar cuenta de aquellos hechos que hubiesen sido contrarios a un buen desempeño.

Electivas, atento a que, si bien era el mismo magistrado quien proponía su sucesor, el comicio era el que aprobaba o desechaba la designación.

Clasificación de las Magistraturas

La división más importante es la que corresponde a las magistraturas *cum imperio* y las *sine imperio*.

Otra clasificación distingue entre magistraturas *ordinarias* y *extraordinarias*. Las extraordinarias fueron creadas para afrontar circunstancias excepcionales. Son ordinarias el consulado, la pretura, la cuestura, el edilato curul y la censura. Las extraordinarias: la dictadura, el decenvirato legibus scribundis, el triunvirato rei pública constituendae y el tribunado militum consulari potestate.

También es posible distinguir entre magistraturas *mayores* y *menores*. Se funda esta división en el hecho de poseer el funcionario los auspicios mayores o menores.

Magistraturas mayores eran, entre las ordinarias, el consulado, la censura y la pretura. Y entre las extraordinarias: la dictadura, el decenvirato, el triunvirato y el tribunado militar con potestad consular.

Son menores todas las demás.

Además de las señaladas, cabe distinguir entre *magistraturas patricias* y *magistraturas plebeyas*.

Magistraturas Ordinarias

• Los Cónsules:

Aparentemente estos magistrados ya existían en la época monárquica como auxiliares del rex en sus funciones militares, y con el correr de los tiempos fueron ampliando la esfera de sus atribuciones. En épocas remotas se los denominaba pretores máximos.

La duplicación de las legiones hizo necesaria la dirección separada de cada una de ellas, lo que determinó la existencia de dos magistrados con iguales funciones y atribuciones, posible origen del carácter colegiado. Sobre el punto hay quienes llegan a sostener que, en realidad, originariamente los cónsules eran tres: dos dedicados a las tareas militares y un tercero que se ocupaba de solucionar los conflictos entre los particulares.

La colegiación debe entenderse desempeñada alternativamente por cada uno de los cónsules.

Esta magistratura mayor gozaba de *Imperium*. De él se derivan las siguientes facultades:

a) los Auspicia: como poder de inquirir la voluntad de los dioses.

b) el Mando Militar: posible origen –como se señalara– de la magistratura.

c) la Jurisdicción Civil y Penal: que se modificará con la aparición de los pretores. Ello sin olvidar las funciones delegadas a los cuestores para la investigación en los casos de parricidio, sacrilegio y perduello (alta traición).

d) Ius Edicendi: derecho de dirigirse al pueblo mediante órdenes, disposiciones, etc.

e) Ius Agendi Cum Populo: derecho de convocar y presidir los comicios y presentar ante ellos proyectos.

f) Ius Agendi Cum Patribus: derecho de convocar y presidir el Senado.

g) Ius Referendi: derecho de presentar los temas a tratar por el Senado.

Esta magistratura era anual y colegiada para el caso de fallecimiento de uno de los cónsules quedaba a criterio del restante proponer la designación de un nuevo colega para terminar el mandato. En caso de vacancia total sin designación de sucesores actuaba el interrex.

• Los Pretores:

El pretor aparece, aproximadamente, en el 367 a.C. como magistrado único con carácter de colega menor de los cónsules, quienes delegaron en él parte de sus funciones.

Posteriormente fue necesario instituir un nuevo pretor que por desempeñar su tarea para los peregrinos va a recibir la denominación de pretor peregrino, en tanto aquel que las ejercía respecto de los ciudadanos es conocido como pretor urbano.

Los pretores actuaban individualmente, teniendo cada uno competencia propia asignada por sorteo.

El pretor gozaba del *imperium*, que le permitía convocar los comicios y al Senado.

Por el contrario, los cónsules, a partir del nacimiento de la pretura no poseen la jurisdicción civil, pudiendo sólo ejercitar su *intercessio* ante los actos singulares del pretor.

La función específica del pretor fue la de solucionar los conflictos que se suscitaban entre los particulares (*iurisdictio*).

Cuando la relación conflictiva se planteaba entre ciudadanos romanos, el señalado para intervenir era el Pretor Urbano, quien debía aplicar estrictamente el derecho civil.

En cambio, cuando el pleito se generaba entre ciudadanos romanos y peregrinos, o entre éstos últimos, el llamado a dirimir la controversia era el Pretor Peregrino, quien basándose en la equidad, resolvía el diferendo de acuerdo a reglas que él mismo creaba.

• Los Censores:

La tarea del censo va a ser transferida en la etapa republicana, primero a los cónsules y por éstos delegada a una nueva magistratura: la censura.

Eran magistrados mayores, ordinarios, no permanentes que carecían de *imperium*, no obstante lo cual van a llegar a poseer amplio poder político.

En un principio duraban el tiempo que va de un censo a otro (5 años). Durante este período debía anotarse a los ciudadanos a fin de determinar su número y aptitud contributiva en base a la cual se distribuía la carga militar, la conformación de los comicios por centuria, el orden de votación en los mismos, etc.

A aquella misión de fijar la situación patrimonial y personal de los individuos, se agregara la custodia de las costumbres (*cura mores*) y la confección de la lista de candidatos al Senado (*lectio senatus*).

La Cura Mores llevaba al censor a controlar el honor y dignidad de los ciudadanos, sancionando las conductas contrarias a los valores y virtudes propias de los romanos. Así resolvía imponiendo la infamia censoria.

Aquellos por el censor considerados indignos, eran excluidos de las centurias y privados del IUS HONORUM (que permitía el acceso a las magistraturas), el IUS SUFFRAGII (participación en las asambleas del pueblo) y del rango militar.

La Lectio Senatus facultaba a confeccionar la lista de ciudadanos en condición de ser elegidos senadores. Éstos habían perdido su condición de vitalicios, al hacerse la lista cada cuatro años.

• Los Cuestores:

En el período monárquico auxiliaban al rex en ejercicio de la represión criminal (*cuestores parricidii*).

Durante la República aparecen como magistrados republicanos con carácter de meros auxiliares de los cónsules.

Duraban un año siendo inicialmente dos, para elevarse luego a cuatro. Es en ese momento en el que los plebeyos logran el acceso a la cuestura, hasta entonces reservada a los patricios. Su número seguiría incrementándose llegando a ser 40 en época de César.

Se trata de una magistratura menor, ordinaria, que carece de imperium y de potestad coercitiva.

Sus funciones aparecen dirigidas hacia dos ámbitos: el de la administración financiera y atinente a la instrucción de procesos capitales.

• Los Ediles:

El edilato comprende dos magistraturas: la de los Ediles Plebeyos y la de los Ediles Curules. Los primeros nacen al mismo tiempo que los Tribunos de la plebe como sus auxiliares. En el 367 a.C. nacen los ediles curules como magistratura patricia, ingresando en ella, luego de tres años, los plebeyos.

Se la llamó curul porque a estos magistrados les estaba permitido el uso de la silla jurisdiccional (*Sella Curulis*) privilegio de los *populi romani*.

Los plebeyos eran elegidos en los *concilia plebis* y los curules en los *comicios tribados*.

Estos magistrados de rango intermedio entre pretor y cuestor, se desempeñaban en la ciudad durante un año, careciendo de imperium.

Sus atribuciones estaban orientadas hacia el control urbano:

a) Cura Urbis: cuidado de la ciudad.

b) Cura Annonae: policía de mercados.

c) Cura Ludorum: control y contrataciones en los espectáculos públicos.

d) Edictos de los Ediles: publicaban reglamentaciones relativas al comercio y la tranquilidad pública.

Magistraturas Extraordinarias

- El Dictador:

Durante la república se hace necesario, en circunstancias excepcionales, que se suspendan todas las garantías de libertad ciudadanas y que exista una magistratura no colegiada: la dictadura.

Si la situación revestía características de extrema gravedad los dos cónsules debían resignar sus poderes delegándolos en el dictador.

No era un cargo vitalicio, siendo su duración aún más breve que la de los magistrados ordinarios (sólo permanecía en funciones mientras subsistiesen las causas excepcionales y hasta un plazo máximo de seis meses).

Por otra parte, no podía nombrar sucesor, y eran los cónsules los que lo designaban.

Durante la vigencia de la dictadura, todos los magistrados le quedaban subordinados.

En la práctica, sus poderes no eran absolutos: se limitaba a la ejecución de aquellas medidas más urgentes relacionadas con los conflictos internos o externos.

Era asistido por un jefe de caballería.

No obstante, durante las Guerras Púnicas la elección se efectúa por el pueblo reunido en comicios.

- El Prefecto Urbano (*Praefectus Urbi*):

Esta magistratura, que naciera durante la monarquía para auxiliar al rex, continúa en la etapa republicana con las mismas funciones.

El Praefectus Urbi, magistrado extraordinario y unipersonal, era designado por los cónsules para reemplazarlos si ambos salían de Roma.

- Los Decenviratos Legislativos (*Decenviratus Legibus Scribundis*).

Ante insistentes presiones de los plebeyos en pos de la redacción de un cuerpo escrito de leyes, se crea esta magistratura extraordinaria, designándose 10 magistrados patricios (*decemviri*).

A fin de posibilitar tal cometido se suspendieron todas las magistraturas ordinarias.

Así, estos magistrados llegaron a adquirir un poder absoluto.

Su duración, inicialmente, fue de un año, habiéndose a su término redactado las primeras diez tablas.

La obra fue considerada inconclusa, razón por la cual se designaron 10 nuevos decemviri, los cuales redactaron las dos últimas de las 12 tablas.

- El Tribunado Militar con potestad Consular:

Las demandas de los plebeyos, para lograr su integración en la civitas, produjeron su acceso al *cursus honorum*.

Los patricios ofrecieron cierta resistencia al acceso directo a las magistraturas por parte de los plebeyos.

Así, los patricios otorgan, en casos excepcionales, el poder consular a los Tribunales Militares, cargo éste al que tenían acceso los plebeyos.

El nombramiento de estos era efectuado por los comicios a propuesta de los cónsules.

Su número era variable, generalmente seis. Tenían funciones similares a las de los Cónsules, no teniendo posibilidad de designar sucesor.

• El Interrex:

Durante la etapa monárquica, en caso de vacancia del rex sin haber éste designado sucesor, el Senado asumía el *imperium* y nombraba de entre sus miembros un interrex.

En tal supuesto, el poder era ejercido por un Senador sorteado, quien se desempeñaba durante 5 días. A su término sucedía otro, y así hasta la elección de los nuevos Cónsules.

Su función era presidir la reunión de los comicios, convocados para cubrir la vacancia.

Magistraturas Plebeyas

• El Tribunado de la Plebe:

Al comienzo de la República, sólo los patricios eran nobles y gozaban de privilegios políticos y religiosos.

En esa época, se produce un gran descontento popular. El descontento adquiere la forma de comunidad de conjurados o *Lex Sacra*. Su objeto era constituirse como cuerpo de elementos ligados entre sí por juramentos.

Ante una leva, se produce la negativa de la plebe a salir a campaña.

A consecuencia del juramento que unía a la plebe, los Tribunales fueron declarados "sacrosanti". Cualquiera que atentara contra ellos era destituido de toda garantía jurídica y humana.

La creación del Tribunado vino a dar importancia a la organización política de la plebe, que en origen tuviera marcado carácter religioso.

Para lograr el retorno a la civitas junto a disposiciones que remediaban la miseria de los deudores, se estableció una ley que se hizo jurar guardarla a todos los miembros de la ciudad individualmente y depositar en el templo de Ceres, bajo custodia de los ediles. Por ella se instituía a dos Tribunales plebeyos. Sus poderes cesaban fuera de la ciudad.

Más tarde, al tener éxito la actuación de los Tribunales se manifestó la tendencia a insertarse en el Estado ciudadano.

Su número inicial posiblemente fue de dos, para luego ser cuatro y llegar a diez en el 437 a.C.

El Tribuno no es un rector de la civitas, no tiene Imperium ni auspicio, ni soberanía positiva, ni título ni insignia de magistrado; no puede, al inicio, ni tratar con el Senado ni con el pueblo, ni convocar a los comicios.

Su función esencial es proteger a la plebe contra eventuales arbitrariedades de los magistrados patricios. Se valían para ello de la intercessio, del derecho de veto, los decretos, las levas del Cónsul, las decisiones del Senado, las propuestas del rey, las elecciones y las convocatorias a comicios, así como todo acto de los poderes públicos, hasta el extremo de poder detener toda la maquinaria del Estado. Esta actividad la ejerce por petición del ciudadano o por su propia iniciativa.

Podían multar, detener y, según algunos, infligir penas capitales incluso a los magistrados.

El Tribuno ejercía la facultad de convocar a los Concilia Plebis. En ellos se elegían, a propuesta de los mismos Tribunos, a sus sucesores.

Las puertas de su casa debían estar siempre abiertas a los ciudadanos que quisieran recurrir a él.

• Los Ediles Plebeyos:

Los Ediles de la Plebe servían en el templo de Ceres (diosa de las cosechas) como custodios del mismo.

Más tarde, cuando los plebeyos se van insertando en la estructura política, estos Ediles van a desempeñar diversas funciones, transformándose en auxiliares de los Tribunos Plebeyos.

Gozaban del carácter de inviolabilidad (*sacrosancti*).

Estos magistrados custodiaban las instituciones plebeyas y los derechos de estos ciudadanos, pudiendo llegar a promover procesos para imponer multas.

Se elección correspondía a los Concilia Plebis.

El Senado

En los comienzos de la República, el Senado no difería mayormente del de la época monárquica.

Sin embargo, durante este período, se transformará en el órgano preeminente en la dirección de los asuntos políticos de la civitas.

Inicialmente, su composición era exclusivamente patricia. No fue hasta el siglo IV a.C. que se produjo la admisión de los plebeyos.

A los Senadores de origen patricio se les seguirá denominando *Patres*; a los plebeyos se les llamará *Pedarii* o *Conscripti*.

La ley OVINIA posibilitó la inclusión de todos los ciudadanos que hubiesen desempeñado magistraturas patricias.

En tanto, por el plebiscito ATINIO accedieron quienes habían sido Tribunos de la Plebe. Con esta reforma llegó a constituirse el Senado patricio-plebeyo.

Los plebeyos no adquieren total igualdad con los patricios.

Su elección correspondía originariamente a los Cónsules y, a partir de la ley Ovinia a los Censores.

Para ser elegido Senador se debían reunir determinadas condiciones: ser ciudadano romano ingenuo, tener no menos de 27 años, poseer bienes suficientes como para pertenecer a la centuria de los caballeros y no haber

ejercido profesión deshonesta.

La sesión se iniciaba con ceremonias religiosas, luego de las cuales el magistrado que la presidía exponía los puntos sobre los que versaría la deliberación, consultándose el parecer de los Senadores.

Las decisiones eran alcanzadas por mayoría de votos, generando lo que se conoce como *Senatus Consultum* (Senadoconsultos) que, con el tiempo, llegarán a ser fuente de derecho.

Facultades del Senado

- *Auctoritas Patrum*: La expresión *Auctoritas* aparece en Roma unida a la función tutelar. Así el tutor poseía la *Auctoritas*, que permitía sumar su voluntad a la del pupilo completando de tal modo su capacidad. De forma equivalente, el Senado ejercía la *Auctoritas Patrum* sobre las deliberaciones y las decisiones comiciales, sin la cual éstas no alcanzaban valor legal.

En tal sentido, la ley *Pubilia Philonis* transformó en previo el requisito de la *Auctoritas*.

En tales casos el Senado consideraba la propuesta del Magistrado antes que los Comicios.

Con la *lex HORTENSIA*, se exime a los plebiscitos de la exigencia de la *Auctoritas Patrum*. Ello significa el inicio de la desaparición de este instituto.

- *Interregnum*: Mediante esta institución el Senado reasumía el *imperium* en caso de vacancia en los cargos de magistrados superiores. Esta función estaba reservada sólo a los Senadores patricios (*Patres*), quienes la ejercían sucesivamente, por períodos de cinco días, hasta la designación del nuevo cónsul.

- *Función Consultiva*: La dirección de los principales asuntos de gobierno estaba en manos del Senado. Los Magistrados sometían a consulta de este cuerpo toda decisión que excediera los límites ordinarios de su cargo. Se le reconoció: el ordenamiento del culto y del derecho sacro, la administración de la hacienda pública, la gestión de las relaciones exteriores, el control de los asuntos militares.

Como medidas extraordinarias derivadas de situaciones de extrema gravedad, pueden citarse el *Senatus Consultum Ultimum* y el *Senatus Consultus Iustitium*. Por el primero se investía a los Cónsules de poderes de excepción para salvaguardar al Estado, cayendo toda garantía de los ciudadanos. Por el segundo, el Dictador suspendía las Magistraturas ordinarias y procedimientos, proclamando el "tumultus".

Punto 5

Las fuentes del derecho en la época republicana

Se llama fuentes del derecho a los modos institucionalizados por los que la norma jurídica se objetiva, se explicita como tal, ante los miembros de la comunidad.

Esos miembros tienen el convencimiento de que existe una regla obligatoria de conducta sostenida por la amenaza de una sanción.

Leyes y plebiscitos

Por ley se entiende toda preceptiva expresada conceptualmente y emanada de los órganos a los que la estructura jurídica de la comunidad tiene asignada esa función normativa: parlamento, consejo, magistrado, comicio, etcétera.

Dentro de las Institutas de Gayo puede encontrarse lo siguiente:

"El derecho propio del pueblo romano se compone de leyes, de plebiscitos, de senadoconsultos, de constituciones de los emperadores, de los edictos de quienes tienen facultad de producir edictos, y de las respuestas de los prudentes.

Ley es lo que el pueblo manda y establece. Plebiscito es lo que la plebe manda y establece. La plebe se diferencia del pueblo en que con el nombre de pueblo se indican todos los ciudadanos, comprendidos también los patricios, y por plebe se entiende el conjunto de ciudadanos con exclusión de los patricios. De allí que antes los patricios sostenían que ellos no estaban obligados por plebiscitos, puesto que eran hechos sin su intervención. Pero, con posterioridad, se dictó la ley Hortensia, por la que se estableció que los plebiscitos tendrían vigencia para todo el pueblo. Así, de esa manera, fueron igualados a las leyes."

En los primeros siglos de Roma, las relaciones privadas entre los patresfamilias, sólo excepcionalmente fueron regladas por ley, ya que el sentimiento general era que esas relaciones debían darse en el accionar autónomo de los grupos familiares dentro de las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*) y, sólo con el tiempo, llegaron a admitir que aquella autonomía y la venerada tradición pudieran ser interferidas, limitadas o abrogadas por pronunciamientos de los órganos de la nueva estructura político-social: la *civitas*.

La Lex

Según Gayo, *Lex* es lo que el pueblo ordena y establece.

Capitón define a la *lex* como un decreto general del pueblo, dado por éste a propuesta de un Magistrado.

Tanto Gayo como Capitón se refieren a la *lex rogata*. Además de esta especie se distingue la *Lex Data*, es decir la dada por el Magistrado sin intervención del *populus*, aunque autorizado por éste.

Normalmente el Magistrado la daba de acuerdo con una Comisión nombrada por el Senado. En caso de que ella no se hubiese conformado, era costumbre someter la regulación a la anuencia del Senado.

Para la *Lex Rogata*, el Magistrado proponente daba a publicidad su proyecto a través de la *Promulgatio*, fijándolo en el foro durante 3 días de mercado. Durante ese lapso era discutido en reuniones desprovistas de formalidad. En tal ocasión podían sugerirse modificaciones a la propuesta original.

Antes de la consideración del proyecto por el Comicio, se realizaban los auspicios, a fin de que los dioses fueran propicios.

La *rogatio* consistía en la interrogación para que se aprobara o se rechazara el proyecto.

Una vez aceptada la ley, en determinada época, se requería del Senado la *Auctoritas Patrum*, para luego ser depositada en el Templo de Saturno por los Cuestores.

En la *lex*, pueden distinguirse diferentes partes:

El *Index* anunciaba el contenido de la ley. En la *Praescriptio* se asentaba el nombre del Magistrado rogante, el lugar de reunión del comicio, el nombre de la centuria que había votado en primer término y nombre del ciudadano que votó en primer lugar.

La *Rogatio* era la propia ley, tal como había sido sometida a la aprobación del *populus*.

Y la *Sanctio*, que contenía las disposiciones encaminadas a tornarla eficaz.

Las leyes eran cosas santas y podían ser clasificadas en *Perfectae*, *Minus Quam Perfectae* e *Imperfectae*.

Perfectae (perfectas) son aquellas en cuya sanctio está prevista la nulidad de los actos realizados en contra de sus disposiciones, a manera de pena.

Minus Quam Perfectae (menos que perfectas) que castigan a los transgresores sin invalidar los actos opuestos a la ley.

Imperfectae (imperfectas) resultan ser aquellas que no proveen sanción para actos contrarios a la misma.

Plebiscito

El plebiscito es lo que el pueblo ordena y establece, aclarando que ha de entenderse por Plebs (plebe) todos los ciudadanos excluidos los patricios, por oposición al concepto de populus (pueblo) que comprendía tanto a patricios como a plebeyos.

Esta situación, por la cual los patricios no participaban en el dictado de los plebiscitos, hará que éstos no se consideren obligados por ellos.

Tal circunstancia se vio modificada por la aparición de la *lex Hortensia*, que estableció que los plebiscitos obligaban a la totalidad del populus, asimilándoselos, de esta manera, a las leyes.

Algunos plebiscitos recibían la denominación de ley.

Cierto es que, los plebiscitos tienen por materia, principalmente, la regulación del derecho privado.

La Ley de las Doce Tabas

El nacimiento de la primera ley romana escrita, sería consecuencia de las insistentes demandas plebeyas.

En el año 462 a.C., un Tribuno de la plebe propuso el nombramiento de cinco magistrados a efectos de la redacción de un cuerpo legal.

En el 451 a.C. surge una nueva magistratura: el decenvirato legislativo.

Esta magistratura extraordinaria suspende el ejercicio de las restantes. Estos magistrados, que pretendieron arrogarse el poder absoluto, son derrocados en el 449 a.C., reestableciéndose las magistraturas.

Aunque sin desconocerse la incidencia del conflicto patricio-plebeyo, no puede ignorarse que el propio desarrollo de Roma exigía la redacción escrita del derecho consuetudinario existente.

A mediados del siglo V a.C. el Decenvirato redactó la compilación, que se conoce con el nombre de Ley de las Doce Tabas, la que, unida a la *interpretatio* posterior configura el Derecho Civil Romano.

Contenido de las tablas

Es posible que las materias contenidas en las tablas abarcasen instituciones de muy diversa índole. Así las tablas I, II y III se refieren al sistema procesal romano.

• I

En la Tabla Primera se indican las formas de citación ante el magistrado.

Cuando el pleito no había podido terminarse en la jornada, las partes aseguraban volver a presentarse ante el Magistrado, mediante una promesa llamada "*vadimonium*".

• II

La Tabla Segunda comienza con la indicación de cuál ha de ser el valor del *Sacramentum*.

A tal fin debió realizarse un sacrificio que, según la entidad del pleito debía ser de una cabeza de ganado menor o mayor. Posteriormente hubo de abandonarse el efectivo sacrificio, sustituyéndose el animal por una suma de dinero equivalente. Finalmente, el *Sacramentum* fue entregado a quien había vencido en el pleito.

En esta tabla también se hace referencia a los motivos que justificaban el aplazamiento del proceso.

Por último, se prescribe que es posible la transacción, incluso en los casos de *Furtum* (figura delictiva).

• III

La Tabla Tercera está dedicada exclusivamente al procedimiento ejecutivo denominado *Manus Iniectio*. Por el mismo, quien resultaba condenado a pagar una suma de dinero o confesaba judicialmente su deuda, tenía 30 días para cumplir. Si no lo hacía, el acreedor podía conducir al deudor ante el Magistrado. Si a requerimiento del Magistrado nadie respondía como *vindex*, era autorizado el acreedor a llevar al incumpliente a su propia casa. El acreedor podía mantenerlo encadenado, obligándose a suministrarle una libra diaria de harina.

Una vez en el mercado, se exhibía al deudor y se publicitaba el monto de la deuda, en pos de que apareciese un *vindex* u otros acreedores. Si ello no sucedía se le imponía pena capital (*capitis deminutio*) facultándose al acreedor a venderlo como esclavo al otro lado del Tíber.

• IV

En la Tabla Cuarta, se trata acerca de las potestades del paterfamilias, en especial, a la patria potestas. Esta tabla contempla el nacimiento deforme o monstruoso, disponiendo su muerte inmediata.

El paterfamilias como autoridad absoluta de su grupo podía corregirlos, sancionarlos o venderlos, e incluso ordenar su muerte.

Todo ello configuraba para el pater la *Vitae Necisque Potestas* (potestad de vida y muerte) sobre los integrantes de la familia.

También contempla esta tabla que el pater que ha entregado a su hijo por tres veces, alejándolo así de la familia, perdiera sobre éste su patria potestad.

• V

La Tabla Quinta aborda los temas de las tutelas y las herencias.

Se trata allí de la tutela perpetua de las mujeres (*Tutela Mulierum*).

Las sacerdotisas dedicadas al culto de Vesta (vestales) estaban exceptuadas, por la dignidad de su rango, de esta tutela.

Refiérase además al supuesto de adquisición de la propiedad, por medio de la usucapión, de las *Res Mancipi*. Las que pertenecían a las mujeres, bajo tutela, no podían usucapirse, a menos que se hubiesen entregado con

la autorización del tutor.

• VI

En la Tabla Sexta se analiza, entre otros, el tema del *Nexum* y del *Mancipium*. La fórmula de la ley expresaba que lo que fuera declarado verbalmente al hacerse el *nexum* y la *macipatio* debía considerarse como *ius*.

El *nexum* se trata del vínculo, la atadura jurídica que liga al deudor y que permite que el acreedor vaya contra la persona, como en la *manus iniectio*.

Distinta al *nexum* es la *mancipatio*, por la que se transmitía el dominio o se constituía una servidumbre rústica.

Allí el que recibía la cosa declaraba solemnemente sus derechos sobre ella. Este procedimiento se usó a diversos fines, ya que además de medio para transmitir el *Dominium Ex Iure Quiritum* sobre las cosas *mancipi* (propiedad conforme al Derecho Civil sobre dichas cosas) sirvió para establecer el poder sobre personas libres (*in causa Mancipi, coemptio*) emancipar hijos, adoptar (adoptio) y testar (*testamento per aes et libram*).

La ley establece aquí la pena del duplo a quien negara las declaraciones hechas en el *nexum* o en el *mancipium*.

• VII

La Tabla Séptima establece que, entre los edificios contiguos, debe dejarse un espacio para circulación (*ambitus*).

Si el camino señalado en la servidumbre fuere impracticable, se puede hacer pasar los animales por donde se quiera. Además se establece el derecho que tiene el propietario a pedir se lo indemnice por los daños que sufra su propiedad como consecuencia de trabajos artificiales para las aguas pluviales.

Las ramas de los árboles, según la ley, debían ser cortadas cuando estén pendientes sobre la propiedad vecina para evitar que moleste al predio vecino la sombra del árbol.

Termina la tabla estableciendo el derecho del propietario a recoger los frutos de sus árboles que hayan caído en el fundo vecino.

• VIII

La Tabla Octava trata sobre los delitos. En Roma se distinguía entre delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta o maleficium*). Los delitos públicos comprendían a aquellos que implicaban un grave daño para el Estado, cuyo juzgamiento en la época monárquica era efectuado por el rex.

Los delitos privados, en cambio, estaban reservados a la autoridad de los paterfamilias o patergentium.

Se refiere también a diferentes casos del delito del *iniuria*, relacionados con el daño físico a un ser humano.

La pena del talión se aplicaba en caso de *membrum ruptum* (miembro roto). Por *membrum ruptum* se entiende la separación o mutilación de alguna parte del cuerpo.

• IX

La Tabla Novena posee disposiciones de derecho público y penas contra Magistrados, funcionarios y

ciudadanos que cometan traición.

Se impone la pena de muerte a aquel juez o árbitro que, nombrado de acuerdo a la ley, se deja corromper por dinero.

• X

La Tabla Décima trae una serie de disposiciones relativas a los ritos funerarios. En ella se advierte el cuidado de las costumbres austeras, evitando el excesivo ornato y las manifestaciones exteriores, contrarias a la severidad y gravedad, virtudes éstas propias del espíritu romano.

• XI

La Tabla Undécima establece la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos.

Uno de los requisitos matrimoniales era el *Ius Connubium*, derecho que otorgaba capacidad especial para contraer justas nupcias (*Iustae Nuptiae*), que es el matrimonio conforme al Derecho Civil.

Esta tabla fue posteriormente derogada.

• XII

En la Tabla Duodécima se introduce la *Pignoris Capio*, acción de la ley ejecutiva que permitía al acreedor, en determinados casos, tomar posesión de ciertas cosas. Posteriormente la *pignoris capio* significa que la acción se dirige contra la cosa y no contra la persona, como en la *manus iniectio*.

También esta tabla dispone acerca de las acciones noxales, derivadas de *furtum* cometido por un esclavo. Se establece también que para el caso que alguien se hiciese dar falsamente la posesión interina, percibiendo los frutos durante su transcurso.

Finalmente contiene esta última tabla una disposición que establece que las leyes dictadas en último término derogan las anteriores.

Punto 6

El Edicto del Pretor y la respuesta de los prudentes

Edicto

El edicto es una fuente de derecho prerrogativa de la que gozaban los Magistrados *populi romani*, provistos de *imperium*. El más importante de los Edictos provenía del Pretor.

El *imperium* le permitía al Magistrado dirigirse al pueblo ejerciendo la potestad de mando.

La acción de *Ediere*, consistía en comunicar, en forma oral, la orden del Magistrado, que una vez transcrita era expuesta públicamente para el conocimiento general. Luego, fue normal hacerlo directamente por escrito.

Mediante el *ius honorarium*, el Pretor declaraba los principios jurídicos en base a los cuales debían dirimirse los conflictos entre particulares.

Además existe en el Edicto una labor creadora por parte del Magistrado.

Se ha admitido que el Magistrado creó una nueva forma procesal.

- *Edicto Perpetuo*: al inicio de su magistratura anual, el Pretor publicitaba su Edicto. Su vigencia se extendería a lo largo de su gestión.

- *Edicto Traslaticio*: si bien el Pretor no estaba obligado a adquirir como propio el de su predecesor, era frecuente otorgarle nueva vigencia, haciéndole los agregados o las modificaciones que estimare convenientes.

- *Edicto Repentino*: Cuando se planteaban casos concretos, no previstos en el Edicto Perpetuo.

La respuesta de los prudentes

En la época monárquica las cuestiones inherentes a la interpretación del derecho estaban a cargo del Colegio de los Pontífices, quienes incluso asesoraban al rex en las cuestiones judiciales.

Los pontífices eran quienes custodiaban las fórmulas solemnes. Este Colegio, a ese momento, era privativo de los patricios.

Al parecer, su tarea se limitó a una transcripción, careciendo de creatividad. No obstante, al permitir conocer públicamente lo antes reservado a los pontífices, hizo que su obra poseyera notoriedad.

Al llegar el plebeyo TIBERIO CORUNCANIO al Pontificado Máximo comenzará a enseñar públicamente el derecho profano, rompiendo así la tradición de reserva exclusiva.

De esta manera, los principios del derecho queden abiertos al estudio, desarrollándose así una verdadera ciencia jurisprudencial que permite la aparición de la jurisprudencia laica.

La introducción del proceso formulario, trajo para la labor pretoriana una serie de situaciones que la tornaron compleja. Por ello, el Magistrado se vio obligado a recurrir a expertos. A estos entendidos se los denominaba *Iurisprudentes* o *Iurisconsultis*, es decir aquellos que eran consultados en virtud de su prudencia en la aplicación del derecho.

Ha de entenderse por prudencia la adecuación a la naturaleza de los hechos.

La opinión de los jurisprudentes no obligaba a los Magistrados.

La jurisprudencia, en esta época, no puede considerarse fuente de derecho.

La *Interpretatio Prudentium*, conformada por la opinión concordante de los juristas de mayor importancia, que fuera adoptada por los jueces.

Unidad III: El Imperio

Punto 1

El alto imperio

Imperium

La idea de Imperium no se compadece en los romanos con la moderna de imperialismo. Es que presenta un componente espiritual.

Imperium es, en la ciudad, el poder de mando que se visualiza en el Imperator, el general, que conocedor de las tropas, de la estrategia y el arte de la guerra ha de saber ordenar aquello que conduzca al ejército a la victoria, con la ayuda de los dioses a los que representa. En la empresa política, el imperio consiste en ordenar las ciudades, las "gentes".

Fin de la República

El Pacto Cassianum hará que el latino no sea extranjero en Roma ni el romano lo sea en el Lacio. Con él comienza una etapa de incesante expansión, que hará que el Lacio sea totalmente romano. A partir de lo cual, mediante múltiples alianzas, se consolidará su poderío sobre los pueblos habitantes en el resto de la península itálica.

Los territorios adquiridos generalmente se transforman en provincias, a cuyo frente estará un jefe militar con el cargo de Gobernador.

Para consolidar su posición era menester lograr la romanización de los pueblos incorporados, obteniendo de dicha manera un mayor control. A tal fin se crearon las Colonias.

Era difícil dominar la corrupción de los funcionarios provinciales. La riqueza se concentraba mayormente en miembros de la clase senatorial.

En el mercado interno no era posible sostener los grandes cultivos de cereales. Los trabajadores rurales que no integraban el ejército se concentraron en Roma provocando, junto a la gran cantidad de esclavos por cautividad de guerra, el problema de la desocupación.

En tales momentos de grandes tensiones es que irrumpe en la escena política Tiberio Sempronio Graco, iniciando un período de sistemática oposición al Senado.

Otro factor de conflicto resulta la presión de los pueblos itálicos sobre el gobierno central, en pos de conseguir la ciudadanía romana.

Cayo Mario había sido Tribuno y brillante militar. Es él quien prepara la revolución de César. Convoca a los proletarios urbanos, al ejército, asegurándoles una significativa retribución, convirtiéndose las legiones en un cuerpo profesional.

Surgirá luego la figura de Lucio Cornelio Sila, quien gobernará por 17 años. Durante su gobierno el poder se concentrará en el Senado. Le sucederán Craso y Pompeyo.

Con motivo de una campaña para lograr el exterminio de los piratas de Cilicia, el Senado otorgó a Pompeyo ilimitados poderes, que virtualmente lo transformaron en un monarca. Con ello la República inicia una lenta agonía. Cayo Julio César es señalado por muchos autores como verdadero iniciador del Imperio. Es considerado como líder del grupo continuador de la línea política de los Graco, y tiempo más tarde integrará el primer triunvirato junto a Craso y Pompeyo.

Los militares aniquilan definitivamente a los partidarios de Pompeyo. La derrota de Pompeyo es también la del Senado. César se convierte en Dictador, concentrando los amplios poderes de tal magistratura. La modificación de la estructura política preocupa hondamente a los senadores de la aristocracia, quienes realizan una conjura para asesinarlo.

Con la desaparición de César sobreviene un período anárquico que conduce a la constitución de un segundo triunvirato, formado por Antonio, Lépido y Octavio.

La subsiguiente lucha entre Antonio y Octavio traerá la derrota del primero y el afianzamiento del último, con quien se inaugura el Principado.

Características del Principado

La palabra "principado" proviene de "*princeps*" (primero del Senado).

El Senado confiere a Octavio, en el año 27 a.C. el título de Augusto. Tal designación significa el carácter sagrado, ya que puede ser traducido como "aquel que es sagrado por designación divina".

En el aspecto formal, exterior, el gobierno de Augusto adoptará las características de la república, pero, por su conformación interna y real, será monárquico.

Los poderes concedidos a Augusto fueron ilimitados. A ello se ha llegado porque, frente a la grave emergencia que vive Roma, se torna inevitable otorgar poder unipersonal.

La característica más fuerte de este período es el aumento gradual de las facultades del príncipe y consiguiente disminución de la autoridad de los restantes órganos. Las magistraturas mayores (Consulado, Pretura) al par que los Comicios se transforman en meros símbolos vacíos de poder.

En esta etapa se destaca la gran actividad de los juristas, quienes son considerados una fuente del derecho. La prudente política de Augusto trajo tal orden, seguridad y prosperidad para todo el Imperio, que se habla del siglo de Augusto como de un momento particularmente positivo y acompañado de un espléndido florecimiento artístico e intelectual.

La administración de las provincias dejó de ser un régimen de explotación imperialística y de saqueo oligárquico. Se procuró una vuelta a las tradicionales pautas morales y religiosas romana, especialmente en el orden familiar. Se propugnó un restablecimiento de la clase de pequeños propietarios rurales, sobre todo a través del reparto de tierras a los veteranos.

Se denomina *Pax Romana* al excepcional momento en la historia universal en que una tan grande extensión y por tanto tiempo (casi dos siglos) pudo vivir en paz y prosperidad. Hubo una seguridad y facilidades de comunicaciones que promovieron un gran intercambio comercial.

La diarquía

El Senado experimenta una notable ampliación de su competencia. De allí que se haya propuesto la tesis de que este período es el de una Diarquía, en el sentido de que la autoridad descansa en el Emperador y en el Senado. Esta posición resulta desmentida por la realidad. Es que la máxima autoridad descansa en el Emperador. Las facultades reservadas al Senado sólo pueden ejercérselas bajo el control del Princeps, quien tiene exclusivamente el derecho de convocarlo. Además el propio Senado es quien inviste a Augusto con la amplitud de poderes.

Origen y formación de la autoridad imperial

Augusto no tuvo una designación única que implicara una suma de poderes: su poder se fue componiendo con potestades, atribuciones y misiones que se le fueron concediendo sucesivamente. Todas ellas tenían un origen republicano: lo no republicano fue la concentración de todas ellas en una sola persona. Los poderes más importantes fueron el *imperium proconsulare maius et infinitum* y la *potestas tribunicia*.

Aparte de muchas otras potestades, buena parte del poder de Augusto consistía en su *auctoritas*. Las funciones que el Senado le iba confiando hacían necesario que el Príncipe nombrara delegados o colaboradores que

resultaron así los cabezas de un servicio administrativo o burocracia, que fue, poco a poco, sustituyendo a magistrados y promagistrados.

La administración dejó de ser un honor ciudadano desempeñado anualmente y por elección popular, para ser una función permanente, atribuida y retribuida por el Príncipe.

Durante la *res publica* se había evolucionado desde una ciudad estado a un estado nación –Italia–, dominado imperialísticamente sobre el territorio provincial y las ciudades estados federadas.

En el Principado se llegará a un estado universal, es decir, a una conformación unitaria del Imperio a través de cuatro procesos: **a)** el de la transformación del vínculo de alianza o federación en el de anexión; **b)** el de la equiparación, bajo el signo de la común dependencia del poder imperial y su consiguiente burocracia, entre el estado nación dominante y los territorios dominados; **c)** el de la difusión de un mismo tipo de sistema municipal; **d)** el de la extensión masiva de la ciudadanía a casi todos los hombres libres del Imperio.

Punto 2

Las fuentes del derecho en este período

En esta época adquiere gran importancia la labor de los juristas orientada hacia la resolución de casos, ante consultas formuladas por los interesados.

Estos juristas efectuaban su tarea a través del *Agere* (acompañando a las partes ante el magistrado) el *Cavere* (redacción e instrumentación de los actos jurídicos) y el *Respondere* (dar respuesta a las consultas que le sometían antes o durante la tramitación del pleito).

El juez (*Iudex*) era, por lo general, una persona que poseía escasos conocimientos jurídicos, y por ello, en sus sentencias no podía apartarse de la opinión de los juristas. En ocasiones las partes aportaban al juez opiniones contradictorias sobre un mismo caso, lo que se pretendió solucionar cuando se concedió a ciertos juristas el *Ius Publice Respondendi*, 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 a los mismos.

Sólo cuando los dictámenes investidos con el *Ius Publice Respondendi* eran contradictorios el juez podía decidir por sí mismo optando por el que entendiera más justo.

En la época de los clásicos la producción literaria fue muy copiosa. La mayoría de las obras sólo son conocidas hoy por meras referencias, ya que no puede contarse con ellas.

Se cree que en esta época hubo muy escasa producción en lo relativo a monografías, trabajos teóricos o manuales dedicados a estudiantes.

Es tan importante la labor de los juristas que PAPINIANO la señala como una de las fuentes del Derecho Civil, junto a las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y los decretos de los príncipes.

Las Constituciones Imperiales

Todo cuanto disponía el Emperador tenía valor de ley y sus disposiciones son conocidas como Constituciones Imperiales (*leges*). Estas constituciones aparecen convalidadas por la *Lex Regia* de Imperium, que justifica el poder que el pueblo le ha conferido al príncipe.

El Emperador creaba derecho a través de tres formas:

a) Los Edictos: eran disposiciones de alcance general por las que el Emperador se dirigía al pueblo tal como lo hacían los Pretores en sus Edictos, con la diferencia que los que provenían de la autoridad Imperial eran de duración ilimitada.

b) Los Rescriptos: eran las respuestas escritas a las consultas que se le formulaban al Emperador, que tenían valor vinculante, tal como si se tratase de leyes. Es posible distinguir dos tipos de rescriptos: la Epístola (forma de respuesta que el Emperador enviaba a funcionarios, personalidades o corporaciones relevantes), y la Suscriptio (contestación a la consulta de los particulares, que el príncipe colocaba al pie de la nota recibía y que no remitía al interesado sino que la hacía pública). No se trataba de sentencias, ya que el que debía decidir era el juez.

c) Los Decreta: son verdaderas sentencias que el Emperador emite en relación a las cuestiones sometidas al más alto Tribunal. Si bien el pronunciamiento tenía alcance particular, cuando se resolvía sobre cuestiones que no tenían establecida una solución en las leyes, lo dispuesto para ese pleito se aplicaba para casos análogos.

d) Los Mandata: Algunos autores agregan a estas tres clases de constituciones de las que habló Gayo una cuarta: los mandata. Se trata de órdenes que el Príncipe enviaba a sus gobernadores, lo que las convierte, más bien, en disposiciones internas, restándole al particular la posibilidad de invocarlas.

e) Los Privilegia: Eran disposiciones especiales con efectos totalmente particulares, por las que se concede una recompensa o se aplica una pena, en ambos casos extraordinaria.

En el Dominado, junto a las ya mencionadas, aparecen dos nuevas formas de constituciones imperiales: la *adnotatio* y la *pragmática*.

La *Adnotatio*, que era similar a la epístola (rescripto). Se diferenciaba de ésta por ser un documento más solemne, y era emitido por un funcionario llamado MAGISTER MEMORIAE.

La *Pragmática* se emite en relación a una provincia o a una determinada asociación o comunidad, y tiene por objeto resolver problemas de cierta urgencia. Una *pragmática* trataba temas que sólo interesaban a un grupo de personas, o a una sola región o comunidad, y no podía contradecir lo que dispusieran las leyes generales.

El edicto de Salvio Juliano

El Edicto de Salvio Juliano modificó en gran medida el accionar de los Pretores.

Adriano había encomendado a Salvio Juliano la tarea de unificar las fuentes, reordenando los Edictos de los Pretores. Así aparece, aproximadamente en el 130 d.C., conociéndoselo como el Edicto Perpetuo, a pesar de que no sólo compilaba las disposiciones del Pretor Urbano, sino también las que corresponden al pretor Peregrino, al Edil Curul y a los Edictos Provinciales.

Con esta obra se limitará significativamente la creatividad del Pretor, lo que va a contribuir a la gradual desaparición del Derecho Honorario.

La intención de Adriano, al encomendar la tarea, seguramente buscó poner orden y lograr uniformidad en las dispersas y cambiantes disposiciones de los magistrados, centralizando la política legislativa.

Por medio del Edicto Perpetuo, el Pretor publicitaba su Edicto, el que se exponía en tablas ubicadas en el Foro. Su vigencia se extendería a lo largo de su gestión.

Punto 3

Las respuestas de los jurisconsultos

El colegio pontifical fue dejando de ser órgano exclusivo de la interpretación del *ius* en la medida en que el conocimiento de éste fue siendo transferido al público.

Los miembros de la clase dirigente patricio-plebeya fueron reemplazando a los pontífices en el cultivo del derecho, en el que entendían servir a la comunidad y especialmente a la clientela política de sus familias y consolidar así sus expectativas en el *cursus honorum*.

Esa actividad doctrinaria se canalizó especialmente a través de las respuestas a consultas particulares, del asesoramiento al magistrado, del quehacer didáctico y de la redacción de trabajos.

Las consultas podían versar sobre negocios y situaciones extrajudiciales o sobre el accionar judicial.

Los jurisprudentes, cuando ellos mismos no eran magistrados, integraban el *consilium* de amigos con el que se aconsejaban los magistrados. A las audiencias en que los jurisprudentes evacuaban las consultas concurrían regularmente grupos de jóvenes, admitidos con la finalidad de entrar en contacto con la problemática allí elucidada y de solicitar posteriormente aclaraciones y sistematizaciones necesarias a su formación como futuros juristas. Pero no hubo en esos tiempos obras didácticas: se componían, sobre todo, de colecciones de *responsa* (respuestas) o de formularios necesarios para los negocios jurídicos, y sólo al final del período preclásico se redactaron comentarios sistemáticos a la ley de las XII tablas y, en general, al *ius civile*.

Punto 4

Augusto y el Ius Publice Respondendi

Augusto, con el propósito de incrementar el prestigio de los grandes juristas dispone el otorgamiento del IUS PUBLICE RESPONDENDI EX AUCTORITATE PRINCIPIOS (derecho de dar respuestas con carácter público, apoyándose en la *auctoritas* del Príncipe): el Emperador debía consultar a ciertos juristas, que eran partidarios de su gobierno. Augusto hizo una lista de juristas que gozaban del Ius Publice Respondendi. En conclusión, el Ius Publice Respondendi era el derecho de ser consultados por el emperador y poder responder a sus preguntas, y esto daba gran prestigio a los juristas elegidos.

Con posterioridad, Adriano, ante la frecuencia de disparidad de criterios entre los juristas, dispuso que fuera obligatoria la doctrina coincidente de los titulares del *ius respondendi*; pero, en el supuesto de divergencias, dejó al tribunal en libertad de elección.

Proculeyanos y Sabinianos. Controversias

Los juristas de la época clásica comenzaron a agruparse en escuelas. En ellas no se impartía enseñanza, pero sí se emitían opiniones sobre ciertos aspectos de la realidad jurídica.

No ha sido posible hallar algún rasgo característico o la posición filosófica sobre las que basaban sus diferencias.

Hubo en Roma dos grandes escuelas jurídicas. Una de ellas, la de los Proculeyanos, que se inicia con Labeon. Luego se incorporará Próculo (que dará su nombre a la Escuela).

La de los Sabinianos tiene su origen en Capiton, al que le seguirán Masurio, Sabino, Gayo, Javoleno Prisco y Salvio Juliano.

Puede aseverarse la diferente posición política de cada grupo. Así Capitón, inspirador de los Sabinianos, se

presenta como incondicional de Augusto. En cambio su rival, Labeón, es acérrimo opositor a la política del Príncipe.

Diferencias entre las dos escuelas:

TEMA	SABINIANOS	PROCULEYANOS
1) Comienzo de la PUBERTAD.	Inspectio corporis (inspección corporal).	Edad (14 años en el varón y 12 en la mujer). *
2) Concepto de COMPRAVENTA.	Cambio de una cosa por otra o por un precio en moneda.	Cambio de una cosa por moneda. *
3) Sobre el NACIMIENTO CON VIDA.	Cualquier signo vital. *	Sólo el llanto.

*Opinión que prevaleció

Los jurisconsultos clásicos

La labor de los juristas clásicos se caracterizó por su especial aplicación a estructurar en un ordenamiento coherente los antiguos sistemas estratificados del período preclásico y las nuevas tendencias que se consagraban en la *cognitio extra ordinem*; por la rigurosa lógica y técnica con que se manipularon las tendencias innovadoras de la normativa imperial y las influencias de instituciones foráneas; por la atenuación del carácter privado, al pasar muchos juristas a integrar los grandes cuadros burocráticos del Imperio, y del carácter gratuito, al percibirse honorarios y sueldos por la actividad abogadil, docente y administrativa; a pesar de todo, por su libertad frente a los intentos del poder por controlarla y dirigirla; por haberse concretado en una amplísima producción escrita.

La producción escrita

a) Comentarios sobre el *ius civile*, el edicto, el *ius publicum* –*leges y senatus consulta*– y obras de jurisprudentes antiguos.

b) Colecciones de *responsa* (respuestas) sobre casos reales o imaginarios.

c) Obras monográficas sobre típicas o específicas instituciones.

d) Obras didácticas consistentes en manuales sistematizados o crestomatías de reglas y definiciones.

Hasta el siglo III d.C. sólo se utilizaba el rollo de papiro (*liber*) que se llamaba *volumen* –proveniente de *volvere* (envolver, enrollar)–. El contenido de un volumen o liber equivalía a unas cuarenta páginas.

Luego empezó a usarse el pergamino, de mayor duración, en forma plegada y armada –como los actuales libros–, que se designó genéricamente *codex* y en plural *codices*, de donde viene nuestra palabra *código*, cuyo significado específico se originó en que las primeras recopilaciones de *leges* se editaron en esa forma.

Punto 5

El bajo Imperio

La constitución Antoniniana, dada por el Emperador Caracalla, otorgaba el derecho de ciudadanía y con él el Derecho Civil romano a los pueblos del Imperio suprimiendo diferencias entre los italianos y los otros habitantes del mismo, dismantelando los cimientos del viejo Estado–Ciudad, haciendo desaparecer la preponderancia de los romano–itálicos y denunciando las diferencias entre el derecho imperial y los derechos locales.

Son muchas las causas que conllevan a las graves alternativas que vive Roma en ese tiempo.

En el frente interno, la situación es caótica. Desde el 235 al 285 d.C., hubo 26 emperadores y sólo uno de ellos murió de muerte natural. Las tropas eran quienes proclamaban o deponían a los emperadores, llegando a su eliminación física.

En el plano externo debe señalarse el renacimiento del poderío de los persas, que provoca el ataque permanente contra las provincias romanas de Oriente, así como también la constante presión de los pueblos bárbaros sobre las fronteras del Rin y del Danubio.

Otra de las causas a que se atribuye la decadencia imperial, puede encontrarse en las importantes modificaciones que había sufrido, durante el Principado, la conformación del ejército.

Además, en esta época, el pueblo soporta una fuerte presión tributaria. Se hace evidente la paralización del comercio y la industria, fruto de las constantes guerras e invasiones.

Los emperadores fueron quitando importancia a las atribuciones del Senado.

Reformas de Diocleciano y Constantino

De este modo va a comenzar el Dominado o Bajo Imperio, que tiene como iniciador a Diocleciano, que será quien, durante algún tiempo, devuelva el orden al Estado.

El estancamiento en el crecimiento demográfico obliga a Roma a buscar soldados entre los bárbaros, transfiriéndoles técnicas bélicas y armamentos.

Se convierte al ejército en un cuerpo profesional, mercenario.

Va creándose una nueva clase, la de los militares, ahora totalmente desvinculada de la aristocracia senatorial.

Ante tal situación, y para asumir cierta independencia, Diocleciano decide encarar una total reestructuración del Estado, que se conoce en el nombre de Tetrarquía.

El poder se dividió entre cuatro Magistrados: dos Augustos y dos Césares.

Con la tetrarquía, Diocleciano pone en marcha un sistema que divide al Imperio, sin afectar la integridad del Estado.

Durante el gobierno de Diocleciano existió una marcada tendencia hacia las persecuciones religiosas.

La creación de la nueva estructura política, junto a la militar, genera un mayor gasto fiscal, que es enfrentado mediante un autoritarismo casi absoluto. Esto genera una nueva forma de gobierno, inspirada en una marcada influencia de formas despóticas orientales, lo cual producirá graves tensiones que van a culminar en el naufragio del sistema, y dará como resultado la guerra entre Augustos y Césares.

Cuando Diocleciano organizó la tetrarquía dispuso, a fin de no perpetuar a los Augustos, que luego de un tiempo abdicasen a favor de los Césares, y designasen a sus sucesores.

Pero los relevos no son aceptados por quienes alegan mayores derechos para ocupar tales cargos.

El resultado es una serie de luchas y una gran confusión.

Constantino había dictado el Edicto de Milán, por el que se disponía la tolerancia de cultos y el cese de las persecuciones a los cristianos.

Constantino hace pública profesión de fe cristiana como una hábil estratagema política.

Con Constantino el Cristianismo fue religión oficial.

Puede pensarse que Constantino, deseando unidad y pacificación, vio la conveniencia de utilizar al Cristianismo aprovechando su férreo dogma, sus valores trascendentes y la disciplina de sus seguidores.

Constantino modifica las bases que había elaborado Diocleciano y abandona la tetrarquía.

En este período se nota, cabalmente, la influencia y progresiva preponderancia de la cultura greco-oriental sobre la latina. Constantino traslada la capital del Imperio a la ciudad que llevaría su nombre: Constantinopla.

Características del Dominado

A diferencia de la época de Augusto, el poder del Emperador es absoluto. El Emperador es *Dominis Et Deus* (soberano y dios). Todos los funcionarios civiles y militares están subordinados a él. En la divinidad está el origen y la causa de sus poderes.

Como consecuencia del origen de esta particular estructura, toda norma tendrá que provenir del Emperador, por la vía de la Constitución Imperial.

Constantino unifica el poder y lo hace hereditario, nombrando Césares a sus hijos.

Las principales magistraturas se transformaron en simples recuerdos del pasado. Solamente el Consulado aún conservaba algo de su viejo prestigio.

Fuentes de derecho en este período

Fue este un período en el que surgieron importantes escuelas de derecho.

Como consecuencia de una fuerte tendencia hacia la concentración del poder en el Emperador, la jurisprudencia sólo se dedica a elaborar una doctrina oficial, que se limita a interpretar las opiniones de los juristas del pasado.

Se trata de una etapa decadente.

Esta pobreza jurisprudencial constituye el punto de partida del derecho romano vulgar. El vulgarismo, en contraposición al clasicismo del principado, se ha entendido como interpretaciones jurisprudencias burdas, basadas en lo práctico y en lo popular, apartadas de los cánones clásicos.

Durante el Dominado, la fuente del derecho por excelencia fueron las Constituciones Imperiales. Luego del siglo III aparecen las primeras universidades, siendo las más destacadas las de Beirut, Roma y Constantinopla; por lo que el derecho se empieza a enseñar en las universidades. Aparecen los maestros de derecho, que sustituyen a los juristas. Surgen así las colecciones de derecho, que pueden diferenciarse en 3 tipos: **a**– escritos de disposiciones imperiales (de leyes); **b**– escritos de jurisprudencia (de derecho); **c**– escritos mixtos (de leyes y de derecho).

Aparte de las colecciones de derecho, los juristas comienzan a hacer libros, destacando las Institutas de Gayo, obra que se ha transmitido íntegramente hasta la actualidad. Posteriormente, en el período posclásico, se

hicieron obras de iura (Pauli Sententiae, Reglas de Ulpiano, Epíteto de Gai) y de leges (Código Gregoriano, Código Hermogeniano, Código Teodosiano, Breviario de Alarico). Algunas otras obras contenían iura y leges (Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum, Consulta a un cierto jurista antiguo y Fragmentos del Vaticano).

Unidad IV: La Codificación

Punto 1

Antecedentes

La amplitud de fuentes productoras de derecho del Principado, ha trocado en la aparición de las denominadas Leges, es decir, constituciones imperiales. Éstas resultan la única creación organizada de derecho. A su lado se mantienen las otras fuentes de períodos anteriores, que no han sido derogadas. Es decir que en esta época, la legislación imperial y la literatura jurídica clásica, en gran multitud, son la base del derecho en vigencia.

La multitud de obras de los juristas antiguos utilizadas, de difícil penetración técnica, muchas veces contradictorias, pertenecientes a períodos históricos distintos, usadas a menudo, tanto en la enseñanza como ante los jueces, de manera capciosa y aún falsa, ponía en riesgo serio a la actividad jurisdiccional por la inseguridad resultante.

Entonces, aparecen instituciones por las que los Emperadores buscan restringir la utilización de los IURA.

La ley de las citas

Con aparentemente la misma intención de ordenar los Iuras, Teodosio II y Valentiniano III van a dictar una disposición que modernamente se ha denominado Ley de las Citas. Por ella se asignaba valor legal a la opinión de cinco juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino.

Establecía esta ley que sólo se podría invocar en juicio las opiniones de tales jurisconsultos y las de aquellos por ellos citados, a condición de poder confrontarse los originales.

Si hubiera divergencia en sus opiniones debía prevalecer la de la mayoría.

A igualdad de pareceres, preponderaba la opinión de Papiniano; desconociéndose la de éste, el juez quedaba en libertad de decisión.

No obstante, no podía ser ésta una solución total del problema.

Punto 2

Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano

Compilaciones Pre-Justinianas

El sucederse de numerosas constituciones imperiales sin poderse determinar a ciencia cierta cuáles estaban en vigor provocó la necesidad de ordenar y clarificar cuáles eran las normas aplicables en cada caso. Consecuencia de ello son los intentos compiladores. Debe resaltarse la importancia de estas compilaciones como antecedente para la labor posterior.

Suele clasificárselas en dos grupos: aquellas que solamente contienen Leges y las integradas por Leges y Iura.

El Código Gregoriano

El código Gregoriano reconoce precedentes de la época clásica.

Por lo que se sabe sistematizaba el derecho privado. Comprendía rescriptos, siendo el más antiguo conocido uno de tiempos de Septimio Severo. Se lo tiene por fuente principalísima del Código de Justiniano, en especial para las Leges más antiguas en él contenidas.

Debió estar dividido, como mínimo, en quince libros, y dentro de ellos en títulos, en los que se ordenaban cronológicamente las constituciones.

El Código Hermogeniano

Contiene, en un solo libro, rescriptos dados por el Diocleciano y ordenados bajo iguales rúbricas que el Gregoriano.

Puede considerárselo una suerte de complemento del anterior.

El Código Teodosiano

El Código Teodosiano fue mandado a hacer por el Emperador Teodosio II, quien originariamente había designado una comisión de 9 miembros, que sobre la base de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano tenía que elaborar un auténtico código general y práctico de todo el derecho vigente. El plan consistía, como han señalado los estudiosos, en refundir las LEGES coleccionadas, con la compilación de IURA resultante de la aplicación de la ley de Citas.

Al fracasar este intento, luego de seis años el Emperador nombró una comisión nueva, de dieciséis miembros, con miras más limitadas.

Las constituciones se agruparon en 16 libros, divididas en títulos y dentro de ellos ordenadas cronológicamente. Se debe destacar, en lo que hace a su contenido que se concedía en ellas importancia preponderante al derecho público sobre el privado.

Otras Recopilaciones

En cuanto a las recopilaciones de Leges y Iura pueden mencionarse entre las primeras:

1. El Libro de Derecho Siriorromano: se discute si se trataba de una obra didáctica o si también poseía fines prácticos.
2. Los Fragmenta Vaticana: comprende una vasta compilación de LEGES y IURA, con fragmentos de obras de Papiniano, Paulo y Ulpiano.
3. La *Lex Dei Sive Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio*: de autor desconocido, posiblemente un romano-judío. Contiene una comparación del derecho romano con las leyes mosaicas, intentando demostrar que el primero derivaba de las segundas.
4. La *Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti* (repertorio de consultas dadas por un antiguo jurisconsulto). De autor desconocido, las respuestas a las cuestiones que le son sometidas son dadas apoyándose en los códigos Gregoriano, Teodosiano y Hermogeniano y en las Sententiae de Paulo.

Las leyes Romano–Bárbaras

Después de la caída del Imperio Romano de Occidente se va a plantear la necesidad de clarificar el marco jurídico a aplicar a los ciudadanos de origen romano. El señalado principio será respetado por los bárbaros, permitiendo que los de nacionalidad romana siguiesen viviendo con arreglo al derecho romano, siempre que hicieran una declaración en tal sentido.

Edicto de Teodorico

Teodorico, rey Ostrogodo dicta el *Edictum Theodorici Regis*, que hacía un resumen de importantes disposiciones de derecho romano para que fueran observadas tanto por los romanos como por los ostrogodos. Para aquello que él no hubiera reglamentado, cada pueblo aplicaba su ley (romana u ostrogoda).

La Lex Romana Visigothorum

La ley Romana de los Visigodos es una compilación oficial realizada por juristas romanos y aprobada por una reunión de obispos y notables, destinada a aplicarse a los súbditos romanos de España y Aquitania (parte occidental de Francia).

Lex Romana Burgundionum

La ley Romana de los Borgoñones estaba destinada exclusivamente a los habitantes romanos. Dividida en cuarenta y seis títulos, reproduce de manera incorrecta las fuentes entonces en boga, intercalando principios del derecho borgoñón.

Lex Romana Utinensis

La *lex Romana Utinensis* o *Rhetica Curiensis*, de origen privado, efectuada de manera similar a la ley Romana Visigothorum, se aplicó en la provincia danubiana de Rhetia.

La labor legislativa y compilatoria de Justiniano

La codificación de Justiniano marca el punto medio en la vida del derecho romano.

Esta obra monumental fue realizada en lengua predominantemente latina y concluye la evolución jurídica del imperio romano.

En el plano jurídico concretará la reiterada aspiración de tantos intentos previos: reunir el derecho vigente en un cuerpo legal, esto es, recoger las *Leges* y los *Iura*.

Corpus Iuris Civilis

En el siglo XV, al surgir la imprenta, aparecen las primeras ediciones impresas de la obra justiniana. Al comienzo, se publicaron las diversas partes separadamente.

La primera edición completa de la compilación corresponde a fines del siglo XVI a Dionysius Gothofredus, a quien se debe el nombre de *Corpus Iuris Civilis* con que se conoce hoy a la obra legislativa de Justiniano.

Interpretación del corpus

Su contenido puede ser considerado según dos posturas (*duplex interpretatio*):

a) Como ordenamiento vigente, sus tres primeras partes (el Código, el Digesto y las Instituciones) se consideran como un solo cuerpo, aunque hayan sido promulgadas en épocas distintas y así deben interpretarse sus contenidos, intentando conciliar las contradicciones existentes.

Las novelas, en cambio, por ser normativa posterior, son derogatorias de cualquier contrario criterio o disposición de las otras tres obras.

b) Considerado como un material antológico del saber (*iura*) y de la normativa jurídica (*leges*), cada uno de los contenidos del Corpus debe ser analizado en función de la obra de donde fue extractado o de las circunstancias en que la respectiva constitución imperial fue promulgada.

Partes que lo integran

Código

Por la constitución *Haec Quae Necessario* el Emperador nombra una comisión a la que le encarga realizar un código, utilizando los anteriores como así también constituciones posteriores.

Tenían la facultad de modificar las constituciones reuniendo varias en una, o dividiéndolas.

El código se publicó el 9 de abril del año 529.

No obstante, cuatro años más tarde fue modernizado, por haber quedado anticuada la primera recopilación de las LEGES.

El nuevo código tuvo en cuenta una serie de nuevas constituciones a las que se llamó QUINQUAGINTA DECISIONES.

El código está dividido en 12 libros, los que a su vez, se subdividen en títulos.

El primer libro trata de derecho eclesiástico y público en general; del segundo al octavo de derecho privado; el noveno de derecho penal y procedimiento correspondiente; los últimos de derecho administrativo.

El Emperador había dispuesto que se siguiera el orden del Edicto Perpetuo.

Al sancionarse el código se dispuso la prohibición de recurrir a códigos y novelas anteriores.

Digesto o Pandectas

De las diferentes partes que componen el Corpus Iuris Civilis, el Digesto resultaría la única sin precedentes.

Intentos de ordenar los *Iura* ya habían resultado infructuosos.

Una vez publicado el primer código, a través de una serie de constituciones, el Emperador ordenó el Digesto.

Esta comisión procuró cumplir el mandato del Emperador quien en la mencionada constitución dispuso que redactara un cuerpo legal que contuviera la obra de los jurisprudentes (*Iura*). Surgirá así el Digesto o Pandectas. Digesto, palabra latina, tiene el significado de lo que se haya ubicado metódicamente y Pandectas, de etimología griega, significa lo que comprende todo.

La obra se integra con 50 libros, cada libro está dividido en títulos; cada título comprende varios fragmentos; fragmentos que, a su vez, suelen dividirse en párrafos.

Fragmento (también por algunos llamados leyes) son extractos de los diferentes autores cuyo nombre y libro al que pertenecen se cita al comienzo de cada uno de ellos (*inscriptio*).

Parágrafo es la forma de dividir los fragmentos extensos, que proviene de la edad media. El primer parágrafo de cada fragmento se llama Principium y no tiene número; de allí que el parágrafo con el número uno es en realidad el segundo.

El plazo previsto originariamente para la conclusión del Digesto era de diez años. Sin embargo, fue concluido en tres, y aún se discute el método utilizado para analizar y extraer lo relevante de cada uno de los dos mil libros escritos por los antiguos.

Diversos autores plantean sus teorías. Uno de ellos, Bluhme, advirtió que las obras consultadas podían distribuirse en cuatro grupos o masas, de cada una de las cuales se habría ocupado una subcomisión. A los grupos se los denominó: sabiniano, edictal, papiniano y apéndice.

La masa sabiniana estaba compuesta por las obras de los autores clásicos tardíos, comentando el Ius Civile, los Libri Ad Sabinum, de Ulpiano y Paulo.

A la masa edictal la forman los comentarios al Edicto efectuados por los juristas clásicos.

Las cuestiones y respuestas de Papiniano, Ulpiano y Paulo forman el tercer grupo denominado masa papiniana, por cuanto lo extractado de Papiniano normalmente se hallan al inicio.

Otros fragmentos tomados de escritos de diversos juristas y de variada índole forman un grupo reducido que conforma el apéndice.

Para Bluhme la comisión del digesto se subdividió en tres, cada una de estas subcomisiones se ocupó de uno de los tres grupos fundamentales, en tanto el apéndice procedería de una extracción posterior.

Institutas

Justiniano había manifestado su intención de realizar un tratado elemental de derecho destinado a la enseñanza. Esta obra debía allanar las dificultades que por el volumen y complejidad del Digesto impedían el estudio de las instituciones jurídicas, directamente de las Pandectas.

El Emperador encomienda la realización de una obra, que había de sustituir a las utilizadas por entonces, especialmente a las Institutas de Gayo.

La comisión terminó la tarea antes de finalizado el Digesto, mediante la constitución *Imperatoriam Maiestatem*, donde Justiniano dispone que la Instituta está dirigida a la juventud que deseaba estudiar las leyes. La vigencia de las Institutas se establece por la constitución *Tanta*.

Además de instrumento para la enseñanza del derecho, las Institutas fueron una obra con verdadera fuerza legal (establecido en la constitución *Tanta*) y consideradas fuente de derecho.

Los temas abordados en ella son: las personas, las cosas y las acciones.

La Instituta Justiniana se distingue de la de Gayo ya que la primera, además de estar dividida en libros, se subdivide en títulos.

Novelas

Las novelas se consideran un conjunto de constituciones nuevas, es decir, promulgadas a continuación del Código. Justiniano ordenó que las *Leges* por él dictadas no fueran modificadas por las disposiciones que surgieran con posterioridad. En la vida del Emperador no hubo recopilación oficial pero, con carácter privado, algunos autores se dedicaron a compilarlas dándose a tales repertorios el nombre de Novelas o Novellae Leges (nuevas leyes).

Alrededor del año 555 aparece una colección conocida como Epitome Iuliani, realizada por Juliano, que contiene en total, 124 constituciones.

Una segunda colección que incluye 134 constituciones dictadas hasta el año 556 es conocida como las Auténticas, de autor desconocido.

Otra colección, a la que se conoce como Colección Griega, habría sido realizada en el 578, y la integran 158 novelas de Justiniano y otras de Emperadores posteriores.

Además de las nombradas existe una colección de cánones extraídos de las Sagradas Escrituras, de la Patrística, de los Concilios y Sínodos, realizada por Juan de Antioquía.

Finalmente cabe destacar que en algunos manuscritos de la Colección Griega aparecen un grupo de 13 novelas de Justiniano incorporadas como apéndice. A dicha parte se la conoce como Edicta Justiniani.

Las interpolaciones

La multitud de obras que componían la masa sobre la cual debían trabajar los compiladores presentaba múltiples dificultades a la hora de compatibilizarlas, por lo que Justiniano autorizó a los juristas a modificar, suprimir o adaptar los textos. Tales alteraciones fueron denominadas interpolaciones o *Emblema Triboniani*. Pero esto derivó en un exceso que llevó a sostener que en toda la obra de Justiniano no había un texto puro de los juristas clásicos.

A causa de esto los compiladores del Corpus Iuris recibieron las más duras críticas, que podrían haberse evitado con tan sólo omitir la mención del autor clásico a quien se afirma pertenece el párrafo.

Unidad V: La vida ulterior al Derecho Romano

Punto 1

El Derecho Romano en Oriente y en Occidente

Oriente

Justiniano prohibió que su obra fuera objeto de interpretaciones, aunque esta prohibición fue desoída y surgieron así diversas producciones en las que se traducía, comentaba e interpretaba la obra original. Entre ellas se destaca La Paráfrasis de Teófilo, quien fuera uno de los colaboradores en la tarea compiladora. Este autor realiza una interpretación y comentarios en griego de las "Instituciones".

La compilación de Justiniano subsistió, naturalmente, con transformaciones, a través de compilaciones, adaptaciones, resúmenes, refundiciones, dispuestos por sucesivos emperadores. Importantes fueron en este aspecto las Compilaciones Bizantinas.

Occidente

El Derecho Romano siguió teniendo, en cierta forma, vigencia en occidente en virtud de la concepción de la

personalidad de las leyes, en las legislaciones romano-bárbaras y en las prácticas y costumbres de las poblaciones descendientes de las que habían compuesto el Imperio; por gravitación de los estudios universitarios que fueron consecuencia del llamado Renacimiento del Derecho Romano y por la recepción que de él hicieron los ordenamientos jurídicos de los estados nacionales que se constituyeron en Europa al fin de la Edad Media.

En el mundo antiguo las instituciones son exclusivas del grupo étnico y acompañan por doquier sus miembros integrantes.

El *ius civile* era exclusivo de los ciudadanos romanos. Cuando se establecieron los pueblos bárbaros resultó natural que se manejaran con sus propias leyes y que permitieran otro tanto a las poblaciones que habían integrado el Imperio. Entonces los jefes bárbaros mandaron redactar leyes romano-bárbaras, para los romanos habitantes en su territorio, y leyes bárbaras.

En occidente, el derecho romano deja de ser el derecho común a muchos pueblos. Esto, unido al surgimiento y afianzamiento de las nacionalidades, va generando el nacimiento de derechos locales.

Después de Justiniano ya no hay expansión militar romana, pero sí hay influencia, penetración jurídica en la mayor parte de las naciones europeas.

Punto 2

Florecimiento en el siglo XII

Luego de siglos de acosamiento, inseguridades, estancamiento cultural y economía agraria de autoabastecimiento sobreviene el renacimiento del Derecho Romano en la vida urbana de Europa.

Las Universidades

Con la aparición de la burguesía también se desarrollaron las universidades. La sociedad se hizo más compleja y esto provocó la necesidad de una normativa más discriminadora y racional.

Pronto en las universidades comenzaron a surgir facultades de derecho en las que sólo se estudiaba Derecho Romano y Canónico, pasando por alto los derechos locales.

Según el modo de trabajo y los objetivos buscados, los juristas medievales y renacentistas han sido agrupados en tres escuelas o posturas frente al Derecho Romano: **a)** la de los glosadores; **b)** la de los comentaristas; **c)** la de los humanistas.

A partir del siglo X, en las escuelas nórdicas italianas (Ravena, Pavia y Bolonia) va a gestarse un nuevo enfoque del Derecho Romano clásico. En estas escuelas, que después serán universidades, los estudios comienzan por la gramática y la retórica, llegándose luego a profundizarse los temas jurídicos.

En Pavia se estudia derecho lombardo con sentido filológico, y se quiere adaptar el derecho romano a las instituciones longobardas.

La de Bolonia nace como escuela de arte, y será más tarde la más famosa escuela de derecho. Iban a ella alumnos de todas las comarcas, en especial italianos y alemanes. Se estima que llegó a tener más de 10.000 alumnos y que algunas clases eran dictadas en las calles.

Los glosadores

Glossa: palabra oscura que necesita explicación.

Es en la universidad de Bolonia donde nace la escuela de los glosadores.

Imerio y sus discípulos realizaron la exégesis de los textos justinianos por medio de glosas, es decir, anotaciones marginales o interlineales, a propósito de una palabra, una institución, un criterio, etcétera, colocando sinónimos encima de las palabras confusas.

Las glosas marginales son verdaderos comentarios de una idea que surge del texto.

A mediados del siglo XIII, Accursio realizó una compilación de las glosas de sus colegas en forma de un aparato exegético.

Esa *Glossa Magna* quedó como definitiva e indiscutida en la práctica judicial.

La postura de los glosadores era de ciega reverencia ante el texto, al que trataban como una obra perfecta de la razón.

Su gran objetivo era facilitar la comprensión de lo que se les aparecía como un derecho racional de validez general, sin tratarlo promiscuamente con inferiores sistemas locales. En eso se diferenciarían de sus sucesores en el tiempo: los posglosadores o comentaristas.

Los comentaristas

Tuvieron una actitud más pragmática: trataron de arrancar del Corpus Iuris todo aquel material que pudiera servir para una sociedad en rápido desarrollo.

Su modalidad de trabajo fue la de componer comentarios sobre pasajes de los textos justinianos, con amplio aporte de material jurídico local y canónico.

Introducción del Derecho Romano en Alemania

Los comentaristas posibilitaron que el Derecho Romano fuese conocido y aplicado en casi toda Europa. Tal como el caso de Alemania, donde se produce el fenómeno que se conoce como la recepción del Derecho Romano. Ello como consecuencia de la falta de unidad política de esta nación. De esta forma el Derecho Romano estará allí vigente por más de cuatro siglos.

Ello se debe a los estudiantes alemanes que se formaron en las escuelas como Bolonia.

El tribunal Cameral del Imperio está constituido en su mitad, por jueces formados en el derecho romano.

Recién el reinado del derecho romano puede considerarse acabado cuando, en 1900, se sanciona el Código Civil Alemán.

La Escuela Histórica aparece en Alemania en el siglo XIX, y su principal exponente ha sido Savigny, quien apartándose del racionalismo ahistórico propiciado por el humanismo, propone apoyarse en los valores espirituales clásicos humanos.

Savigny decía: "El derecho responde, en su evolución, al espíritu del pueblo, que es el que va a forjar los caracteres de la nación".

Esta postura se debe a una época. El romanticismo surge en la Europa del siglo XVIII y trasciende hacia

Alemania hacia el siglo XIX.

El romanticismo se instala en la poesía, en la música, en la literatura, en la filosofía y también en las ciencias jurídicas.

Savigny cambia el curso de la historia del Derecho Romano en Alemania.

Los principios sostenidos por la escuela posibilitarán la elaboración y sanción del Código Civil alemán, sobre todo en los que hace a su sistematización y ordenamiento, propios de la Pandectística (Pandecta era el nombre griego del Digesto).

Punto 3

La escuela Francesa del siglo XVI

La escuela francesa del siglo XVI conocida como Humanista, reúne a los juristas que se rebelan ante los métodos característicos de los canonistas.

Desechan el método de la escolástica y llegan al derecho romano por la filología, la historia, la religión, la literatura y la filosofía.

Aunque la escuela nace en Italia, es en Francia donde esta tendencia obtiene su más amplio desarrollo.

Los juristas partícipes del humanismo propugnan volver a las fuentes; no intentan resolver casos prácticos sino preservar el verdadero Derecho Romano. Usan el latín clásico ciceroniano, desechando el latín medieval y vulgar, inaugurando así la etapa denominada como la de la "jurisprudencia elegante". Quienes actúan en Francia, lo hacen, principalmente, en la escuela de Bourges. Allí es donde nace la corriente conocida como el Mos Gallicus. Sus propulsores sostenían la idea de que el derecho romano debía examinarse a la luz de fuentes históricas, filológicas y literarias. Siguiendo esta línea rechazan y hasta ignoran la labor de los glosadores y los comentaristas. En algunas ocasiones, llegan a cuestionar la ordenación del Corpus, formulando su propio esquema.

Cuando se inicia el movimiento de la reforma se enroлан en ella, lo que les acarreará severas persecuciones. Sus exilios permiten la difusión del humanismo fuera de Francia y el nacimiento de nuevas escuelas, que sostienen la existencia de un derecho común a todos los pueblos, nacido de la razón humana.

El estudio del Derecho Romano en nuestros días

Ya en el período hispano se denota la influencia romanística.

No obstante que los monarcas visigodos en el siglo V d.C. habían quitado la vigencia a las leyes romanas en España, ello no impidió que los jurisconsultos mantuvieran las doctrinas de los juristas romanos y medievales como criterio para las soluciones jurídicas.

Las Leyes de Partida reconocen la mayor influencia romana de toda la legislación española. Así podría afirmarse que el derecho romano era usado en la colonia.

Además quienes aplicaban la ley habían estudiado en universidades donde se estudiaban las instituciones romanas.

La recepción del derecho romano en nuestro país debe observarse a la luz de los principios que inspiraron a Velez Sarsfield en la elaboración del Código Civil argentino.

La influencia romanística, en el Código sancionado en 1869 es evidente, tanto en el texto legal como en sus notas. En las notas existe una presencia permanente de las fuentes romanas.

Unidad VI: El sujeto del derecho; las personas físicas y jurídicas

Punto 1

La capacidad jurídica

En el Derecho Romano nunca hubo un término técnico para designar al titular de la capacidad jurídica. Distinguía entre lo que es un *homo* y lo que es una *persona*. Por *homo* se entiende la mera unidad psicofísica, es decir, todo ente que tenga una mente racional en un cuerpo humano. En cambio *persona* es ese mismo hombre, pero considerado "con sus circunstancias", constituidas éstas por la situación que ocupa en la sociedad, en el estado y en la familia: esta situación es conocida con el nombre de "status". El significado primitivo u original de *persona* era el de máscara utilizada en las representaciones teatrales; por extensión pasó a significar el rol o papel desempeñado por un personaje, y luego la condición con que se actuaba en sociedad.

La capacidad jurídica en los pueblos antiguos era atribuida sólo a ciertas personas.

En Roma sólo era reconocida una plena capacidad jurídica en el derecho privado a quien tuviera simultáneamente status de libre en la sociedad, status de ciudadano en el estado romano y status de jefe –*paterfamilias*– en el grupo familiar.

Es que primitivamente la sociedad civil era considerada como integrada por grupos familiares y no individuos: las relaciones jurídicas eran de grupo a grupo, titulariadas precisamente por los respectivos jefes.

En Derecho Romano, a propósito de la persona física, hay que tener en cuenta dos clases de requisitos: **1)** los que se refieren a la existencia humana –comienzo y fin– y **2)** los que se refieren a su posición –status– social, ciudadano y familiar.

Los infantes o insanos podían –siempre que tuvieran el grado óptimo en los tres status, es decir que fueran *paterfamilias* romanos– gozar de derechos y adquirirlos, en tanto no fuera necesaria su personal actuación, invalidada por el ordenamiento jurídico, precisamente en razón del déficit en sus aptitudes intelectuales y volitivas. Era un capaz de derecho pero incapaz de hecho. Viceversa, un esclavo, si no presentaba impedimentos de edad o de salud mental, tenía cierta capacidad de actuar; aunque los efectos jurídicos de sus actos no recaían sobre él, privado como estaba de capacidad de derecho, sino sobre su dueño. Era capaz de hecho, pero no de derecho.

En el Derecho Romano, pues, una capacidad no presupone la otra.

Cuando una persona perdía la capacidad (*capitis deminutio*) dejaba de ser persona. Había tres niveles:

1. Máxima: pérdida total de la libertad. Esclavos.
2. Media: pérdida de capacidad y de la condición de ciudadanos. Libertos latinos.
3. Mínima: los libres y ciudadanos dentro de la familia que estaban disminuidos bajo el poder del *pater*. *Alieni iuris*.

Comienzo y fin de la existencia:

• Nacimiento: la aparición del hombre en la escena jurídica comienza con el nacimiento. Para considerar nacido a un hombre son necesarias las siguientes condiciones: **A) el total desprendimiento del seno materno.** Mientras el concebido esté en el vientre de la madre se lo considera no como una individualidad, sino sólo como "una parte de la mujer". Sin embargo, siempre que se trate del provecho del concebido, se lo reputa como nacido. **B) que haya nacido con vida,** pues "a quien nace muerto no se lo tiene ni por nacido ni por procreado". De este problema se ocuparon los proculeyanos y sabinianos. **C) Que el nacido presente forma humana,** puesto que si la mujer ha dado a luz algo monstruoso o prodigioso, ello no tiene ninguna significación jurídica.

• Muerte: la muerte extingue al *homo* y en consecuencia deja éste de ser *persona*. Entonces se planteaba el problema de determinar el orden de prelación de quienes morían en un mismo accidente. Así, para el derecho clásico, si no se podía probar quien murió antes y quien murió después, se consideraba que "no se veía que uno haya sobrevivido respecto del otro", por lo que ambos eran tenidos como muertos al mismo tiempo. En cambio, Justiniano se basaba en un criterio de mayor o menor resistencia a la muerte: si en el accidente perecen el padre y el hijo, se presume que si el hijo es impúber se lo tiene como muerto antes; en cambio, si es púber, se lo tiene por muerto primero al padre, siempre que no se pruebe lo contrario. Los glosadores sentaron el criterio de que cabe presumir la muerte del ausente que ha cumplido 100 años.

Status

El status es la situación o posición jurídica ocupada por un hombre.

Status libertatis de acuerdo con la *libertas*.

Status civitatis de acuerdo con la ubicación en la *civitas*.

Status familiae de acuerdo con la ubicación en la *familia*.

Status libertatis

La máxima división de los hombres es la que nos dice que los hombres son *libres* o son *esclavos*. A su vez, los libres son *ingenuos* o son *libertos*.

Esclavos

El esclavo es aquel hombre que por una *iusta* causa está privado de su libertad y debe servir a un hombre libre.

Para que exista la situación de esclavo es necesario que medie una causa legal de esclavitud. En caso de duda se aplicaba la cláusula de favor libertad: siendo la condición natural del hombre la libertad, el hombre se declarará libre.

• Cómo se llega a ser esclavo: los esclavos nacen o se hacen: **1-** nacen esclavos los hijos de esclavas (el hijo sigue la condición de la madre, aunque si la madre había sido libre, aunque más no hubiese sido un momento, durante el embarazo, el hijo nacía libre); **2-** Se hacen esclavos por causas del *ius gentium* o por causas del *ius civile*. Se hacían esclavos por el *ius gentium* los aprehendidos en una guerra de acuerdo a derecho (*iustum bellum*). El romano podía también ser aprehendido por el enemigo. En ese supuesto, para el caso de que escapara de su cautiverio y transpusiera los límites de terreno romano, no sólo recobraba su libertad, sino también su *ingenuitas*; es decir, se lo reintegraba a la misma situación jurídica que gozaba antes de caer prisionero. La *lex Corneliae* estableció la ficción de que al romano muerto en cautiverio se lo considerara muerto en el mismo momento en que había caído prisionero. También Roma podía entregar uno de sus ciudadanos como esclavo a otro pueblo para resarcir un daño (pueblos hostes: aquellos con los que se tuvo

alguna relación, se ha tenido trato, pero luego se entró en conflicto. Pueblos bárbaros: pueblos con los que nunca se ha tenido trato y cuando aparecen generan conflicto). Se hacían esclavos por el *ius civile* los que rehusaban inscribirse en el censo o alistarse para la leva; los condenados a penas infamantes (como la de ser obligados a trabajar en las minas, condenados a las bestias feroces, a ejercer de gladiadores, etc.); la mujer libre que mantenía relaciones ilícitas con un esclavo ajeno no obstante la triple advertencia de dominus he dicho esclavo de que las mimas debían César. En la época de Justiniano quedaron prácticamente sólo dos: el caso del hombre libre mayor de 20 años que en connivencia con otro se hace vender por éste a un tercero como esclavo para luego declarar su verdadero status y defraudar al comprador, y por ingratitud de un liberto respecto de su patrono.

- Condición del esclavo : el esclavo no tiene capacidad de derecho, es decir, no puede celebrar por sí actos jurídicos. Técnicamente es cosa (*res*), y en tal calidad queda sujeto a la propiedad de su amo. La palabra exacta para designarlo es *homo*, que lo diferencia de una mera *res*. En el orden religioso se lo consideraba partícipe tanto del culto familiar como del público, teniendo validez la palabra empeñada en los juramentos y votos.

En un principio, los esclavos eran de la misma condición étnica y aun religiosa de sus amos, por lo que convivían con ellos, trabajando junto a sus hijos y participando del culto. Hacia fines de la República el número aumenta, y siendo en su mayoría extranjeros cautivos, se los mantenía alejados de la casa familiar, haciéndolos trabajar en los campos de sus dueños. Sin embargo, la rudeza de ciertos amos se fue suavizando por efectos de distintas disposiciones, originadas por una neta influencia estoica, a la que se agregó luego la cristiana.

- Cómo se deja de ser esclavo: la situación de esclavitud cesa por voluntad de la ley o por voluntad del amo que manumite (*manus*: poder; *mittere*: enviar, abandonar). La ley podía disponer la libertad de un esclavo; por ejemplo, por haber prestado un servicio importante al *populus*. En cambio, dependía de la voluntad del amo manumitir. En el derecho clásico había tres clases de manumisiones solemnes. 1– por la vindicta: en este caso el dominus concurría con el esclavo delante del magistrado debiendo estar presente un tercero que actuaba por el esclavo, quien no podía actuar en justicia, que afirmara solemnemente que el esclavo era un hombre libre, y ante el silencio del dominus el pretor lo declaraba como tal; 2– por el censo: consistía en permitir al esclavo inscribirse en el censo en la clase de los ciudadanos; 3– por testamento: el amo podía acordar en su testamento la libertad a su esclavo, el heredero de quien testaba podía decidir la libertad del esclavo, o el esclavo mismo podía ser heredero. En el Bajo Imperio, a partir de Constantino se admitió una nueva forma, influenciada por el cristianismo: la manumisión en la iglesia llamada *sacrosanctis ecclesiis*: se realizaba en presencia del obispo y de la grey reunida; se utilizaba generalmente el día de Pascua y luego de la declaración del dominus, se redactaba un libelo o escritura, firmado por los presentes, que actuaban de testigos. Aparte de las formas rituales solemnes, podía suceder que el *dominus* decidiera otorgar la libertad a su esclavo de un modo informal, haciéndolo en presencia de sus amigos (*inter amicos*), o invitándolo a compartir la mesa (*per mensam*), o haciéndoselo saber por una carta (*per epistolam*). Aunque para el *ius civile*, por no haberse cumplimentado los ritos respectivos, permanecía esclavo. El *dominus* arrepentido luego podía reclamar al pretendido manumitido por medio de una *reivindicatio*. En un principio la posibilidad de manumitir fue totalmente libre. Luego, en plena República, se consideraba un honor para el *dominus* manumitir.

Hubo dos leyes que limitaron la manumición de esclavos:

- Aella Centia: referida a manumisiones por la vindicta, que establecía que el dominus debía ser mayor de 20 años y el esclavo mayor de 30 y éste último no podía estar condenado a penas infamantes ni ser manumitido en fraude de los acreedores. Se contaban como excepción el caso de que alguien tuviera como esclava a su madre, nodriza, preceptor, futura esposa, etc. (no interesaba la edad del dominus); y el caso de que el esclavo tuviera menos de 30 años, y se convertía en liberto latino iuniano.

- Fufia Caninia: referida a las manumisiones testamentarias. Si se liberaba a muchos esclavos, el heredero

podía no aceptar la herencia, ya que iba a recibir más deudas que activo. Entonces surge una escala: quien tuviera hasta 2 esclavos, podía manumitirlos a los dos; de 2 a 10 esclavos: podía manumitir la mitad; de 11 a 25 esclavos: podía manumitir 1/3; de 26 a 100 esclavos: podía manumitir hasta 1/4; más de 100 esclavos: podía manumitir hasta 1/5 (sin pasar los 100).

Libres:

- **Ingenus:** son quienes han nacido libres y lo continúan siendo. En esto se diferenciarán del liberto, quien si bien es libre, antes fue esclavo y luego fue manumitido.
- **Libertos:** en la época clásica se diferencian tres clases de libertos: **A) los libertos ciudadanos romanos:** aquellos manumitidos por formas solemnes, habiéndose respetado las normas de la *lex Aelia Sentia*. Esta categoría de libertos era la que más se parecía a la de los ingenuos ciudadanos romanos. Sin embargo en lo que respecta al *ius publicum*, carecía del *ius honorum*, y si bien tenían el *ius suffragii*, sólo les era permitido intervenir en los comicios tribados votando exclusivamente en alguna de las cuatro tribus urbanas. **B) los libertos latinos iunianos:** eran quienes habían sido manumitidos por formas no solemnes, o los que no contaran con la edad de 30 años, o también aquellos manumitidos por un dominus que sólo tenía sobre ellos el dominio bonitario. Esta categoría era inferior a la anterior. En lo que se refiere al *ius publicum*, carecían tanto del *ius honorum* como del *ius suffragii*. Respecto del *ius privatum*, carecían del *ius connubii*, pero poseían el *ius commercii* (esta posibilidad quedaba limitada a los actos inter vivos). No podían testar ni adquirir nada a título de herederos o de legatarios. En la época clásica podían, por diversos procedimientos, ascender a la categoría de "ciudadano romano". Según Ulpiano, "viven como libres, pero mueren como esclavos". **C) los libertos dediticios:** eran éstos los esclavos por penas infamantes (*servi poenae*) que hubieran sido manumitidos. Según Gayo, era la peor de todas las situaciones en que podía estar un hombre libre (*pessima libertas*), ya que no podían llegar a ser ni latinos ni ciudadanos romanos. A su vez, les estaba prohibido vivir en Roma o en un radio de 100 millas alrededor. En el Bajo Imperio hay una sola clase de libertos: la de ciudadanos romanos, habiendo desaparecido la de los latinos iunianos y la de los dediticios.

El liberto quedaba ligado a su antiguo amo por medio de un vínculo que arrastraba una serie de deberes a cumplir; el amo, luego de la manumisión, pasaba a ser denominado patronus. Los deberes eran los siguientes: **a) el obsequium:** consistente en el deber de respeto debido al patrono y a sus descendientes. **b) las operae:** consistían en servicios que debía prestar el liberto. Había dos clases: *operae officiales* (generalmente servicios domésticos a los que estaba acostumbrado el liberto), y *operae fabriles* (tenían un carácter más extraordinario, generalmente involucrando un valor pecuniario). **c) los bona:** cuando el liberto moría sin descendientes habidos luego de su manumisión, los bienes correspondían a su patrono. Éste tenía también la tutela del liberto impúber o de la liberta.

Las obligaciones del liberto hacia su patrono pasan a los descendientes de éste, quienes pueden exigir su cumplimiento. En cambio, el que debe cumplirlas es el liberto, y en principio no pasan a sus hijos, quienes nacen ingenuos.

Situaciones afines a la esclavitud

Ciertos hombres estaban sometidos a una situación muy cercana a la esclavitud.

- Las personas *in mancipio* o *in causa mancipii*: estaban en esta situación los *filiifamiliae* que el pater transmitía por una mancipatio a otro pater. Para salir de esta situación era necesaria una manumisión solemne.
- Los colonos: el *colonus* era un hombre libre, y como tal podía casarse, tener patrimonio, contraer obligaciones, etc.; pero se hallaba adscripto, con toda su familia, a la tierra de la que formaba parte, siendo por ello un siervo de la tierra (*servus terrae*). No podía abandonar la tierra, y si lo hacía, era tratado como un esclavo fugitivo. Además, cuando se vendía la tierra, el colono y los suyos eran vendidos como accesorios de

la misma. Para ser colono, la fuente más frecuente era el nacimiento; pero podía ocurrir también por convención, o a título de pena. La extinción ocurría cuando el colono alcanzaba a comprar el campo.

- Los *addicti* y los *nexi*: Los *addicti* son aquellos deudores que no habiendo pagado sus deudas han sufrido los efectos de la *manus iniectione* por parte de sus acreedores. Situación semejante es la de los *nexi*, es decir los deudores que se han obligado por medio del *nexum* y no cumplen la prestación debida. Técnicamente no son esclavos, y en Roma continuaban siendo ciudadanos.

- El *auctoratus*: Se llamaba así al hombre libre que se entregaba a un empresario (*lanista*), el cual podía disponer de él como gladiador.

- El *redemptus ab hostibus*: La persona que había caído prisionera del enemigo podía ser redimida mediante el pago de una suma de dinero. El *redemptus* quedaba así obligado a pagar con sus servicios el precio del rescate del redemptor.

Status civitatis

Significa la posición jurídica que ocupa un hombre libre dentro de la *civitas*. De acuerdo con ello, la clasificación sería: **a)** los ciudadanos romanos; **b)** los latinos; **c)** los peregrinos.

El criterio rector era el de la *romanitas*, de acuerdo con el cual, cuanto mayor fuera el grado de *romanización*, mejor sería la situación del individuo o del grupo en ese *status civitatis*.

Los ciudadanos romanos

- Formas de adquirir la ciudadanía: **1) por nacimiento**: era ciudadano romano aquel concebido por padres romanos unidos en *iustae nuptiae*. Fuera de esta situación se debía considerar la situación de la madre. **2) por hechos posteriores al nacimiento**: podía ser por la manumisión solemne de un esclavo, o por concesión especial expresa.

- Condición jurídica de los ciudadanos romanos: **1) ius publicum**: comprende el *ius honorum* (acceso a las magistraturas), *ius suffragii* (intervención y derecho a voto en los comitia), *ius sacrorum* (acceso a los *collegia* sacerdotales) y el *ius provocationis ad populum* (posibilidad de apelar en último grado al *populus* en los procesos criminales). **2) ius privatum**: comprende el *ius commercii* (posibilidad de efectuar negocios jurídicos del *ius civile*), *ius connubii* (posibilidad de celebrar *iustae nuptiae*), *testamenti factio activa* (posibilidad de hacer testamento romano), y *testamenti factio passiva* (posibilidad de recurrir a las acciones). **3) munera (cargas)**: comprende el *census* (obligación de anotarse en el censo), *militia* (obligación de servir en las armas), *tributum* (obligación de pagar el impuesto).

El carácter distintivo del ciudadano se denota en la prerrogativa de ser designado por los *tria nomina*: **1)** nombre individual o *praenomen*; **2)** nombre gentilicio o *nomen*; **3)** nombre familiar o *cognomen*; **4)** sobrenombre o *agnomen* (no siempre). En cuanto al liberto, llevaba su nombre particular precedido del de su antiguo dominus.

- Pérdida de la ciudadanía: **a)** por sufrir una *capitis deminutio maxima* que ocasionaba la pérdida de la *libertas* y a consecuencia de ello, la pérdida de la calidad de *civis*; **b)** por una condena política; **c)** por abandonar *motu proprio* la ciudadanía romana y convertirse en ciudadano extranjero.

Los latinos

Debajo de la categoría de ciudadano romano, pero por encima de la de extranjero (*peregrini*) los romanos ubicaron a los latinos.

a) *Latini veteres*: antiguos habitantes del Latium que alguna vez se alzaron contra Roma y luego conformaron la Liga Latina. También a comunidades no latinas se les concedió este status. Tenían muchas facilidades para convertirse en ciudadanos romanos. Por ejemplo, si habían sido magistrados en su ciudad de origen y luego se iban a Roma se les daba la ciudadanía.

b) *Latini coloniarii*: unas colonias eran romanas y sus habitantes continuaban siendo ciudadanos; otras, eran latinas. A estos últimos se los llamó *latini coloniarii*. Cuando los romanos conquistaban territorios se les daban a los veteranos de guerra esas tierras para que se instalaran allí y así tener todo el territorio controlado, pero tenían que establecer algún tipo de beneficio dentro de las colonias para que estas personas se quedaran a vivir allí y no decidieran volver a Roma. Entonces se les otorgan derechos en las colonias y se les quitan los derechos en Roma.

c) *Latini iuniani*: corresponde esta categoría a los libertos manumitidos de manera irregular. Si prestaban favores a Roma se les concedía la ciudadanía.

Los Peregrinos

Eran todos aquellos pertenecientes a otras comunidades que mantenían relaciones con Roma, asegurándoles derechos y garantías. Se oponían a los bárbaros.

Existían los simples peregrinos (extranjeros) a quienes Roma les permitía usar sus leyes e instituciones locales y se regían por el derecho de gentes (*ius gentium*) y los peregrinos dediticios, que pertenecían a ciudades que no eran siquiera considerados pueblos por Roma, eran considerados peligrosos y no eran aceptados ni como esclavos. No podían llegar a ser ciudadanos ni mucho menos. No se les permitía acercarse a Roma. Se regían por el derecho de gentes.

Status familiae

En cuanto a su condición dentro de la familia, las personas podían ser *sui iuris* o *alieni iuris*.

- *Sui iuris*: Es todo aquel que no está bajo la dependencia de otro. Es responsable de un patrimonio y es *paterfamilias*. El pater era la cabeza de la familia, pero en realidad era la mujer quien manejaba los asuntos de la casa.

- *Alieni iuris*: Son quienes no pueden actuar por sí mismos por cuanto están sometidos a la dependencia de otro (sea por la patria potestad, por la manus o in causa mancipi). Para los romanos la familia era *INAETERNUM* (eterna), ya que tenían en cuenta a los antecesores y a los futuros integrantes. Los miembros cambian pero la familia está siempre presente.

La capacidad de obrar

Distinta de la capacidad jurídica es la capacidad de hecho o de actuar, que es la aptitud reconocida al individuo que no se halle afectado por alguna expresa condición disminuyente de sus facultades intelectuales o volitivas de llevar a cabo actos idóneos para provocar efectos jurídicos.

Punto 2

Determinación de los factores que modifican la capacidad jurídica

a) Personas sui iuris y alieni iuris

Las personas *SUI IURIS* son aquellas que están en su derecho, ejercen el derecho por sí mismos.

Para quienes son ALIENI IURIS, los derechos son ejercidos por otra persona (por ejemplo, el padre respecto de los hijos o la esposa).

En cuanto a la calidad de Sui Iuris o Alieni Iuris, no tiene importancia la edad de la persona.

El esquema de la familia era:

b) La agnatio y la cognatio

La agnación se daba entre todos los que hubieran estado sujetos al poder de un individualizado pater. Se trata de un parentesco reconocido por el derecho civil y se basa en la adoración de los mismos manes (dioses del hogar). El pater se constituía en sacerdote del hogar (el hogar estaba representado por el fuego). El culto de familia era único. Los hijos de una mujer debían adorar a los manes de la familia de su padre. Pertenecen a la familia del padre sus hijos e hijas, sus nietos y nietas nacidas de un hijo varón, etc. El parentesco agnaticio es el más primitivo.

La cognación es el parentesco de sangre, natural. Tiene dos ramas: paterna y materna. Algunos parientes serán por agnación y cognación y otros sólo por cognación.

c) La edad

Se pueden distinguir las siguientes condiciones:

- Los infantes: niños que no pueden expresarse jurídicamente y no pueden por tanto celebrar por sí ningún acto o negocio jurídico.
- Los impúberes: aquellos que no tienen el desarrollo físico para engendrar (*potestas generandi*). La edad para alcanzar la pubertad fue establecida en 12 años para las niñas y 14 para los varones. A su vez, los impúberes pueden ser: **a)** *impúberes infantiae proximi* (aquellos aún asimilados a los infantes); **b)** *impúberes pubertati proximi* (aquellos niños mayores de 10 años y medio, y niñas mayores de 9 años).
- Los púberes: eran capaces para toda clase de actos y negocios jurídicos. Luego se estableció la *lex Plaetoria*, que sancionaba a quienes se aprovecharan de la inexperiencia de los menores de 25 años. Además, el pretor concedió a estos menores la *in integrum restitutio*, que establecía la nulidad del acto y obligaba a entregarse mutuamente las prestaciones intercambiadas. Pero finalmente esto favoreció tanto a los menores que nadie quiso hacer negocios con ellos, y se estableció que un curador los asistiría, y de esta forma no se podía luego alegar la inexperiencia.

d) El sexo

La mujer quedaba recluida al ámbito de la casa. No tenía participación en la vida política. Desde que nacía estaba sometida a la potestas. Si su pater moría quedaba bajo tutela perpetua. La única forma de dejar esa tutela era contrayendo *iustae nuptiae* y sometiéndose a la manus de su marido.

e) La insania

Pueden darse dos casos: **1)** el *furiosus*, que es aquel que tiene alteradas las facultades mentales; **2)** el *mente captus*, que es el insuficiente mental. La diferencia está dada en la posibilidad de intervalos lúcidos que tiene el primero (durante los cuales los actos realizados son válidos).

f) Condiciones sociales

Aquellos considerados en una posición social inferior: esclavos, prostitutas, actrices, etc.

g) La infamia

La infamia hacía perder el honor civil, modificando gravemente la capacidad. Impedía el acceso a las magistraturas, el voto en los comicios, y la actuación en juicio en lugar de otro.

- 1) *infamia censoria*: el censor, como cuidador de las costumbres, declaraba infame al ciudadano indigno.
- 2) *infamia consularis*: quien presidía los comicios rechazaba la pretensión de elegibilidad de un candidato.
- 3) *infamia praetoriana*: impedía actuar por otro en justicia.

En la época de Justiniano se establecen categorías de infames: los que ejercen profesión deshonesta (artistas de teatro o gladiadores), los que ofenden a la moral (bígamos, viudas que se casaran antes de cumplir un año de viudez), el condenado por prevaricato y calumnia o el que violó la confianza depositada en contratos regidos por la *bona fides* (comodato, depósito, sociedad, etc.).

Punto 3

Las personas jurídicas

La idea de persona jurídica radica en individualizar a determinadas organizaciones o sociedades que alcanzan a tener una vida jurídica independiente de la de sus miembros, de tal modo que se configura una persona capaz de tener patrimonio, ser acreedora o deudora, concurrir a juicio, etc., a la que se califica de *jurídica*. En Roma no existía una idea tan elaborada, pero aparecen los primeros lineamientos de esta concepción, como se advierte en las modalidades de las siguientes instituciones:

- El Estado Romano: engloba al conjunto de todos los ciudadanos. Aunque puede ser comprador, vendedor, arrendador, etc., no puede confundirse con una persona jurídica en la concepción actual.
- El Fisco: se formaba fundamentalmente con lo aportado en carácter de tributos por los habitantes de las provincias asignadas a su cargo. Se trataba de un patrimonio del Cesar, aunque no puede considerarse persona jurídica ya que por los privilegios de que goza, se encuentra por encima de las meras relaciones negociales privadas.
- Municipios: tenían sus propios órganos de actuación. El *municipium* participa de los actos jurídicos privados, pudiendo accionar y ser demandado judicialmente, por lo que aquí aparece más acentuado el parecido con las personas jurídicas.
- Asociaciones: engloba toda una serie de situaciones distintas, como las asociaciones de tipo religioso, los colegios sacerdotales, la universitas y el corpus, siendo estas dos últimas denominaciones más genéricas que abarcan asociaciones de oficios, gremios, etc. Estos son los casos que implican una noción más cercana al sentido moderno de personalidad jurídica.

Universitas personarum y piae causare. Normas que las rigen.

Universitas

El origen de las corporaciones data de largo tiempo atrás. Estaban permitidas siempre que sus fines no fueran contrarios a la moral.

Por la *lex Iulia* se reglamentó su funcionamiento, estableciéndose que:

- 1) debían contar en la reunión constitutiva con al menos tres miembros.
- 2) debían tener un estatuto que reglara el funcionamiento interno.
- 3) sus fines debían ser lícitos.

Cada una de estas asociaciones alcanza a constituir una individualidad que se mueve jurídicamente con independencia de los miembros que la sostienen. Las principales reglas de su funcionamiento son:

- 1) Respecto de los bienes: la *universitas* tiene su propio patrimonio, el cual no se confunde con el de sus miembros.
- 2) Respecto de las obligaciones: la *universitas* puede ser acreedora por sí misma, y aquello que se obtenga es para ella y no para los miembros; lo mismo en caso de ser deudora, pues la que debe es ella y no sus miembros.
- 3) Respecto de la actuación judicial: la *universitas* es actora y demandada por sí misma; obviamente, alguien debe actuar por cuenta ella, pero ese actor representa a la universitas y no a sus miembros, aún considerados globalmente.

Piae causare

Existió una institución llamada "*fundación*" en la que aparece un patrimonio afectado a la realización de un fin elevado. Hay un grupo administrador que aparece como titular de derechos y obligaciones, pero es el patrimonio en sí mismo el que cumple su vida jurídica realizando el fin propuesto. Así, un romano podía instituir en su testamento a alguien como heredero cargándolo con un *modus*, el cual podía consistir en el cumplimiento de un fin altruista (por ejemplo, distribuir alimentos a los pobres). En este caso se entendía que el heredero debía cumplir el *modus* impuesto, y si estaba asignado a ese fin piadoso (*pia causa*) un determinado capital, debía regentarlo como fiduciario que era de ese capital.

Unidad VII: El Negocio jurídico

Punto 1

Concepto

La expresión negocio (*nec*: no; *otium*: ocio) significó toda aquella operación de mercado con fin utilitario o económico, por oposición al *otium*, interpretado en el sentido de dedicación a las tareas del espíritu.

Los jurisperitos romanos centraron su atención sobre cada uno de los actos y negocios, aislándolos con gran precisión. Y aunque no hubiese elaborado una teoría del negocio jurídico, del conjunto de todas esas soluciones quedaron establecidas las bases para la construcción de una teoría general.

Algunos no distinguen acto jurídico de negocio jurídico, pero otros establecen la diferencia en que, mientras en el acto jurídico la voluntad actúa como un elemento cuyos presupuestos, modos y consecuencias están previamente establecidos por el derecho, en el segundo la voluntad juega más libremente, regulando las relaciones económico-personales de las partes.

Clases

Existen diversos criterios clasificatorios:

- Unilaterales o bilaterales: En los primeros, la existencia del acto o negocio dependerá de la voluntad de un solo sujeto: el testamento, la manumisión, la aceptación de una herencia. En cambio, en los segundos, la creación estará supeditada a un acuerdo (*consensus*) de dos o más sujetos: el matrimonio, la stipulatio, la sociedad.
- Solemnes o no solemnes: En los primeros el derecho prescribe la observancia de formas muy precisas. Son tales, en general, los correspondientes al *ius civile*: la mancipatio, la in iure cessio, etc. En los segundos existe carencia de formas o libertad para establecerlos. Son tales, en general, los del *ius gentium* o *ius naturale*: la compraventa, el mutuo, la locación.
- Onerosos o gratuitos: Los primeros suponen una ventaja económica que se adquiere por una contraprestación consistente en un desprendimiento patrimonial: la compraventa por ejemplo; en los segundos, la adquisición de la ventaja se realiza sin contraprestación: donación.
- Causales o abstractos: En los primeros la existencia de la causa aparece ineludiblemente unida a existencia del acto o negocio; por ejemplo, la compraventa, en la cual el fin tenido en vista es inseparable de aquélla. En cambio, en los segundos, si bien puede existir una causa, ésta se oscurece en un segundo plano de significación, no dependiendo la existencia del acto de su explicitación. Por ejemplo, en la mancipatio o la stipulatio, en las cuales lo que interesa es la realización de las solemnidades sin tener en cuenta el fin tenido en vista. La importancia de esta clasificación está en que si el acto o negocio es causal y la causa es ilícita, ello arrastrará la nulidad de los mismos; en cambio, si el acto o negocio es abstracto, la regla es que, en el mismo supuesto, producirá todos sus efectos, sin perjuicio de los remedios procesales que el pretor irá arbitrando a medida que transcurra la evolución del Derecho Romano.
- Inter vivos o mortis causa: los primeros son aquéllos que tienen eficacia en vida de las partes: la locación, el depósito, etc. Los segundos, en cambio, regulan sus efectos para después de ocurrida la muerte del disponente: el testamento, el legado, etc.

Requisitos

Se engloban dentro de los elementos esenciales de los negocios jurídicos. Son ellos:

- La manifestación de la voluntad: declaración que hace un sujeto de querer llevar a cabo un negocio jurídico. Para esto la persona debe ser capaz de hecho y de derecho. Para ser capaz, la persona deberá contar con **a)** Discernimiento: capacidad de distinguir; **b)** Intención: el sujeto debe querer realizar el negocio y cumplir con lo que hizo; **c)** Libertad: declarar la voluntad sin ningún tipo de presión.
- El objeto: es el contenido del negocio. Debe ser lícito, posible y determinado. Puede ser **a)** Material (res corporari), como por ejemplo los esclavos; **b)** Inmaterial (res incorporari), por ejemplo, los derechos.
- La causa: es el fundamento jurídico por el cual la ley le reconoce al negocio una protección legal. La causa debe ser jurídica (reconocida por el derecho).
- La forma: rige solamente para el caso de actos o negocios que sean solemnes. En algunos negocios la forma puede ser verbal; pero la ausencia de alguno de los requisitos implica la nulidad del negocio. Los negocios donde no son necesarias las formas se llaman NO FORMALES.

Formas de manifestación de la voluntad

La manifestación de la voluntad puede ser expresa (por medio de palabras, escritura y símbolos inequívocos) o tácita (ciertas conductas hacen que se presuma que existe la voluntad). En cuanto al silencio, en principio no tiene valor (si alguien propone un negocio a otro y éste guarda silencio, no significa que acepte). Pero luego se

da al silencio un valor positivo (si alguien declara algo y el otro no se opone, cabe entender que acepta).

Interpretación de los negocios jurídicos

Los negocios jurídicos deben ser interpretados para tratar de desentrañar su contenido y el alcance que los mismos tienen.

Interpretación Objetiva y Subjetiva

Se destacan dos aspectos que tiene la "manifestación de la voluntad": la voluntad como hecho interno, que responde a la pregunta "¿qué es lo que realmente quiso decir el que celebró el acto?"; y la voluntad como hecho manifiesto, que responde a la pregunta "¿qué es lo que realmente dijo el que celebró el acto?".

De acuerdo al primer aspecto surge un criterio *voluntarista*, que responde a una interpretación objetiva, y establece que si la declaración es susceptible de dos o más sentidos, el intérprete debe escrutar hasta donde le sea posible la voluntad interna del declarante.

Acorde al segundo aspecto, surge un criterio *declaracionista*, que responde a una interpretación subjetiva, y establece que hay que atenerse únicamente a la voluntad declarada, interpretándola de manera aislada de las motivaciones internas del declarante.

En un principio (*ius civile*) los negocios eran extremadamente solemnes y el único método interpretativo existente era el objetivo.

Luego (*ius gentium*) se comenzó a considerar la voluntad que impulsó al declarante a la realización del negocio, por medio de una interpretación más subjetiva.

La Causa Curiana

Surge a partir de un caso particular. Ocurrió que una persona hizo su testamento, y esperando que su mujer le diera a luz a un hijo, lo instituyó heredero, previendo que pudiera nacer después de su muerte (hijo póstumo). A su vez estableció una cláusula que se conoce como sustitución pupilar, que fijaba que en los casos en que el hijo instituido heredero falleciera antes de alcanzar la pubertad, el heredero pasara a ser M. Curio.

Una vez muerto el testador, el hijo esperado no nació, ya que la mujer no estaba embarazada. Entonces se planteó una controversia entre Coponio, que era un heredero *ab intestato* y M. Curio, el heredero sustituto. El alegato del primero, basado en la interpretación objetivista, se basó en que no habiendo nacido el heredero instituido, en realidad no había heredero y por ello caía el testamento. En cambio, el argumento del segundo –ejemplo de interpretación voluntarista o subjetiva– se basó en que la voluntad del testador estaba expresada por la adición de la sustitución pupilar, demostrativa del interés que tenía en que la herencia no pasara a sus agnados.

La causa tuvo mucha importancia, por cuanto fue juzgada ante el tribunal de los centumviro, que había sido tradicionalmente apegado a la interpretación por las formas, pero que en este caso se inclinó por Curio, interpretando la voluntad del causante.

La declaración de voluntad y la capacidad de obrar

La divergencia entre lo declarado y lo realmente querido puede dar lugar a la simulación.

Puede existir una simulación relativa, cuando se declara un negocio pero en realidad se tiene la voluntad de hacer otro distinto. Las partes quieren aparentar la ejecución de un negocio lícito, pero con miras a defraudar

la ley. También se puede tratar se una simulación absoluta, cuando se ha declarado un negocio pero en realidad no se ha querido hacer ninguno, por lo tanto el negocio es válido.

La forma de los negocios jurídicos

Se da en los negocios jurídicos cuando existen requisitos para que el mismo sea válido. En algunos negocios la forma puede ser verbal. La ausencia de alguno de los requisitos implica la nulidad del negocio. Los negocios donde no son necesarias las formas son llamados no formales.

Elementos del negocio jurídico: esenciales, naturales y accidentales.

Los elementos pueden clasificarse en tres tipos: esenciales, naturales y accidentales.

Esenciales:

Aquéllos sin los cuales no puede concebirse la existencia del negocio jurídico. También son llamados REQUISITOS.

Naturales:

Aquéllos que no resultan necesarios para concebir el negocio jurídico, pero que están en la naturaleza del mismo, así las partes no los mencionen. No obstante esto, por *no ser esenciales*, las partes podrían determinar expresamente su exclusión. Por ejemplo, un vendedor asegura que la cosa está en condiciones de ser usada.

Accidentales:

Aquéllos que se pueden lícitamente incorporar a un negocio jurídico, pero cuya existencia no se presume, sino que depende de la voluntad de las partes que los hayan o no querido incorporar. Los elementos accidentales incluyen las condiciones, el plazo y el modo, explicados más adelante.

Punto 2

Ineficacia de los negocios jurídicos. Clases. Causas.

Se distinguen dos supuestos: el caso de nulidad y el de anulabilidad.

- Nulidad: el negocio sólo tiene una mera apariencia de ser, pero en realidad carece de alguno de los elementos esenciales, razón por la cual se lo considera inexistente o totalmente inválido.
- Anulabilidad: el negocio existe y en principio produce los efectos jurídicos que se propusieron las partes, pero éstas pueden pedir su anulación, o decretarla el juez debido a un obstáculo jurídico existente y atendible. O, de otra forma, el negocio aún puede rescatarse.

Vicios de la voluntad: error, ignorancia, dolo, violencia.

Dentro de las causas de ANULABILIDAD se encuentran los vicios de la voluntad, que se dividen en **1)** vicios del discernimiento; **2)** vicios de la intención; **3)** vicios de la libertad.

Discernimiento

- Ignorancia: supone el desconocimiento total del derecho, o de lo que se está haciendo.

• Error: falsa noción sobre el contenido de la ley, o lo que se está haciendo. El error de derecho (desconocer o tener falsa noción de la ley) no es justificable, con excepción de los rústicos (gente de las zonas rurales), los legionarios (soldados), las mujeres (que no participaban de la sanción de las leyes), los impúberes al momento del negocio cuyos efectos le afectarían luego de su mayoría de edad. El error de hecho (sobre el contenido del negocio) es admisible cuando es esencial. Cuando es accidental, el negocio es válido. El error puede ser sobre el negocio mismo o sobre otros aspectos: **a**– *Error In Negotio*: se produce un total desencuentro entre lo que las partes han querido celebrar y lo realmente manifestado (A le vendió algo a B, y éste creyó que se lo daba en donación). **b**– *Error In Persona*: el negocio se realiza con una persona distinta de aquella con la cual se quería celebrar el mismo (A celebra un negocio con B, creyendo que en realidad era C). **c**– *Error In Corpore*: se realiza el negocio sobre un objeto distinto del que creía celebrarlo (se compra el campo A creyendo que se ha comprado el B). **d**– *Error In Substantia*: recae sobre las características esenciales del objeto del negocio (se compra algo que se cree es de un material o contiene determinada sustancia pero en realidad es de otra, como cuando se compra una botella de vino creyendo que contenía vinagre). **e**– *Error In Quantitate*: recae sobre la cuantía del objeto (creo comprar diez caballos y en realidad me venden cinco).

Intención

El vicio de la intención está dado por el dolo (realización de todo tipo de maniobra engañosa o astuta tendiente a provocar un estado de error en la otra parte del negocio).

• Dolo Bueno: normales artificios utilizados en los negocios (por ejemplo, el comerciante que le dice a una cliente que determinada prenda de vestir le queda bien, sabiendo que en realidad no).

• Dolo Malo: error que una parte provoca en la otra con la intención de hacerlo para perjudicarlo.

Para que exista dolo, éste debe provenir de la contraparte negociante y no de un tercero. Además las maniobras dolosas deben haber sido causa determinante de la realización del acto. También el dolo debe ocasionar un daño importante, y no debe mediar dolo de ambas partes.

Libertad

El vicio de la libertad se expresa con la violencia. Debe distinguirse violencia física de violencia moral (psíquica).

Los requisitos para que pueda decirse que existió la violencia son:

1) Amenaza injusta: preanuncio de querer hacer sufrir a otro un mal. En este caso no interesa si la amenaza proviene de uno de los negociantes o de un tercero.

2) Mal grave o inminente: debe existir un riesgo cierto y actual.

3) Dirigido a que la persona amenazada tenga que realizar el acto o negocio jurídico.

4) Amenaza seria: es decir, capaz de impresionar a una persona normal (no extremadamente cobarde).

–Temor reverencial: violencia ejercida desde un superior a un inferior.

Punto 3

Las condiciones

La condición es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la eficacia de un negocio

jurídico. La condición puede ser:

- a) Suspensiva: suspende el nacimiento del negocio hasta que se cumpla con los requisitos;
- b) Resolutoria: el negocio existe hasta que se cumpla la condición.

También puede ser:

- a) Positiva: la eficacia del negocio se subordina a la condición;
- b) Negativa: la eficacia del negocio se subordina a la no realización de un acontecimiento.

Además puede tratarse de condiciones:

- a) Posibles;
- b) Imposibles: el acontecimiento no se puede realizar a causa de un obstáculo que puede ser físico o jurídico, que hará que el negocio se considere nulo.

Otra clasificación es entre:

- a) Lícitas: aprobadas por el derecho;
- b) Ilícitas: reprobadas por el derecho.

Y además pueden ser:

- a) Casuales: la condición depende de un evento de la naturaleza o de la acción de un tercero;
- b) Potestativa: la condición depende del querer o de la actividad de la parte interesada;
- c) Mixta: la condición depende, en parte, de un evento natural o de un tercero, o de la actividad querida de la parte.

El plazo

El plazo o término es el acontecimiento futuro y objetivamente cierto del cual se hace depender el nacimiento o la extinción del negocio jurídico. Puede ser: **a) *Dies certus an certus quando***: se sabe con certeza que sucederá y se sabe cuándo sucederá ("te daré 100 a fin de año"). **b) *Dies certus an incertus quando***: se sabe con certeza qué ocurrirá, pero no se sabe cuando ("te daré 100 el día de la muerte de Ticio"). **c) *Dies incertus an certus quando***: no se sabe si ocurrirá, pero de ocurrir se sabe cuándo ("te daré 100 cuando cumplas 20 años"). **d) *Dies incertus an incertus quando***: no se tiene certeza si ocurrirá y tampoco la hay sobre cuándo ocurrirá ("te daré 100 el día que se case Ticio").

El modo

El modo o cargo agrega a una obligación otra obligación de carácter excepcional. Por ejemplo: "Que Ticio sea mi heredero, pero que en el fundo que recibe levante un monumento funerario en mi memoria". La diferencia entre el modo y la condición potestativa radica en que en la condición la eficacia del negocio queda suspendida hasta tanto se realice el hecho; en cambio, en el modo la disposición de la institución del heredero es de efecto inmediato.

Unidad VIII: El Procedimiento: Sistemas Procesales.

Punto 1

Evolución histórica del procedimiento judicial romano

El Derecho Romano puede definirse como un *sistema de acciones*. Acción es el poder jurídico de perseguir en juicio lo que es debido.

En Roma la *iurisdictio* (actividad de órganos del estado dirigida a formular y aplicar las concretas normas jurídicas que deben regular una determinada situación jurídica) es desde el principio y por largo tiempo considerada un poder personal del magistrado que no comprende la sentencia, es decir, compete a la *iurisdictio* dar el planteo pero no la solución del caso.

A partir del siglo I d.C. comienza a estructurarse como una función del estado cumplida a través de funcionarios jueces. Entonces la *iurisdictio* será más o menos asimilable a la de nuestros días, porque comprenderá también la facultad de emitir el *iudicium* o sentencia.

En un principio existía una moderada intervención del poder público en las controversias privadas. Luego esta participación se fue incrementando, pasando por tres etapas:

1º) Legitimación de la violencia de la defensa privada a través de modos de actuar con recaudos o condiciones controlados por una genérica opinión pública, es decir sin intervención de órgano estatal específico. Esta etapa es propia de los comienzos de Roma.

2º) La intervención, a requerimiento de las partes, del estado para controlar o disciplinar el accionar de la defensa privada, accionar que se irá estilizando o haciéndose simbólico, y para llevar, con previo encuadre jurídico, o sin él, a la instauración de un arbitraje a realizarse, sea con procedimientos ordálicos, sea con análisis crítico de las pruebas aportadas. Esta etapa corresponde al período republicano y alcanza su apogeo durante el Principado.

3º) Actuación cada vez más insoslayable de la administración estatal con control total y exclusivo del proceso hasta la decisión del caso mediante la sentencia. Esta etapa es exclusiva del Dominado.

Los pleitos privados se tramitaron, antiguamente, por medio del sistema de *legis actiones* (acciones de la ley). En el siglo II surge el sistema formulario. Luego, durante el Principado se generaliza que unifica las dos etapas anteriores.

Acciones.

La palabra *actio* significa "modo de actuar", y alude a los gestos y declaraciones rituales o solemnes, que, so pena de perder la instancia procesal, debían ser rigurosamente efectuados según prescribía la *lex*.

Antiguamente el *ius* se relacionaba con lo religioso.

División de las mismas

- In Rem: tienen que ver con los derechos reales (sobre las cosas).
- In Persona: tienen que ver con derechos personales o crediticios.
- Civiles: fundadas en el derecho civil. Características del derecho civil: estricto en cuanto a su aplicación y

estrecho en cuanto al campo de aplicación.

- Honorarias o pretorianas: introducidas por el pretor, fundamentalmente el peregrino.

- In Factum: de acuerdo a los hechos. A veces extendía en campo de aplicación de las acciones civiles a situaciones que no estaban comprendidas. Resolvían situaciones de injusticia que existían en las leyes. ACTIO IN FACTUM EX – LEY AQUILIA: resolvía situaciones de injusticia provocadas por la ley Aquilia.

Sistema de las Legis actionis.

De las acciones de la ley, tres son declarativas, es decir, tienden a la elucidación de una controversia, y dos son ejecutivas, es decir, tendientes a una ejecución que sancione una relación jurídica no controvertible pero no cumplimentada, por ejemplo, una deuda declarada judicialmente pero no pagada todavía.

Acciones Declarativas

1) Legis Actio Sacramentum: Acción general, por ser adaptable a cualquier controversia para la que no se hubiera prescripto un diverso modo de actuar. En origen era un juicio de Dios, ya que es la más antigua de las cinco, y en los primeros tiempos no existía una clara distinción entre lo jurídico y lo mágico-religioso.

Las partes en pleito debían presentarse ante el magistrado con un animal que ofrecían en sacrificio. Si lo que estaba en juego tenía un valor de 1000 ases o más, el animal que se debía sacrificar debía ser de ganado mayor (vaca, toro, etc.) y valer al menos 500 ases. Si se trataba de una cuestión menor, se debía entregar un animal menor, con un valor de 50 ases (chivo, oveja, etc.). Entonces, quien oficiaba el rito sacrificaba el animal, sacaba sus vísceras y definía si prevalecía la parte derecha (diestra), en cuyo caso se ganaba el pleito o la izquierda (sinistra), en cuyo caso el juicio se daba por perdido.

Aunque podía suceder que el magistrado no aceptara el animal, por lo que las partes debían llevar otro. Entonces, para evitar este manipuleo de animales, se estableció que las partes pagaran el valor del animal al pontífice, quien se encargaría de comprarlo. Más tarde, en la época de la República, dejaron de hacerse los sacrificios y dejó de tener valor la decisión del pontífice, y quienes comenzaron a dirimir los pleitos fueron los pretores. Como el trabajo de éstos era *ad honorem*, el dinero quedaba para el fisco. Pero luego surgió la cuestión de que el fisco no tenía participación alguna en el juicio, por lo que no había razón para entregarle el dinero; así que se estableció que quien perdiera el juicio debía pagarle a la otra parte.

2) Legis Actio Per Iudicis Arbitrive Postulationem: Era la acción de la ley por el reclamo de un juez o árbitro privado para pronunciarse sobre la cuestión. En los primeros tiempos debe haberse utilizado sólo para controversias sobre divisiones o delimitaciones de bienes, pero la ley de las XII tablas la aplicó a pleitos sobre créditos originados en la *sponsio*.

Las partes se convocaban ante el magistrado quien, dentro de los 30 días les designaba un juez o un árbitro. Este árbitro resuelve las cosas "como un buen padre de familia", conforme a su leal saber y entender. El juez debe decidir de acuerdo al derecho.

3) Legis Actio Per Conditionem: Esta ley fue introducida para el reclamo de sumas de dinero y cosas determinadas. El anterior plazo de 30 días es acortado a 10 días.

Acciones Ejecutivas

1) Pignoris Capio: No se llevaba a cabo ante un magistrado. Consistía en tomar en prenda una cosa del patrimonio del deudor. Por ejemplo, los soldados que estaban en campaña, cuando sabían que ya era tiempo de cobrar pero aún no se les había pagado, podían ir y tomarlo para cobrarse su *soldada* (sueldo). También se

usó en el sacramentum, cuando se rechazaba el animal, y el dueño del mismo, que generalmente, en lugar de llevarlo nuevamente a su corral lo dejaba suelto para que regresara solo lo perdía o alguien se lo robaba. Entonces podía ir y tomarlo.

2) *Manus Iniectio (echar mano a alguien)*: En la época primitiva, en caso de incumplimiento de la obligación, se respondía con la persona del deudor. Entonces, un particular tenía derecho, luego de haber llevado a su deudor ante el tribunal y de haber sido éste declarado addictus por el magistrado (si no había cumplido con la obligación luego de los 30 días de reconocida la deuda), a apoderarse de su deudor y llevarlo ante el magistrado, quien le preguntará si está decidido a pagar o si alguien podía ser su *vindex* (garante). Este garante podía hacer un nuevo juicio (no existía la apelación) y, si lo ganaba, el juicio anterior quedaba anulado, pero si perdía, el anterior seguía teniéndose en cuenta y se daba por perdido las dos veces. Pero si aún nadie pagaba por el deudor, el acreedor podía entonces llevárselo y tenerlo en custodia, con la consiguiente obligación de mantenerlo a él y a su familia, o retenerlo encadenado. Luego, durante tres días de mercado día llevarlo ante el magistrado, para que éste le reitera la pregunta sobre si va a cancelar la deuda, y además, si existían otros acreedores. Si aún así no se obtenía respuesta, se podía llevar al deudor fuera de la ciudad y venderlo como esclavo para repartir la ganancia entre los acreedores, o dejarlo dentro de Roma para hacerlo trabajar en su favor. Si uno de los acreedores recibía una parte mayor no se consideraba esto fraude, ya que no existe forma de medir si había puesto más o menos voluntad en el trabajo que realizó para cada uno. Otra opción era matar al deudor y repartirse las partes de su cuerpo.

Carácter e instancias

Las Partes

Sólo excepcionalmente era permitido participar en el proceso en lugar de otro: para hacer valer un derecho del pueblo romano contra un particular, para sostener el status libertatis de una persona reivindicada como esclavo, para perseguir por hurto a quien había robado a un romano prisionero del enemigo o ausente por causa pública o una persona sujeta a tutela.

In Ius Vocatio

Es la intimación verbal del actor a su contraparte para que ésta comparezca con él ante el tribunal. Ante la negativa podrá emplear la fuerza.

Etapas In Iure

Se llevaba a cabo ante el magistrado. El demandante debía recitar su reclamo necesariamente con las palabras sacramentales que figuraban en la ley o que le habían prescripto los pontífices o los jurisprudentes laicos consultados al efecto. Luego debía responder el demandado. El magistrado comprobaba que los ritos se llevaran a cabo correctamente.

Si se trataba de acciones declarativas en las que se debía llegar a la elucidación de una controversia, si el derecho del actor no había sido cuestionado por el demandado, el magistrado lo consagraba. Si había controversia las partes llamaban a terceros y se nombraba a un juez o árbitro. La *litis contestatio* fijaba los extremos de la controversia, y el juez debía referirse siempre a la situación jurídica existente en ese momento.

Etapas Apud Iudicem

En un lugar determinado se comenzaba exponiendo el pleito: el demandante convocaba a la otra parte ante testigos (vía pública), y debía llevar la cosa por la cual se discutía (si se trataba de una acción *in rem*. Esto debía hacerse antes del mediodía. Si una de las partes no se había hecho presente hasta ese momento, se le daba por perdida la causa; aunque el demandante podía ir a buscarlo por la fuerza. El juez analizaba las

pruebas y dictaba sentencia.

Esta etapa no presentaba las rígidas formalidades de la anterior.

Sentencia

Impugnable e inapelable, no necesitaba ser motivada.

Ejecución

Ante la falta de cumplimiento por la parte perdedora se debía recurrir a otro proceso: *legis actio per manus iniunctionem*.

Punto 2

Procedimiento formulario

Este procedimiento desplazó a las acciones de la ley (*legis actionis*) por desuso. Es un procedimiento escrito que consta de una doble instancia: primero ante el magistrado, y luego ante el juez. Aunque aún no existe la posibilidad de apelación, comienzan a aparecer las representaciones obligatorias (por ejemplo, el tutor representando en juicio a su pupilo).

El elemento principal del procedimiento es la *LITIS CONTESTATIO*.

Principios del mismo

El origen del procedimiento formulario se relaciona con la actividad del pretor peregrino. Este pretor no necesitaba ajustarse al sistema de las *legis actiones*, por lo que fueron desarrollando un tipo de proceso que seguía el esquema de arbitraje de las *legis actiones*, con sus dos etapas: la *in iure* y la *apud iudicem*. El pretor comenzó a plasmar por escrito la impostación de la controversia, a diferencia de la etapa anterior, en la que se utilizaban las formulaciones solemnes. Además el pretor tenía la posibilidad de actuar según su criterio, utilizando palabras adaptadas al caso concreto, en contraposición con las palabras determinadas (siempre las mismas) que se utilizaban en las *legis actiones*. Así surgió la FÓRMULA, que adoptaba formas más libres de organizar el proceso.

El pretor, en posesión de todos los recursos procesales y extraprocesales, se lanzará a una labor de profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convertirá a la *iurisdictio* en la fuente más original del Derecho Romano.

La *lex Iulia iudiciorum privatorum* dictada por Augusto suprime casi totalmente el sistema de las *legis actiones*, por considerárselo demasiado formal y poco flexible, e instituye el sistema de fórmulas, estableciendo que de aquí en adelante, todo juicio será justo si se cumplen las tres condiciones del proceso: que las partes sean ciudadanos romanos, que se celebre en Roma y que el arbitraje se someta a un único juez.

La fórmula y sus partes

La citación podía ser con una *ius invocatio* de efecto inmediato, pero se hizo más frecuente el *vadimonium*, compromiso de comparecer en determinada fecha ante el tribunal.

Ordinarias y extraordinarias:

Las partes de la fórmula se clasificaban en:

- Ordinarias: aquellas que deben existir en toda fórmula en general.
- Extraordinarias: son exclusivamente incluidas a pedido de las partes.

Ordinarias

- 1) *Demonstratio*: se establecía quién sería el juez, quién redactaría la fórmula, quienes eran las partes, y luego el relato de los hechos.
 - 2) *Intentio*: se establecía la finalidad perseguida por el iniciador del juicio;
 - 3) *Condemnatio* (condena): orden que el magistrado daba al juez para que condene (a pagar una suma de dinero) o absuelva;
- ó *Adiudicatio* (adjudicación): se adjudicaba una propiedad, una herencia, etc.

La parte demandante debía exigirlo justo, ya que si incurría en *pluspetitio* (pedir más) o *minuspetitio* (pedir menos), perdería el juicio.

El magistrado ordenaba a pagar al arbitrio, y establecía un precio mucho más alto que el valor real de la cosa, porque si la cosa tenía un alto valor afectivo pero un bajo costo, y el demandado se limitaba a pagar por ella al precio de mercado, no se estaba teniendo en cuenta el valor afectivo.

Extraordinarias

- 1) *Praescriptio* (pre-escrito): Se trataba de una aclaración que se establecía antes de comenzar el pleito, para evitar la *pluspetitio* o la *minuspetitio*. Por ejemplo, si alguien debía a otro \$500 y recibía en pago sólo \$200, en el juicio debía decirse que lo que él le había prestado eran \$500, y no sólo los \$300 que le restaban cobrar, ya que no podía mentir.
- 2) *Exceptio* (excepción): es introducida por el demandado, en defensa propia. Puede ser: **a-** *dilatoria* (pone fin al reclamo); ó **b-** *perentoria* (además de poner fin al reclamo, se establece que ya no se podrá volver a reclamar). Por ejemplo, si A le presta dinero a B y le otorga un plazo de 30 días para devolvérselo, pero luego, 15 días antes de que el plazo finalice le reclama el dinero, B puede utilizar una excepción.

La representación judicial

En el procedimiento formulario se admitió un tipo de representación, distinta de la actual, pues quien sustituía a cualquiera de las partes experimentaba en su persona los efectos del proceso. El nombre de la parte debía figurar en la *intentio* y el del representante en la *condemnatio*.

Procedimiento ante el pretor y ante el juez

Etapa In Iure

Presentadas las partes ante el magistrado, el demandante planteaba su pedido de acción sobre la base de una fórmula que proponía. El demandado concordaba con el planteo o reclamaba alguna alteración. El magistrado llevaba a las partes a un acuerdo en la redacción de la fórmula y en la elección del juez.

Se tiene, entonces, la *litis contestatio*, concretada en una formal propuesta y aceptación, de demandante y demandado respectivamente, de someterse al juicio en los términos en que se hallaba redactada la fórmula.

Con la *litis contestatio* quedaban determinados los derechos subjetivos deducidos en juicio.

Etapa Apud Iudicem

Es muy parecida a la de las *legis actiones*: el juez recibe en lugar público las pruebas y los eventuales alegatos de oradores de una y otra parte. Una vez valoradas las pruebas a su criterio, llega a la formulación de su parecer (*sententia*) ante las partes.

La sentencia

La sentencia demuestra si tiene razón o no el demandante, y los derechos que tiene, siendo de obligado cumplimiento, ya que el juez está revestido de auctoritas.

Actualmente los derechos están previamente establecidos.

Vías de Ejecución

En el caso en que el demandado no cumpliera con la sentencia se iniciará un nuevo juicio, en el que la condena será el doble que en el primero, y si tampoco cumpliera esta nueva sentencia, se produciría el embargo de los bienes, vendiéndoselos en subasta pública, tras la que el demandante cobrará la cantidad fijada en la sentencia. Si no se está de acuerdo con la sentencia, tanto en las *legis actiones* como en el procedimiento formulario, no es posible la apelación, ya que no existía una jerarquía judicial (todos los jueces eran iguales). Tan sólo hay una posibilidad de impugnar la sentencia, valiéndose de la *indicatio*:

- Por carecer el juez de capacidad.
- Por formularse la sentencia defectuosamente.
- Por ser su contenido imposible de cumplir.

En este caso, el demandante vuelve a demandar a la otra parte y éste dirá lo que ya había expresado anteriormente (efecto consuntivo), a lo que el demandante contestará que es verdad, pero presentará pruebas de que el juez anterior no tenía las condiciones idóneas para administrar justicia correctamente.

Las sentencias pueden ser de dos tipos: *declarativas* (el juez no condena, sino que se pronuncia sobre un determinado caso) ó *resolutorias* (son muy pocas, condenando o absolviendo al demandado).

La ejecución sobre la persona del deudor (*manus iniectio*) subsistirá pero se la irá sustituyendo con un procedimiento de ejecución sobre la totalidad del patrimonio (*bonorum vendictio*).

Punto 3

El procedimiento extraordinario

Se resume en una sola instancia, que se hace ante un funcionario público, delegado del emperador. Además aparece la apelación y se amplían las cuestiones probatorias: aparece la prueba informativa (a través de informes escritos) y las presunciones:

- Presunciones *Iuris Tantum*: hasta que se demuestre lo contrario. Por ejemplo, en el tránsito se establece que quien viene por la derecha tiene prioridad, pero si viniera pasando un semáforo en rojo, esto se consideraría una prueba contraria.

- Presunciones *Iuris Ete Iure*: no admiten prueba en contrario. Por ejemplo, cuando se emite el boletín oficial, se presume que todos lo han leído y tomado conocimiento de sus contenidos.

El procedimiento extraordinario da los lineamientos generales para nuestro derecho actual.

Sus características

Citación

La citación a juicio dejó de corresponder al demandante para ser una orden de compareción decretada por el oficial público con la alternativa de, en caso de no presentación del demandado, declararlo contumaz y seguir el juicio en rebeldía.

Desde el 322 a.C. se hizo obligatoria la *litis denuntiatio*, en la que el actor presentaba su pretensión y solicitaba al tribunal competente se diera curso a la instancia. Si el juez, tras analizar el caso, encontraba la *denuntiatio grave*, la comunicaba al demandado, quien debía, dentro de un plazo de cuatro meses, depositar en el tribunal su *libellus contradictorius*.

Actuación judicial

Comparecidas las partes o sus representantes en el día fijado, se planteaban en la audiencia, con la intervención de los *advocati* (llamados en consulta), las distintas posturas que llevaban a la formulación o definición de la controversia; eso constituiría la *litis contestatio*. Luego, en audiencias sucesivas se producía la prueba.

El proceso estaba desprovisto al máximo de formalidades. La lucha argumental entre las partes se prestaba a toda sorpresa y argucia, por lo que se hacía sentir más que antes la necesidad de abogados para asistirlos.

Característica del nuevo proceso es el deber del juez de sujetarse a criterios determinados para la valorización de las pruebas: así se patentiza con las *praesumptiones*.

Sentencia

Terminados los alegatos, analizados los resultados de la inquisitio, el juez emitía su *sententia* leyéndola a las partes. La sentencia, si no era absolutoria, consistía, de ser posible, en la condena de la precisa prestación debida más las expensas procesales.

Apelación

Los particulares, una vez terminado el juicio, podían someterlo a alta revisión, hecha por el emperador.

Antes, en el sistema formulario, uno sólo podía poner en cuestión un fallo defendiéndose al ser demandado en la consecuente *actio iudicati*. Ahora, en cambio, contra toda sentencia que no fuera en contumacia se podía apelar a una nueva autoridad superior, que volvía a examinar la causa.

Ejecución

El magistrado o funcionario puede hacer ejecutar su decisión por directa coacción de la fuerza pública. Es posible la prisión por deudas, pero se acostumbra que el personal del tribunal puede ser autorizado a tomar una parte suficiente del patrimonio del deudor y luego de dos meses venderlo para satisfacer al acreedor.

Unidad IX: Derechos Patrimoniales

Punto 1

Concepto y evolución histórica del patrimonio: Derechos reales y de crédito.

La doctrina moderna considera *patrimonio* al complejo de derechos (reales y de crédito, también llamados personales) y obligaciones de una persona. Es todo aquello con valor económico.

Los romanos no llegaron a una tan abstracta y precisa noción. En Roma el patrimonio era llamado HEREDITAS, la cual tenía contenidos económicos y no económicos, ya que junto a los bienes se transmitía el culto familiar.

En la época arcaica, sólo las cosas corporales se consideraban en la órbita patrimonial del poder del *paterfamilias*. Luego se incluyeron los créditos. Se llega así al criterio, más bien de carácter contable, del patrimonio como residuo de lo que resulta una vez deducidas las deudas.

De todos modos, el patrimonio llegó a quedar configurado en las concretas soluciones como una universalidad jurídica asignada como única al sujeto de derecho: **a)** el adquirente de un patrimonio en una *bonorum venditio* sustituye al antiguo titular en todas las relaciones jurídicas patrimoniales; **b)** en ese supuesto la unidad del patrimonio impone de regla la confusión del patrimonio adquirido con el anterior, propio del adquirente; **c)** el patrimonio resulta tutelado por medios procesales y extraprocesales distintos a los que tutelan las cosas, derechos y situaciones de hecho que lo integran.

Derechos reales

El concepto caracteriza al derecho real como un señorío inmediato sobre una cosa. Se habla también de una relación directa entre el sujeto y la cosa.

Los derechos reales se clasifican de la siguiente forma:

Derechos de crédito

El derecho personal o de crédito consiste en una relación entre dos personas determinadas, un sujeto activo (le compete una acción, la ley le otorga la facultad de exigir) y otro pasivo (padece el ser constreñido al cumplimiento de una prestación, tiene un deber).

La obligación que vincula a los sujetos puede provenir de un contrato o de un delito.

El deber jurídico no tiene contenido patrimonial, sino que es impuesto por la ley (por ejemplo: el deber de votar).

Comparación Derechos Reales – Derechos Personales

La relación jurídica	
Entre titular y todos los otros miembros de la comunidad.	Entre sujeto activo y pasivo de una obligación.
De quién se espera el deber que cumplimente el derecho subjetivo	
Sujeto pasivo indeterminado: todos constreñidos a un deber genérico de abstención. Ese deber se hace específico en el caso de los derechos reales sobre cosa ajena: los sujetos pasivos, entonces, quedan	Persona determinada desde el nacimiento del derecho, al quedar como sujeto pasivo por obligación originada de contrato, responsabilidad por acto ilícito, ley, etc.

determinados por su actual relación con la cosa: por ejemplo, los sucesivos dueños de un fundo sirviente.	
Contra quién se puede accionar	
Contra quien, eventualmente, interfiera en el ejercicio del señorío. La pretensión abstracta <i>erga omnes</i> (contra todos) se traduce o concreta en un poder de accionar contra el individualizado desconocedor o violador del derecho real.	Contra el deudor que no cumple en su oportunidad la prestación.
Objetos	
Cosas necesariamente determinadas y de existencia actual.	Pueden ser indeterminados. Se trata de actos ajenos que tienen interés patrimonial. En última instancia, gravitan sobre la masa patrimonial, prenda común de los acreedores.
Cómo es la relación con el objeto	
Inmediata, sin necesidad de colaboración activa de ningún sujeto.	Mediata, a través de un dar, un poner a disposición, un hacer o una específica abstención del sujeto pasivo.
Oponibilidad	
Absoluta, persecutoria y prioritaria o preferencial contra quienes adquieran con posterioridad cualquier derecho real sobre la misma cosa.	Relativa sólo al deudor y a sus herederos y concurrente con los otros créditos que obliguen al mismo deudor.
Estructura y contenido	
Debidos al ordenamiento vigente y no modificables por la voluntad de las partes.	Según las libres convenciones de las partes.
Tipos	
Sólo los taxativamente previstos por el derecho objetivo.	Tan variados como la imaginación pueda sugerir dentro de los límites de la licitud jurídica y moral.
Extinción	
Por acto unilateral (abandono).	Por los modos de extinción de las obligaciones.
Ventaja económica	
No se agota por el ejercicio del derecho: éste y la posibilidad de provecho tienen la misma duración.	Es un derecho de expectativa: se concreta la ventaja económica en el momento del cumplimiento de la prestación; se agota, entonces, el derecho.
Función económica	
Apropiación y disfrute de los bienes.	Organización jurídica de los servicios.

Punto 2

Las cosas y su clasificación según las fuentes romanas.

En el sentido jurídico, cosa es todo ente o porción limitada del mundo externo al sujeto, al que el pensamiento social ha reglado las condiciones de aprovechamiento o enajenamiento para evitar o solucionar los eventuales conflictos de intereses entre los sujetos.

El vocablo latino RES aparece usado en dos sentidos:

1. El restricto coincide, aproximadamente, con la definición anterior de cosa en la materialidad o corporeidad.
2. Otro, de menor relevancia, en el que se comprenden no sólo las cosas corporales sino también otras incorpóreas que aparecen reducidas a los iura, o derechos, tanto los reales como los personales.

Así, pues, todo lo que de aquí en adelante se diga a propósito de la clasificación de las cosas se referirá a las corporales.

Aparte de la distinción entre *res corporales* y *res incorporeales* los juristas romanos establecieron otras que se referían **a)** a la condición jurídica fundamental, o sea a la aptitud o susceptibilidad absoluta o relativa de ser objeto de relaciones patrimoniales, o **b)** a diferenciaciones impuestas por concepciones o estructuras de la primitiva sociedad romana, o **c)** a características o particularidades que el pensamiento social subraya especialmente, de manera tal que dan lugar a tratamientos o regímenes jurídicos distintos.

División de las cosas según su condición jurídica fundamental

• Res In Commercio – Res Extra commercium:

Son res in commercio las susceptibles de ser objeto de negocios jurídicos patrimoniales. Por el contrario, la condición de res extra commercium aparece en las fuentes romanas: **a)** en sentido absoluto, como propia de las cosas a las que el ordenamiento jurídico considera al margen de toda relación jurídica patrimonial; **b)** en sentido relativo, haciendo referencia a la imposibilidad de ciertas cosas de ser adquiridas por determinados sujetos o de, estando en el patrimonio de un determinado sujeto, ser alienadas.

• Res In Patrimonio – Res Extra Patrimonium:

Esta división tiene el mismo fundamento que la anterior, pero aparece también para caracterizar a las cosas según estén o no efectivamente en un patrimonio privado. Las *res extra patrimonium* son aquellas que, siendo susceptibles de ser objeto de relaciones patrimoniales, no lo son concretamente en un momento determinado (herencia yacente, *res nullius*, *res derelictae*).

• Res Divini iuris – Res Humani Iuris:

Las *res divini iuris* son aquellas consagradas a los dioses, y no pueden ser objeto de relaciones patrimoniales. Se dividen en *sacrae*, *religiosae* y *sanctae*: **a–** *Sacrae*: destinadas al culto de dioses superiores (templos, altares, etc.); **b–** *Religiosae*: dedicadas a las divinidades inferiores, específicamente a los manes de los difuntos (sepulcros); **c–** *Sanctae*: cosas puestas bajo la protección de los dioses mediante la ceremonia de la *sanctio* (muros y puertas de Roma y de los municipios romanos).

Las *res humani iuris* son consideradas al servicio de los particulares o de las comunidades, divididas en privadas y públicas: **a–** Privadas: son las ya caracterizadas como *res in commercio* o *res in patrimonio*, en su valor absoluto; **b–** Públicas: pueden ser *res communes omnium* (pertenecientes a todo el género humano,

como el aire, el mar, etc.), *res publicae* (pertenecientes al estado: ríos públicos, caminos, esclavos públicos, botines de guerra, etc.), o *res universitatis* (pertenecientes a *civitates* del Imperio en tanto personas jurídicas distintas del estado romano).

División de las cosas patrimoniales según concepciones o estructuras de la primitiva sociedad romana

• Res Mancipi – Res Nec Mancipi:

Res *mancipi* son las que en la Roma arcaica se consideraron objeto del *mancipium*: los fundos itálicos, ubicados en el *ager romanus*, las primitivas servidumbres rústicas sobre ellos, los esclavos y las bestias de carga y tracción (bueyes, caballos, mulas y asnos).

Res *nec mancipi* son todas las demás que se encuentran *in patrimonio*.

• Cosas Muebles – Cosas Inmuebles:

Cosas muebles con las movibles, las trasladables.

Cosas inmuebles son las que no pueden ser movidas, trasladadas de un lugar a otro. En el derecho arcaico se diferenciaba también a las *res soli* (cosas del suelo)

División de las cosas según determinadas características o peculiaridades:

• Cosas Consumibles – Cosas No Consumibles:

Consumibles son las que perecen, se gastan con el primer uso normal (alimentos, dinero).

No consumibles son aquellas cuyo uso normal no implica su destrucción, aunque produzca un cierto deterioro (una estatua, una casa, vestimentas).

• Cosas Fungibles – Cosas No Fungibles:

Fungibles son aquellas cosas que son consideradas en las relaciones patrimoniales no por su individualidad sino por pertenecer a un determinado género del cual importa solamente la cantidad (granos, vino, dinero, productos manufacturados en serie). Además pueden ser indiferentemente sustituibles por igual cantidad del mismo género.

No fungibles son las que tienen una individualidad propia tal que no pueden indiferentemente ser reemplazadas en su apreciación socioeconómica por otra cosa de un mismo género: una obra de arte, un esclavo, un fundo.

• Cosas Divisibles – Cosas Indivisibles:

Son divisibles las cosas cuando, fraccionadas, sus partes conservan la misma función económico-social que el todo (una suma de dinero, una cantidad de vino, de cereal).

Son indivisibles las que no pueden ser divididas sin que sufran cierto deterioro o mengua en su valor o función (una estatua, un edificio, un navío).

• Cosas Simples – Cosas Compuestas – Universalidad de Cosas:

Son simples las cosas unitarias de las cuales los usos socioeconómicos no tienen en cuenta la inevitable

pluralidad de los elementos constitutivos (un animal, una piedra, una viga).

Son compuestas las que, resultando de la unión o conexión de varias simples adquieren, en razón de una distinta y específica función económico-social, una entidad jurídica inmutable aunque aquellas partes integrantes sean parcial o totalmente sustituidas (una casa, un barco, etc.)

• Partes de Cosas – Cosas Accesorias – Cosas Principales:

Parte de una cosa es todo elemento (incorporado o no a la cosa) que tiene función necesaria y perpetua en la constitución o perfección de la cosa (tejas, clavos y puertas con respecto a una casa).

Cosa accesoria es la que tiene una mera función instrumental con respecto a la cosa principal, es decir, que es un medio para permitirle a ésta cumplir cabalmente su destino económico-social (esclavos, animales y útiles de labranza con respecto a su fundo).

Cosa principal es la que cumple una función por sí misma.

• Frutos o Productos:

Frutos son las cosas que producidas ordinaria y periódicamente por la cosa fructífera, no le alteran la esencia y constituyen entidades en sí mismas: la uva respecto del viñedo, la leña respecto del bosque, la lana y la leche respecto de la oveja; pero no los partos de las esclavas.

Además de estos frutos (llamados naturales), jurídicamente se consideran también frutos civiles los rendimientos o réditos que se lucran periódicamente en virtud de un negocio jurídico que tiene como objeto de una cosa: el alquiler producido por la locación de una casa, el canon pagado por la concesión de una explotación minera, el interés por el mutuo de una suma de dinero.

Los frutos naturales tienen distinto régimen jurídico según sean: **a)** pendientes, los adheridos a la cosa fructífera y, por lo tanto, inexistentes como cosa en sí; **b)** separados, por cualquier causa, de la cosa fructífera y, por lo tanto, con aptitud de ser objeto de relaciones jurídicas; **c)** percibidos los recolectados; **d)** no percibidos por negligencia del detentador de la cosa fructífera; **e)** existentes, todavía en poder del detentador de la cosa fructífera; **f)** consumidos, transformados o alienados por el detentador de la cosa fructífera.

Los frutos pueden ser: **a-** Naturales (se obtienen de la naturaleza); **b-** Industriales (la labor más importante es la mano del hombre); **c-** Civiles (la renta que da la cosa).

Los productos son aquellos que no se renuevan naturalmente, sino que se van agotando (por ejemplo, yacimientos).

Punto 3

La posesión: su concepto e importancia histórica en el Derecho Romano: teoría de Savigny, Von Ihering y Saleilles

Hoy en día se entiende por posesión la disposición de hecho sobre una cosa con la pretensión de tenerla como propia. No es un derecho, sino un hecho. Tiene dos elementos: *Corpus*, que es el goce de la cosa y el *Animus*, que es la intención de poseer la cosa. Se distingue de la propiedad (que es un señorío jurídico absoluto, el derecho más amplio que otorga la ley) y de la tenencia (mera disponibilidad de hecho pero sin la posibilidad de pretender conducirse como dueño respecto de ella o tenerla por sí con exclusión de cualquier otro; es el uso y goce de la cosa reconociendo la propiedad de la misma en otra persona). Normalmente la posesión coincide con la propiedad.

La doctrina de la posesión es uno de los más arduos problemas en el Derecho Romano.

Los romanos, a diferencia de otros pueblos antiguos, distinguieron tempranamente entre la posesión y la propiedad.

Los efectos jurídicos de la posesión son:

- a) Sirve de base a tres modos de adquisición de la propiedad: ocupación, tradición y usucapión.
- b) Fundamenta la legitimación pasiva en un proceso de reivindicación: el poseedor, como demandado, no debe proporcionar ninguna prueba; la otra parte debe probar su derecho de propiedad y si no tiene éxito la cosa sigue en posesión del poseedor.
- c) Cuando hay posesión de buena fe, hay derecho a la adquisición de frutos y se puede reclamar la cosa por la acción Publiciana como si se tratara de una propiedad bonitaria.
- d) La posesión está protegida contra los actos de perturbación (no contra reivindicaciones) por los interdictos posesorios.

Todos estos efectos jurídicos están vinculados con la subsistencia de la posesión: en cuanto ésta cesa aquellas consecuencias jurídicas, en principio, quedan eliminadas.

Antiguamente, la *legis actio sacramentum in rem* significaba una contienda en que ambas partes debían probar su mejor derecho a la cosa, y la posesión provisional de ella era confiada a cualquiera de las partes, sin tener en cuenta quién era poseedor cuando se había entablado el juicio. Pero en sus posteriores versiones, sólo el actor debe probar un derecho absoluto; el demandado, poseedor de la cosa, no debe probar nada, y conservará aquélla si el reivindicante no consigue ver reconocido su dominium.

El *usus* aparece, en los primeros tiempos de Roma, como el ejercicio de hecho de un poder de *mancipium* no correspondiente, según las *mores maiorum*, a quien lo ejercita. El ejercicio del *usus* por un cierto tiempo daba lugar a la adquisición del *mancipium* sobre las cosas, las servidumbres, sobre la mujer y sobre una herencia yacente.

Al margen del *mancipium* se encontraba la *possessio*, señorío permitido por la *civitas* a sus integrantes, sobre partes del *ager publicus* que no se hubieran otorgado en propiedad privada, es decir, sometido al *mancipium* de los patresfamilias. La posesión como hecho evolucionará hasta separarse de aquel señorío y evidenciarse como una institución referible a todas las cosas.

El *usus* y la *possessio* tendieron a unirse bajo el común denominador de recaer sólo sobre cosas corporales.

Existen diferentes sentidos del término *posesión*:

- Possessio Naturalis: No es una verdadera posesión, sino la designación del elemento material de la efectiva disposición, es la simple detentación de una cosa, sin el *animus possidendi*. Carece de relevancia jurídica y equivale a nuestra *tenencia*.
- Possessio ad interdicta: consta de dos elementos: el objetivo (*corpus*), consistente en la efectiva disponibilidad de hecho, y el subjetivo (*animus*), consistente en la intención de tenerla por sí, para sí, con exclusión de terceros. Se distingue la *possessio vitiosa* o *iniusta* de la *iusta*: *Vitiosa* es la que tiene origen violento, clandestino o precario respecto del anterior poseedor, ha sido tomada por la fuerza. También se distingue la *possessio bonae fidei* de la *malae fidei*: Es de buena fe cuando es ejercida con la convicción de no lesionar derechos ajenos.

• Possessio Civilis: es aquella que produce efectos sancionados por el *ius civile*; fundamentalmente la que tiene los requisitos para la *usucapio*.

Teoría de Savigny

Para Savigny el fundamento de la protección de ese poder fáctico de disposición sobre las cosas en beneficio de quien no es propietario, es la paz pública. Para evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos se otorgan interdictos a favor del mantenimiento del estado posesorio hasta que, eventualmente planteada la controversia de la legitimidad jurídica, el tribunal reconozca al titular no ya de la posesión, sino del *dominium*.

Teoría de Ihering

Para Ihering lo que se protege en realidad es la propiedad, que normalmente coincide con la posesión: "*la propiedad es la exteriorización de la posesión*".

Es verdad que la propiedad se protege por la reivindicación, pero ésta exige la prueba de ese derecho, prueba generalmente difícil. Los interdictos son comodísimos y fácilmente obtenibles por el poseedor, que nada tendrá que probar si contra él se intentase una reivindicación para hacer que la posesión coincida con el derecho de propiedad.

Teoría de Saleilles

Adquisición de la posesión

Se adquiere *corpore et animo*, es decir, con la aprehensión o entrada en el poder de disposición de la cosa y la intención de poseerla a título exclusivo.

En cuanto al *corpus*, la concesión materialista inicial se elastizó hasta no hacer necesario el directo o inmediato contacto con la cosa.

Una parecida atenuación se produjo con respecto al *animus*. El *sui iuris infans* no podía en la época clásica tener *animus*, pero Justiniano admitió que pudiera entrar personalmente en posesión con sólo la *auctoritas* de su tutor. También en el derecho clásico, sólo se podía adquirir la posesión por intermedio de otros cuando éstos estaban sometidos al *paterfamilias*. Pero Justiniano consideró que se podía adquirir por intermedio de personas extrañas aún no teniendo conciencia de ello o no teniendo posibilidad de voluntad: sólo era necesaria una posterior ratificación a lo actuado por el tutor, curador o procurador, respectivamente.

Pérdida de la posesión

Aparte de los casos voluntarios de pérdida de posesión y de la pérdida del *corpus* conviene destacar que se perdía la posesión por la muerte del poseedor, en el sentido de que no era transmisible a los herederos. En razón de deficiente capacidad intelectual no podía ser perdida *animo* (por voluntad) la posesión por el demente ni por el *infans*, salvo con la interposición de la *auctoritas* del tutor.

Tutela de la posesión

Para la jurisprudencia clásica los requisitos para la tutela fueron: el *corpus* o *corpore possidere* (es decir, una relación material o física de la persona sobre la cosa), y el *animus possidendi* (es decir, la intención de poseer la cosa para sí, defendiéndola de los intentos de terceros).

La tutela interdictal fue también otorgada a evidentes casos de tenencia a nombre de otro, en los que el título en virtud del cual se tiene la cosa impide la pretensión de poseerla a nombre propio (el del secuestro, el del

precario, el del pignus, el de la concesión el ager vectigalis, el de la enfiteusis y el de la superficie).

Interdictos

La defensa de la posesión se efectúa por medio de los interdictos posesorios. Éstos eran órdenes del magistrado a una persona determinada para que restituyera o exhibiera algo o se abstuviera de un proceder. Eran producidos sin verificación previa de los hechos invocados por el peticionante. Si la condición respondía a la realidad, la orden debía ser obedecida; si no, el destinatario podía ignorarla.

Los interdictos posesorios podían ser de dos clases:

- 1) Los de retener la posesión (*retinendae possessionis*), orientados al mantenimiento de la posesión. Se dividen en **a**– *Uti possidetis* (como poseéis): protegía al actual poseedor de un inmueble; **b**– *Utrubi* (en cual de las dos partes): protegía la posesión del que había poseído la cosa mueble durante la mayor parte del año anterior a la emisión del interdicto.
- 2) Los de recuperar la posesión (*recuperandae possessionis*), dirigidos a restablecer la posesión perdida por manejos de otros. Se dividen en **a**– *De vi* (por la fuerza): obligaba al que se había apoderado por la fuerza de un fundo o edificio, a restituirlo al poseedor despojado; **b**– *De vi armata* (por violencia a mano armada): obligaba a restituir el inmueble arrebatado a mano armada, aún cuando la posesión interrumpida hubiera sido viciosa y aún transcurrido cualquier intervalo temporal.

Unidad X: La propiedad

Punto 1

Concepto y evolución histórica de la propiedad romana.

La propiedad se presenta como el potencialmente más pleno y absoluto señorío jurídico sobre una cosa corporal. Señorío, porque hay un poder directo e inmediato sobre la cosa. Jurídico, no porque el derecho objetivo lo sanciona y protege, sino por su carácter ideal, que puede prescindir del efectivo poder o control sobre la cosa. Potencialmente más pleno y absoluto, por la plenitud de facultades. Sobre cosa corporal, porque era extraña a los romanos la idea de una propiedad sobre inmateralidades.

La propiedad puede considerarse como un sinónimo de dominio. Es un derecho que un sujeto ejerce sobre una cosa. Es el derecho más amplio que otorga la ley.

Existen escasísimas referencias de la existencia y modalidades de la propiedad en los tiempos arcaicos, pero de estos pocos indicios puede descifrarse el siguiente cuadro evolutivo:

1. En la etapa precívica parece haber habido un régimen colectivo de apropiación y disfrute de la tierra, una titularidad familiar sobre elementos de producción y sobre los rebaños y lo cosechado por el grupo, y una asignación a cada individuo de los bienes de uso individual. No hay todavía propiedad privada individual.
2. La primera referencia de propiedad privada en Roma nos la da la tradición que atribuye a Rómulo el haber distribuido entre los patres lotes que debieron haber constituido un pequeño huerto rodeando la casa familiar y que fueron transmisibles a los herederos. En el suelo romano de los primeros tiempos deben haber coexistido, pues, "propiedad" comunitaria abierta a los ganados de todos y la "propiedad" privada de cada grupo familiar.
3. Cuando la *gens*, en virtud de los procesos federativos que llevaron a la ciudad estado, fue perdiendo su carácter de unidad política autónoma, su señorío territorial se fue diluyendo en la soberanía que titularizaba la civitas y el dominio que sobre las tierras, antes de pastoreo comunitario, fueron desgajando las familias

agnaticias. Aunque aquel dominio familiar del suelo era más bien un perpetuo derecho de usufructo para la familia. El jefe de familia aparecía como el gerente de ese usufructo. Pero en tanto en los otros pueblos la tendencia individualista fue llevando a la idea de una copropiedad de los miembros que se tradujo en un cogobierno con el jefe de familia. En Roma, en cambio, se consolidó el manejo de la cosa familiar en las manos del pater, incluso extendiéndose su autoridad más allá de su muerte, al tener la facultad de designar a su sucesor.

4. Su *mancipium* (jefatura gerencial originaria) se fue caracterizando como un poder individual de disposición que fue obnubilando el sentimiento de que las cosas estaban afectadas a todo el grupo familiar. Había nacido la propiedad privada e individual.

5. Quedó definido así el *dominium ex iure quiritium* (propiedad quiritaria): **a)** titulariado sólo por un *sui iuris* romano; **b)** recayendo sobre cualquier mueble, pero sólo sobre inmueble raíz ubicado en territorio de la ciudad estado de Roma; **c)** sólo transferible, si se trataba de *res Mancipi*, por medio de una *mancipatio* o una *in iure cessio*. Se fueron configurando tres tipos de propiedad: **a)** la peregrina (cuando el titular no era ciudadano romano); **b)** la provincial (cuando el objeto era un fundo ubicado en el *ager publicus*); **c)** la bonitaria (cuando una *res Mancipi* simplemente tradicionalizada u otras *res* en otras hipótesis que le fueron asimiladas, no se consideraban comprendidas en el *dominium quiritario* de una persona, pero sí *in patrimonio* o *in bonis*).

6. Pero estos tres tipos de propiedad entraron en proceso de equiparación o unificación con la quiritaria.

Caracteres

- *Absoluta*: No porque no pueda haber limitaciones, sino porque todas las facultades del titular que no están taxativamente prohibidas o limitadas quedan indeterminadas e infinitas. También se vincula al carácter de absolutez esa tendencia de la propiedad sobre una cosa a ejercer una especie de atracción de la propiedad de las cosas que se le unan natural o artificialmente, lo que se concreta en la institución de la accesión.

- *Perpetua*: No se extingue por el no ejercicio, ni lleva en sí una causal de extinción, ni puede ser constituida por un plazo determinado. Sí, en cambio, puede pactarse que el adquirente debe retransmitirla al cabo de un tiempo al transmitente.

- *Exclusiva*: No se concibe una simultánea titularidad de dos o más sujetos sobre una misma cosa. Para superar esta imposibilidad se concebirá el condominio, basado en la coexistencia de varios derechos de propiedad de distintos sujetos, pero sobre partes alícuotas o ideales de una cosa.

Atributos (utilidades, funcionalidades de la propiedad)

- *Ius Utendi*: derecho de usar.

- *Ius Fruendi*: derecho de percibir los frutos.

- *Ius Abutendi*: no se puede abusar de la cosa. Hay disponibilidad jurídica absoluta.

Punto 2

Modos de adquisición de la propiedad del derecho civil y del derecho de gentes

Los modos de adquisición del *ius naturale* o *ius gentium* son comunes a todos los hombres, porque tenían su base en la razón natural. Los modos propios del *ius civile* estaban reservados exclusivamente a los ciudadanos romanos.

Otra clasificación moderna, aunque alejada del pensamiento romano es la de modos derivativos y modos originarios, según que el derecho se origine para su titular, con relación jurídico o sin ella, de éste con un precedente titular.

Modos Originarios

- *Ocupación*: Consiste en la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*), con la voluntad de tenerla como propia.
- *Accesión*: Bajo ese nombre se agrupan tradicionalmente varias hipótesis de unión entre cosas de distintos dueños, de las que una se considera principal y atrae para su dueño la propiedad de la otra u otras, consideradas accesorias. Un primer grupo de hipótesis lo constituyen las accesiones de inmueble a inmueble, debidas a los incrementos fluviales: **a) Aluvio**, cuando partículas de tierra llevadas por la corriente incrementan paulatina e insensiblemente un fundo ribereño; **b) Avulsio**, cuando una porción de tierra impulsada por la corriente se adhiere en forma estable a un fundo ribereño; **c) Insula in flumine nata**, cuando aflora una porción de tierra en medio del río. Un segundo grupo de hipótesis se refiere a la accesión de muebles e inmuebles: **a) Plantatio y seminatio**, cuando hay adquisición irrevocable de las semillas germinadas y plantas arraigadas; **b) Inaedificatio**, cuando se produce la adquisición para el dueño del fundo de la propiedad de los materiales de construcción era preservada al dueño de ellos. Un último grupo de hipótesis concierne a la accesión de muebles a muebles: **a) Plumbatura. Ferruminatio**: según que la adhesión de cosas metálicas ocurra con intermediación de otro metal o sin ella, la adquisición se considera revocable o irrevocable respectivamente; **b) Scriptura, tinctura**: los materiales de escribir y de teñir acceden al material escrito o teñido; **c) Pictura**: la tela o tabla pintada accede a la pintura; **d) Textura**: Se considera revocable la adquisición de los hilos por parte del dueño del cañamazo o de tela bordada.
- *Especificación*: Para que pueda plantearse el problema de si existe o no especificación (adquisición por transformación en una especie nueva) se requiere: **1)** transformación en una especie nueva. **2)** efectuada por quien no es el dueño de la especie original. **3)** sin consentimiento del dueño. **4)** con el ánimo de tenerla para sí. Los sabinianos entendían que la especie nueva seguía perteneciendo al dueño de la materia original: no hay, pues, especificación. Los proculeyanos, que el autor de la nueva especie la ha adquirido: hay especificación. Se distingue entre *confusio* (mezcla de cosas líquidas o en fusión) y *commixtio* (mezcla de cosas sólidas).
- *Adquisición de los frutos naturales*: El problema se plantea a partir de la separación de la cosa fructífera; sólo entonces tienen una individualidad propia, pues estando pendientes forman parte de la cosa. Por regla general son adquiridos por el dueño de la cosa fructífera, pero a veces por terceros que tienen sobre ella algún derecho real, o personal, o la poseen de buena fe. Por la simple separación (*separatio*) los adquieren los enfiteutas y los poseedores de buena fe. Por percepción (*perceptio*) adquieren los usufructuarios y los arrendatarios.
- *Usucapio*: Es el modo de adquisición mediante la posesión por un cierto tiempo y con concurso de otros requisitos. La usucapio no podía recaer sobre cosas furtivas (objeto de *furtum*).

Modos Derivativos

- *Mancipatio*: La mancipatio es el negocio jurídico más característico y versátil del Derecho Romano. Fue el modo de adquisición por excelencia. En el caso de la transferencia del *dominium ex iure quiritum* nacía simultáneamente a cargo del alienante la obligación de la auctoritas, garantía al adquirente de intervenir y responsabilizarse si un tercero reivindicase la cosa.
- *In Iure Cessio*: Consistía en una estilizada ficción de reivindicación. El propietario y la persona a quien se deseaba transferirle el *dominium* se presentaban ante el magistrado. Entonces, el que pretendía adquirir, reivindicaba falsamente la cosa; el alienante, en vez de oponer su *contravindicatio*, callaba y con esto

otorgaba la pretensión invocada.

• *Tradición*: Es la puesta a disposición de la cosa por el alienante al adquirente. Para que es transferencia material implicara transferencia del derecho de dominio se requería: **a)** que la cosa fuera *res nec Mancipi*; **b)** que estuviese en el *dominium ex iure Quiritium* del tradente; **c)** que éste quisiera efectivamente transferirla a la contraparte y ésta aceptarla; **d)** que existiese una *iusta causa traditionis*, es decir, una situación o relación jurídica que, de acuerdo con el derecho objetivo, fuera apta para justificar la transferencia del dominio.

• *Adiudicatio*: Es el pronunciamiento del juez en juicios divisorios en el que se atribuye a primitivos condóminos la propiedad exclusiva sobre las distintas porciones en que se ha dividido l cosa común.

• *Litis aestimatio*: Tiene lugar como adquisición de la cosa litigiosa a favor del poseedor o tenedor que, habiendo perdido el juicio, en vez de restituir la cosa, prefiere pagar la condena pecuniaria según la *litis aestimatio* y quedarse con la cosa.

Punto 3

Pérdida de la propiedad

Las instituciones de defensa de la propiedad eran:

a) contra la violación total del derecho, la reivindicación y la *actio Publiciana*.

b) contra la violación parcial del derecho, la *actio negatoria*.

c) contra amenazas a la integridad material de la cosa, la *actio finium regundorum*, la *operis novi nuntiatio*, la *cautio damni infecti*, la *actio aquae pluviae arcendae* y el *interdictum quod vi aut clam*.

Punto 4

El condominio

Es la coexistencia de dos o más titulares del derecho de propiedad sobre una cosa; una comunidad jurídica de dos o más personas que son condóminos de una misma cosa. Refleja una porción ideal (no material) de la cosa.

Primitivamente, la única forma de condominio era el *consortium erecto non cito*, que se constituía automáticamente entre los descendientes sometidos a la inmediata patria potestad del pater, cuando éste moría. El patrimonio familiar (hereditas) se transmitía en conjunto al nuevo pater.

Surgió luego un nuevo tipo de condominio basado en la idea de que el derecho de cada uno a la totalidad e la cosa está limitado por el concurrente derecho de los otros a una porción o cuota ideal, que acrece automáticamente ante el abandono que de las cuotas ideales realicen los condóminos; por ejemplo, si alguien manumite a un esclavo común, éste sigue en propiedad de los otros condóminos, ahora con sus cuotas acrecentadas en proporción.

Siempre está el derecho a poner fin al condominio, concebido como temporal, por lo que no se admitía un pacto de perpetuidad. Lo más común era la *actio communi dividundo* para un condominio no resultante de una herencia.

Puede ser el condominio:

- legal o forzoso: obligatorio por la ley (por ejemplo, herederos hasta que se reparta la herencia).
- convencional o voluntario: por voluntad propia de las partes.

Punto 5

La rei vindicatio

Es la acción del que pretende ser propietario *ex iure quiritum* y que no se halla en posesión de la cosa contra el poseedor, para lograr la restitución de ella o el pago de su valor.

El condómino podía reivindicar sólo por su cuota parte.

En los primeros tiempos la reivindicación se tramitaba con la *legis actio sacramentum in rem*, en la que ambas partes debían afirmar y probar su derecho de propiedad.

En el procedimiento *per sponsionem*, el actor se hacía prometer, por una *sponsio* del demandado, que éste le pagaría una suma si el actor era reconocido como propietario quiritario de la cosa.

Pero lo corriente a partir del período clásico fue la fórmula petitoria *vel arbitraria*, en la que también sólo al actor incumbe la prueba de su derecho de propiedad: si el demandado tiene la *possessio ad interdicta*, queda con la cosa si el actor no prueba su derecho. Si, por el contrario, lo prueba, el juez ordena en la cláusula arbitraria devolver la cosa y efectuar ciertas restituciones accesorias. Si el demandado no lo hace, tiene lugar la clásica condena pecuniaria con una estimación por juramento del actor.

La cosa reivindicada debía ser restituida con todo cuanto el actor hubiere tenido si le hubiera sido devuelta en el momento de la *litis contestatio*, a saber: **a)** la cosa reivindicada y sus accesorios; **b)** los frutos percibidos desde la *litis contestatio* y los que se dejaron de percibir por negligencia; **c)** los percibidos antes, de existir todavía; **d)** los percibidos o dejados de percibir antes, si se trataba de un poseedor de mala fe; **e)** las indemnizaciones por los daños ocurridos desde la *litis contestatio* por el dolo o la culpa de un poseedor de buena fe; **f)** las indemnizaciones por daños anteriores debidos a dolo o culpa, aún cuando ésta sea leve, y por daños posteriores, incluso si éstos se debieran a causa fortuita, si se trataba de un poseedor de mala fe.

El propietario reivindicante debía, a su vez, resarcir los gastos hechos por el poseedor en razón de la cosa. **a)** los gastos necesarios (sin los cuales la cosa hubiera sufrido daños) deben ser reintegrados al poseedor de buena fe; **b)** los gastos útiles que han producido un mayor valor objetivo de la cosa deben abonarse al poseedor de buena fe en el monto del mayor valor producido; **c)** los gastos voluptuarios que no han añadido un valor objetivo a la cosa no dan lugar a resarcimiento, pero sí a llevarse las cosas en que se concretaron.

Punto 6

La propiedad bonitaria y la actio Publiciana in rem

La acción Publiciana se otorga a quien ha perdido la posesión de una cosa que estaba en tren de usucapir, para que pueda recuperar dicha posesión.

Es una acción ficticia: el pretor indica al juez que haga de cuenta que el plazo de la usucapio ha transcurrido y que sólo constate que los otros requisitos se hayan dado en una posesión.

La acción Publiciana puede ser ejercitada por **a)** el propietario *bonitario* en razón de haber recibido tradición *ex iusta causa* de una *res Mancipi*; **b)** todo poseedor a *non domino* (no de parte del dueño de la cosa); **c)** el propietario *quiritario*, que necesitará una prueba más fácil que si intentara una *reivindicatio*.

A- El propietario bonitario: El adquirente de una res mancipi, no había adquirido el dominio quirritario por falta del acto legítimo (*mancipatio* o *iure cessio*), pero tenía todas las condiciones para usucapir. Su riesgo era perder la posesión antes de cumplido el plazo de la *usucapio*. El pretor le protege el derecho sobre la cosa, que tiene in bonis (en su patrimonio), acordándole la acción Publiciana, tanto contra cualquier tercero poseedor de la cosa como contra el mismo propietario quirritario que se hubiere posesionado de ella.

B- El poseedor de buena fe a non domino: La acción Publiciana fue extendida luego para todo adquirente *ex iusta causa* que por falta de título del enajenante no hubiera alcanzado inmediatamente la condición de dominus. También a los casos en que el pretor concedía la posesión de cosas singulares o de patrimonios (*bonorum possessio*, *bonorum emptio*, etc.).

C- El propietario quirritario: Éste puede utilizar la acción Publiciana con la ventaja de que la prueba a rendir es menos exigente que la necesaria para la reivindicatio.

Unidad XI: Las Servidumbres

Punto 1

Concepto y evolución histórica

En el Derecho Romano hay algunos derechos que coexisten con la propiedad, comprimiéndola toda vez que le desgajan específicos contenidos, pero que, cuando cesan, la propiedad elásticamente los recupera.

Son derechos limitados sobre cosa ajena: si la cosa fuera propia del titular ese derecho se extinguiría al confundirse en la absolutez del derecho de propiedad. Se dividen en **A)** servidumbres y **B)** derechos reales pretorianos.

Concepto de servidumbre

Para el derecho clásico era la sujeción jurídica permanente de un fundo para proporcionar determinado beneficio a otro fundo ajeno, constituida de una vez por los respectivos propietarios.

En el derecho justiniano, la categoría de servidumbre se alarga con la inclusión de las equívocamente designadas servidumbres legales y de los antiguos derechos de usufructo, uso, habitación y operae servorum.

Estos últimos son involucrados en la categoría de las que se llamarán servidumbres personales, frente a las servidumbres del período clásico, que ahora se las llama prediales o reales.

Sus clases. Caracteres diferenciales

A pesar de esa unificación sistemática existen significativas diferencias entre las servidumbres prediales y las personales.

Servidumbres personales	Servidumbres prediales
Establecidas en beneficio de una determinada persona.	Establecidas para una objetiva y permanente utilidad de un fundo vecino.
Temporales: se extinguen, en principio, con la muerte del titular.	Perpetuas.
Pueden tener como objeto bienes muebles o inmuebles.	Sólo tienen como objeto inmuebles.

De todos modos, resultaron comunes a las dos categorías los siguientes principios, formados en relación con una u otra:

a) *Nulli res sua servit* (para nadie hay servidumbre de la cosa propia): En el derecho de propiedad va a confundirse el derecho real limitado cuando coinciden en un mismo titular.

b) *Servitus in faciendo consistere nequit* (la servidumbre no puede consistir en un hacer. Lo que la servidumbre impone al propietario del fundo gravado es un padecer o soportar (*pati*) el ejercicio de la servidumbre, o un no hacer (*non facere*)).

c) *Servis servitutis esse non potest* (no puede haber servidumbre de una servidumbre). Este principio se originó en la imposibilidad de establecer un usufructo sobre una servidumbre predial (*fructus servitutis*).

Constitución de las servidumbres

Según el *ius civile*, las servidumbres deben ser constituidas por ciudadanos romanos, sobre *ager romanus*, es decir sobre fundos itálicos, y por medios idóneos.

Además de los modos del *ius civile*, el pretor admitió otros, especialmente en el caso de los fundos provinciales. Se reconocieron servidumbres establecidas *pactionibus et stipulationibus* (con pactos y estipulaciones).

Desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, la *stipulatio* queda como modo general de constitución de las servidumbres.

Extinción de las servidumbres

La servidumbre predial tenía carácter perpetuo porque no podía contener ni plazo ni condición resolutoria, pero podía extinguirse por ciertos hechos sobrevinientes:

a) Por confusión: ambos fundos se encontraban bajo el dominium de una misma persona, el propietario del fundo sirviente y el del fundo dominante era el mismo (por ejemplo, si el dueño de un fundo compra el otro).

b) Por renuncia: concretada en la abstención de defensa frente a una acción negatoria. El propietario del fundo dominante puede renunciar a la servidumbre, no así el del fundo sirviente.

c) Por el non usus: Si la servidumbre no era utilizada durante dos años consecutivos se perdía el derecho a ella. En el caso de la servidumbre urbana de edificar sólo hasta determinada altura, se extingue por la conducta pasiva del fundo dominante ante una conducta contraria del fundo sirviente (por ejemplo, si el sirviente no podía edificar más de diez pisos y lo hace, pero el propietario del fundo dominante no protesta, entonces significa que lo acepta).

Punto 2

Servidumbres reales: a) rústicas; b) urbanas

Son derechos reales sobre cosa ajena consistentes en una sujeción jurídica permanente de un fundo en beneficio de otro. Derechos transmisibles, en su aspecto activo y pasivo, a los sucesivos propietarios del fundo dominante y del sirviente, respectivamente, como cualidades inherentes e inseparables de los fundos.

Las servidumbres debían ser útiles (sólo podían ser ejercitadas en la medida de la estricta utilidad del fundo o edificio que era beneficiado por la servidumbre), inalienables (la servidumbre es inherente al fundo, por lo

tanto, se transmite con éste y no puede enajenarse separadamente), indivisibles (no puede surgir ni extinguirse por partes), de causa perpetua (los fundos deben presentar condiciones objetivas tales como para que la utilidad sea permanente, toda situación transitoria o artificial escapa al ámbito de la servidumbre), posibles (el ejercicio de la servidumbre debe ser posible, para lo cual puede ser indispensable la contigüidad de los fundos) y perpetuas (en el período clásico se excluían las servidumbres temporáneas).

Dentro de una servidumbre, los frutos (por ejemplo, las crías de un animal) pertenecerán al usufructuario, y los productos (por ejemplo, los hijos de una esclava), pertenecerán al propietario.

Servidumbres rústicas

Son las que responden a exigencias agrícolas de la producción de frutos. Las más antiguas fueron la de acueducto (derecho de derivar agua o conducirla a través del fundo sirviente) y las tres de paso: *iter* (derecho de pasar a pie o a caballo), *ductus* (de arrear el ganado), *via* (de transportar materiales con carro a través de un camino construido dentro de ciertas medidas). Otras servidumbres rústicas se refieren al pastoreo o abrevadero de bestias empleadas en el cultivo del fundo dominante, a la extracción de creta o arena en la medida estricta de las necesidades del fundo dominante.

Servidumbres urbanas

Son las que corresponden a exigencias edilicias de sostén, iluminación, vistas, a favor de un edificio. Las más frecuentes fueron las de dejar caer del techo el agua pluvial directamente sobre el fundo sirviente, las de desagües, las de apoyar o introducir vigas en el muro del fundo sirviente, las de asegurar luz y vistas (con la abstención de construir a más de cierta altura o distancia), etc.

Punto 3

Servidumbres personales

En oposición a las reales, el derecho justiniano comprende los siguientes *iura in re aliena*: usufructo, uso, *habitatío* y *operae servorum*.

Elementos constitutivos del usufructo, del uso, de la habitación y de las operae servorum

• Usufructo

El usufructo es un derecho a percibir para sí los frutos de una cosa ajena, dejando a salvo su sustancia, es decir, sin poder alterar la estructura ni el destino económico de la cosa.

Reconocida a una persona el derecho de percibir los frutos (*fructus*), había que presuponer un cierto poder de manejo (*usus*) de la cosa: "*fructus sine usu esse non potest*" ("no puede haber disfrute sin el ejercicio de un poder de manejo"). De todos modos, ese *usus*, ejercitado con pleno reconocimiento del dominium del propietario, no podía configurar una posesión; era una simple tenencia de la cosa fructífera.

Al titular de la *nuda proprietas* (como se llamó al dominium al que se le había deducido un usufructo) le quedaba el derecho de disponer de la cosa y aún de gozarla en los límites en que no obstaculizase el *usus* y el *fructus* del usufructuario.

El usufructuario hacía suyos los frutos (las crías de los animales, pero no los partos de las esclavas; las adquisiciones resultantes de los servicios del esclavo sí, pero no de las herencias o legado recibidos por éste, los que al igual que los partos de las esclavas pasaban a pertenecer al nudo propietario).

Las características del usufructo son:

- a-** Correlación con el destino económico de la cosa: el destino dado a la cosa por el propietario era el encuadre del derecho del usufructuario, quien no podía producir modificaciones en la estructura o destino económico de la cosa.
- b-** Carácter personal: en razón de su conexión con una persona, la servidumbre terminada cuando aquélla dejaba de existir o cuando sufría una *capitis deminutio*.
- c-** Carácter temporal: El usufructo, o estaba constituido a término, o duraba hasta la muerte del usufructuario.

Régimen del usufructo: los modos de constitución y extinción y los medios procesales guardan estrecha analogía con los de las servidumbres prediales.

Cuasi usufructo: El usufructo, por su requisito de dejar a salvo la esencia o sustancia de la cosa, sólo tuvo como objeto cosas no consumibles. Tanto era así, que en el caso de usufructo sobre un patrimonio, o una cuota parte de un patrimonio, se consideró no incluidas en el usufructo las cosas consumibles. Luego, en la época de Tiberio, un senadoconsulto estableció que se podían incluir en el usufructo de un patrimonio derivado de un legado (en ese caso, el legatario usufructuario se comprometía a restituir otro tanto igual a lo recibido).

Uso

El *usus sine fructu* (ejercicio del poder de manejo pero sin disfrute) de una cosa consistió en la facultad de usar una cosa dentro de los estrechos límites de las necesidades propias o familiares.

Difería del usufructo no porque estuviera excluida la percepción de frutos, sino porque no otorgaba derecho a la totalidad de los frutos; sólo lo otorgaba a aquello *quod ad victum sibi suisque sufficiat* (que sea suficiente para la subsistencia suya y de los suyos).

El régimen del derecho de uso es idéntico al del usufructo.

Habitación (habitatio)

Era un derecho real que facultaba a su titular a habitar una casa de otro y aun a darla en locación a terceros.

Operae Servorum

En el derecho justiniano era un derecho real que facultaba a valerse de la actividad (*opera*) de esclavos ajenos y aún a locarla.

Los juristas clásicos lo asimilaban a usufructo, Juliano al uso. Justiniano lo consideró una institución distinta de naturaleza especial.

Punto 4

Acciones tutelares de las servidumbres

Se obtiene el reconocimiento de la servidumbre por medio de una *vindicatio servitutis* (reivindicación de servidumbre), llamada por Justiniano *confessoria*, por contraposición a la *actio negatoria*.

- La acción negatoria consiste en negar la existencia de la servidumbre (se debe comprobar en todos los

papeles existentes).

- La acción confesoria establece que si existe una servidumbre y el propietario del fundo sirviente no permite al dominante ejercerla, éste puede accionar para restablecer la servidumbre y eliminar el obstáculo que no le permite hacer libre uso de ella.

Unidad XII: Derechos Reales Pretorianos

Punto 1

Enfiteusis y superficie

La enfiteusis y la superficie se consideran, dentro de los derechos reales pretorianos (aquellos creados por los pretores), como pertenecientes al grupo de los derechos reales de goce.

Enfiteusis

–Concepto: es un derecho real sobre cosa ajena a fin de que alguien pueda usar y gozar de un inmueble a perpetuidad o a largo plazo, mediante el pago de un canon anual.

–Sujetos:

- Nudo propietario: no se desprende de la cosa, manteniendo su propiedad.

- Enfiteuta: es el beneficiario (quien recibe el beneficio). Puede modificar la esencia de la cosa, ya que el período de duración de la enfiteusis es considerablemente extenso.

La razón del largo plazo es que se debe esperar un tiempo suficiente para esperar a obtener los frutos.

–Riesgos de la cosa: se discutió si se debía pagar o no el canon durante el período en el cual la cosa sufriera deterioros parciales (por ejemplo, granizo). Luego se estableció que se debía pagar de todos modos. Sólo si la destrucción era total (por ejemplo, por un terremoto), no se pagaba.

–Extinción: la enfiteusis se extinguía por la cesación del pago durante 3 años consecutivos.

–Transmisión: podía hacerse de dos formas: **a) mortis causa**: si el enfiteuta muere, la enfiteusis se pasa a sus herederos; **b) inter vivos**: se debe consultar al propietario para que autorice a transmitir. Si éste acepta, se fija el precio que pagará el nuevo enfiteuta al anterior y se le daba un porcentaje del 2% al propietario. Si el anterior enfiteuta no desea cobrarle al nuevo, el 2% del valor se le paga de todas formas al propietario. Si el anterior enfiteuta se negaba, debía pagarle al propietario lo que el nuevo enfiteuta le hubiese pagado.

–Diferencias entre enfiteusis y usufructo: **a)** el enfiteuta puede transformar o alterar las condiciones o el destino económico del fundo; **b)** el usufructo se extingue con la persona de su titular, en cambio la enfiteusis es transmisible a los herederos y puede ser cedida siempre que se haya ofrecido una preferente opción al nudo propietario para que pueda quedarse con la enfiteusis por el mismo precio ofrecido por ella o recibir un 2% de ese precio; **c)** el enfiteuta adquiere todos los frutos separados, no sólo los percibidos como ocurre con el usufructuario, y además los incrementos o mejoras; **d)** el enfiteuta debe pagar un canon anual, con la alternativa de perder su derecho si no paga durante tres años.

Superficies

La superficie fue descrita como un derecho real de total y estable goce de un edificio a favor de quien lo

había construido y pagaba un canon anual llamado *solarium* (de *solum*: suelo).

Concepto y evolución histórica

Enfiteusis

La institución clásica que aparece como antecedente para que Justiniano conformara el derecho real de enfiteusis, fue la *possessio* del *ager vectigalis*, concedida por el estado o los municipios en forma permanente siempre que se pagara el canon, y fue considerada por unos juristas como resultado de una compraventa, y por otros, de una locación. Luego aquella *possessio* se protegerá con una acción real (*actio vectigalis*) con lo que quedó asimilada a la *possessio* del *ager tributarius* y *stipendiarius*, verdadero derecho real que constituye la propiedad provincial.

Sobre ese antecedente y el de una antigua institución griega relativa a tierras públicas incultas, concedidas con la obligación de cultivarlas y pagar un canon, Justiniano estructura la enfiteusis, oscilando entre un concepto de propiedad y otro de derecho real sobre cosa ajena.

Superficies

La propiedad romana importaba el principio básico de que todo lo construido sobre el suelo pertenecía al propietario de éste; nuestra propiedad horizontal es incompatible con ese principio. Pero, con el antecedente de concesiones de construir y gozar de edificaciones sobre suelo público y de la correlativa tutela interdictal del pretor, se estructuró en el derecho justiniano un derecho sobre suelo ajeno (la superficie), que también, como la enfiteusis, tenía algunos caracteres propios de un derecho de propiedad y otros propios de un derecho real sobre cosa ajena.

En el derecho justiniano se le otorgó una acción real (*actio quasi in rem*) y se le extienden todas las defensas jurídicas dadas a favor y contra un propietario por relaciones de vecindad.

Punto 2

La prenda y la hipoteca

La prenda y la hipoteca se pueden encuadrar, dentro de los derechos reales pretorianos, en la categoría de *derechos reales de garantía*, ya que ejercen presión sobre su dueño para llevarlo al cumplimiento de una prestación debida y vinculan esa cosa con la eventual satisfacción del crédito a través de ella.

Tanto la prenda como la hipoteca presuponen un crédito simple, y pueden ser constituidas no sólo por el deudor, sino también por un tercero.

En principio, se constituían por convención entre las partes.

En la prenda, el acreedor cometía *furtum usus* si usaba o gozaba de la cosa, entregada sólo en garantía de su crédito, ya que esto disminuiría su valor. Sólo en un caso se le permitía esto, y era por medio del PACTO DE ANTICRESIS, que se realizaba entre acreedor y deudor, y habilitaba al primero a utilizar la cosa, a cambio de intereses.

Al constituirse la prenda solía incluirse la cláusula *commissoria*, por la que, no satisfecho oportunamente el crédito, el acreedor quedaba propietario de la cosa prendada. También solía pactarse el *ius distrahendi*, es decir que, en la eventualidad de no cumplimiento de la prestación, el acreedor pudiera vender la cosa para pagarse y restituir el excedente al deudor.

El pacto de LEX COMMISORIA habilita al acreedor a quedarse con la cosa ante el incumplimiento del pago por parte del deudor. Luego Constantino lo prohibió por considerarlo injusto, ya que el valor de la cosa es mayor que el valor del préstamo. Así surge otro pacto: el IUS VENDENDI, que establece el derecho de vender la cosa.

En la prenda, lo accesorio sigue a lo principal (préstamo), pero nunca puede ser viceversa (si la hipoteca se invalida, el préstamo sigue vigente, pero si el préstamo se libera, la garantía también lo hace).

El riesgo para el deudor se veía reflejado en que el acreedor, al tener la propiedad de la cosa, podía venderla, y no podría devolverla si el deudor pagaba la deuda. El riesgo para el acreedor, en cambio, se expresaba en la posibilidad del deudor de recuperar la propiedad, ya que tenía la posesión.

En la hipoteca era posible que la cosa pudiera garantizar deudas a varios acreedores. En ese caso, regía para los acreedores el principio *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, prevalente en el derecho), por el cual cada acreedor podía hacer valer su derecho después de satisfecho el del acreedor precedente en cuanto al tiempo de haberse constituido la garantía real.

Concepto y evolución histórica

La primera garantía real entre los romanos fue la *fiducia* (vocablo derivado de *fides*: buena fe, lealtad, confianza). Consistía en que cuando alguien establecía una garantía debía existir una gran confianza, ya que no había desplazamiento de la cosa. Pero sí se daba la propiedad al acreedor (la posesión queda en manos del deudor).

El acreedor podía vender la cosa si había sido autorizado a ello; debía dar al deudor todo lo que el precio excediera la deuda garantida (*superfluum*). Si no mediaba ese pacto y la vendía, era responsable por la cosa ante la *actio fiduciae* que podía poner en juego el deudor.

Pero fueron constituyéndose luego otros vínculos reales aptos para garantizarle al acreedor la satisfacción indirecta de su crédito sin necesidad de la transmisión de la propiedad: la prenda y la hipoteca.

La prenda (*pignus*) consistió al principio en la simple entrega de la tenencia de una cosa mueble o inmueble al acreedor, permaneciendo para el deudor la propiedad o la *possessio ad usucapionem*.

Era costumbre que los esclavos y otros elementos necesarios para la agricultura introducidos por el locatario en el fundo arrendado fueran vinculados en *pignus* para la garantía del alquiler.

El pretor protegió esa garantía, primero con el interdicto Salviano, para darle al locador la posesión de esos bienes mientras estuvieran en el fundo arrendado, y luego con la acción Serviana, para reclamar esa posesión si los bienes habían ido a parar a manos de un tercero.

Luego, con la posterior extensión de esta acción a cualquier otra constitución en garantía, quedó perfilada frente al *pignus*, basado en la entrega de la cosa en garantía al acreedor, la *conventio pignoris* o *hipotheca*, que tenía la misma misión que ese *pignus* pero que no requería la transmisión de la cosa al acreedor. La *actio quasi Serviana*, *pignoraticia in rem* o *hipothecaria*, promovible contra terceros que hubieren entrado en posesión de la cosa objeto de la convención de prenda, consagraba el carácter real de ese derecho de garantía.

Hipoteca tácita (o legal): por lo general, la hipoteca es tácita, pero también existían las hipotecas forzadas, por ejemplo, por deudas fiscales.

Punto 3

Objeto: efectos; derecho de preferencia

Objeto de la prenda y/o la hipoteca podía ser cualquier cosa mueble o inmueble *in commercio*. Pero en el derecho justiniano también los derechos reales sobre cosa ajena (servidumbres, usufructo, enfiteusis, superficies y aún otro *pignus*) llegaron a ser objeto de la prenda y la hipoteca.

En principio, se constituían, como todos los *iura in re aliena*, por convención entre las partes.

- *Ius Persequendi* (derecho de perseguir): establece que el acreedor puede perseguir los bienes hasta encontrarlos y llevárselos.

- *Ius Preferendi* (derecho de preferencia): si el deudor tiene varios acreedores, tendrá preferencia el que hubiese celebrado una hipoteca con el deudor.

Extinción de la hipoteca.

Se extinguían por el cumplimiento total de la prestación, pues si era parcial, subsistía por entero la garantía pignoratícia. Extinguíanse también por la venta de la cosa por parte del primer acreedor, por renuncia, por prescripción y por confusión de las calidades de acreedor y propietario. También se extinguían, naturalmente, por la destrucción de la cosa. Pero si se trataba de un edificio, la garantía pignoratícia continuaba en vigor sobre el nuevo edificio que en el mismo sitio se levantara.

Unidad XIII: Concepto de Obligaciones

Punto 1

Noción

La noción de *obligatio* (vocablo derivado de ligare: unir, atar) da la idea de un vínculo, de una atadura de constreñimiento jurídico de una persona respecto de otra.

La obligación romana tenía un fuerte carácter de personalización, que recorrerá prácticamente todas las etapas de su evolución histórica y que ofrecerá las principales objeciones para concebir la cesión de créditos y de deudas, procedimientos referidos a una época posterior en que, precisamente, ese carácter personalista estará más debilitado.

Definición

La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona denominada deudor (*debitor*) se encuentra constreñida a tener que cumplir una determinada prestación a otra persona denominada acreedor (*creditor*).

Lo importante de la obligación es la situación de constreñimiento. Dicha situación consta de dos elementos: el débito y la responsabilidad. Por débito se entiende el aspecto de la prestación debida. La responsabilidad, en cambio, es propiamente la situación de sujeción jurídica en la cual se encuentra el deudor. En cuanto a la prestación, ésta puede consistir en un *dare*, en un *praestare* o en un *facere*.

Elementos: sujeto, vínculo y objeto dare, facere, praestare

Sujetos:

- Acreedor: sujeto activo. Es quien exige al deudor que cumpla con la prestación.

- Deudor: sujeto pasivo. Deberá cumplir con la obligación.

Vínculo:

El vínculo debe ser jurídico. Justiniano planteaba que era un lazo de derecho que constriñe en la necesidad de pagar una cosa según el derecho de nuestra ciudad.

Objeto:

Es la prestación, lo que el deudor debe cumplir a favor del acreedor. La prestación puede ser de

- Dare: se transmite la propiedad del objeto de la prestación. Esto es llamado MUTUO (por ejemplo, A le presta a B \$100).
- Facere: el deudor tiene que hacer algo a favor del acreedor. También puede tratarse de una obligación de NO HACER (abstención del deudor).
- Praestare: se transmite la TENENCIA del objeto para que otro la tenga en nombre y representación del acreedor. Esto recibe el nombre de LOCACIÓN (por ejemplo, A le alquila a B una casa).

Punto 2

Evolución histórica

Las obligaciones más antiguas son aquellas que tienen su fuente en hechos ilícitos, es decir que resultan de la comisión de un delito (*delictum*), pero haciendo referencia a los *delicta privata* (delitos privados) y no a los *crimina publica* (delitos públicos).

Época Primitiva

En una primera etapa, el perjudicado por un delito podía ejercer su venganza privada con la aprehensión del cuerpo mismo del agresor, incluso ejecutándolo. Posteriormente, se aplicará para determinados casos la ley del talión, por la cual se podía tomar represalias contra el agresor con un daño equivalente al que había recibido el agredido.

Más adelante aún, la reparación de estos delitos se efectuará por la redención del derecho de venganza que tenía el agredido; en virtud de éste, el propio agresor, o sus agnados o gentiles, ofrecían al perjudicado una entrega de bienes para expiar la responsabilidad. Esta evolución culminará cuando el estado regule el quantum de esa reparación, incluso tarifándolo de manera muy minuciosa, como ocurre en la ley decemviral. En esta última situación estamos ya propiamente en el supuesto de la obligatio.

El nexum, Lex Poetelia Papiria, época clásica

También en el derecho antiguo se conocieron algunos ritos jurídicos capaces de crear situaciones obligatorias. En realidad, fueron más bien pocos, pudiendo mencionarse el *nexum* y la *spensio*. Más tarde aparecerá la *stipulatio*.

El *nexum* es un acto *per aes et libram*; es decir, utilizando el rito del cobre y la balanza. Este rito debía suceder en presencia de no menos de cinco testigos y su contenido resulta bastante obscuro, aun cuando parece ser que el deudor, que era el que hablaba, se comprometía a pagar la deuda "automancipando" su propio cuerpo. Lo cierto es que si no pagaba, el acreedor podía ejercitar contra él la *manus iniectio*.

La *sponsio* era un rito contractual verbal que consistía en una pregunta: "*Spondes?*" (¿te comprometes?), seguida de una respuesta: "*Spondeo.*" (me comprometo).

Pero el verbo *spondere* sólo podía ser utilizado por ciudadanos romanos, por lo que, para extender la práctica contractual a los extranjeros se autorizó la *stipulatio*. Consistía ésta en una pregunta, "*Promittis?*" (¿prometes?), y una respuesta: "*Promitto*" (prometo).

Estas primeras formas de contraer obligaciones tenían vinculación con la religión.

Luego el *nexum* desapareció cuando se aprobó la *lex Poetelia Papiria*, según la cual se atenuaba la responsabilidad del cuerpo del deudor para permitirse la ejecución del patrimonio.

Punto 3

División de las obligaciones respecto al vínculo:

Obligaciones de derecho estricto y de buena fe

Esta división está relacionada con las *actiones stricti iuris* y *actiones bonae fidei*. En las *obligationes stricti iuris*, como por ejemplo una *stipulatio*, sólo puede reclamarse aquello que fue estrictamente convenido. Estas obligaciones derivan del derecho quiritaro (antiguo derecho civil). Son solemnes, formales y constatadas por un juez. En las *obligationes bonae fidei*, el árbitro judicial tiene más juego para su interpretación. El *iudex* trata de inquirir a la luz de la *fides* lo que quisieron las partes, pudiendo condenar "en aquello que el demandado debe al actor según las exigencias de la buena fe" (*ex fide bona*). Las partes se obligan a cumplir

Civiles y naturales

Las obligaciones civiles son aquellas que reconocen su fuente en el *ius civile* y, en consecuencia, resultan protegidas por una *actio civilis*. Tienen causa jurídica y están protegidas por una acción.

Son las más importantes en el derecho antiguo. Se distinguían de las demás porque en la redacción de la fórmula debía incluirse la palabra *oportere*: "*oportere dare, facere aut praestare*" (es necesario dar, hacer o poner a disposición).

Las obligaciones honorarias eran las dotadas de una *actio* por el pretor.

Lo normal de una obligación es que esté protegida por una acción. Pero por razones de equidad se admitieron obligaciones que carecían de acción: éste es el supuesto de las obligaciones naturales (en este caso la expresión "*naturalis*" se entiende como opuesta a "*civilis*").

Obligaciones naturales. Caracteres, fuentes y efecto

Carecen de causa jurídica y por lo tanto de acción. Pero de todas formas, aunque no jurídicamente, la obligación existe naturalmente, esto deviene en que la obligación natural que es pagada no puede reclamarse, ya que jurídicamente no existe.

En cuanto a las fuentes, pueden encontrarse los créditos y las deudas de aquellos sometidos a potestas.

Si bien se trata de obligaciones que no son jurídicamente exigibles, no obstante resulta justificado admitir ciertos efectos basados en razones de evidente equidad:

1) Si se pagaba una obligación natural, no se podía luego repetir, por la *condictio indebiti*, lo pagado, aun

cuando ese pago se hubiese efectuado por error por considerársele exigible.

- 2) Una obligación natural podía compensarse con una obligación civil.
- 3) Igualmente, se podía novar una obligación natural convirtiéndola en civil.
- 4) Podían ser afianzadas por medio de una fianza, de una prenda o de una hipoteca.
- 5) Por su carácter de naturales eran tenidas en cuenta en el cómputo de la herencia y del peculio.

Punto 4

Respecto al objeto:

Determinadas e indeterminadas

La obligación es indeterminada o genérica cuando la prestación debida consiste en objetos determinados únicamente por su género; así por ejemplo un caballo, un buey, diez medidas de trigo. Generalmente la elección del objeto con que se pagará es el deudor. En este caso, Justiniano estableció que se debe pagar una cosa de "calidad media", de tal modo que el deudor no se libere pagando una especie mala o pésima, ni el acreedor pueda pretender una de calidad óptima.

En cambio, la obligación es determinada o específica cuando la prestación consiste en un objeto claramente determinado. Por ejemplo, este caballo blanco, el esclavo Julio, etc. Si la especie se extingue por caso fortuito la obligación también queda cancelada.

Alternativas y facultativas

En la obligación alternativa la prestación es única, pero al deudor le es dada la opción de elegir para su cumplimiento entre dos o más objetos establecidos disyuntivamente, y deberá optar al momento del pago. Por ejemplo: "¿Prometes darme 100 o el esclavo Julio?"

En la obligación facultativa, la prestación reside en un objeto determinado, pero el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro en el momento del pago, de reemplazarlo por otro (librado a la voluntad del deudor). La diferencia con la obligación alternativa se da de la siguiente manera: en ésta los objetos opcionales integran el contenido de la obligación; en cambio, en la facultativa hay un solo objeto, apareciendo el otro no *in obligatione*, sino *in solutione* (en el pago). Por ello es que si se extingue el objeto *in obligatione* por caso fortuito, directamente queda extinguida la obligación. Un ejemplo de obligación facultativa sería el del pater obligado por el daño ocasionado por su esclavo. En principio, lo que debe es la indemnización, pero se puede liberar entregando al esclavo.

Divisibles e indivisibles

Son divisibles las obligaciones cuando las prestaciones debidas pueden ser fraccionadas en partes sin que disminuya su valor o se modifique su naturaleza (por ejemplo, el dinero). De lo contrario, son indivisibles.

Respecto al sujeto:

Conjuntas y solidarias

En las obligaciones conjuntas existe un acreedor y varios deudores, donde cada uno responde sólo por su parte. Por ejemplo, si hay tres deudores, cada uno se responsabilizará sólo por el 33% de la deuda, no

pudiendo el acreedor reclamarle más allá de este límite.

En la obligación solidaria existe un acreedor y varios deudores, donde un deudor se hace cargo de la totalidad de la deuda y los demás pasan a ser codeudores de éste; la obligación se extingue. También podía ser el caso de que existieran varios acreedores y un solo deudor, y cualquiera de los acreedores podía reclamar el cumplimiento de la prestación en forma íntegra, pero una vez pagada se extingue el derecho de exigirla para los demás.

Obligaciones solidarias. Caracteres y efectos

En Roma quien pagaba no tenía acción de regreso respecto de los demás, pero luego se estableció que había una acción de regreso para el caso de que entre los codeudores existiera un negocio común (sociedad o coherederos). Si no había relación entre los deudores, quien se responsabilizaba por la deuda enriquecía a los demás, y se producía una ACTIO SINE CAUSA (acción de enriquecimiento sin causa), entonces tenía derecho a reclamar.

Las obligaciones solidarias pueden nacer de un contrato, de un testamento o de la ley.

Unidad XIV: Fuentes de las Obligaciones

Punto 1

Fuentes

Las fuentes de las obligaciones son hechos que dan origen a las obligaciones.

El hecho es un acontecimiento perceptible al hombre, que genera el vínculo jurídico (da origen a la obligación), por el cual alguien será acreedor y otro será deudor de la prestación.

Las obligaciones pueden ser entonces, involuntarias (derivadas de un delito) o voluntarias (derivan de actos lícitos).

Clasificaciones de Gayo

Gayo, en sus "Institutas" fue el primero en clasificar las fuentes de las obligaciones, estableciendo que éstas nacen de un contrato (*ex contractu*) o de un delito (*ex delicto*).

Posteriormente agrega la categoría de indeterminadas, llamándolas "*variae causarum figurae*" (varias figuras de causas).

Punto 2

Clasificación de las Institutas de Justiniano. Crítica

Justiniano, al advertir que había hechos que originaban obligaciones que no entraban en ninguna de las dos clasificaciones anteriores, en el siglo VI, 300 años después de Gayo, les da el nombre de "*quasi ex contractu*", en cuanto a otras, por su parecido con los delitos, las denomina "*quasi ex maleficio*" o "*quasi ex delicto*".

Justiniano estableció que "los hechos que generan obligaciones como si fueran contratos sin serlo, por la falta del acuerdo de voluntades, se llamarán cuasi-contratos"

Obligaciones nacidas Quasi Ex Delictum

Debido a la existencia de ciertos hechos no previstos directamente como delitos, se fue construyendo desde la época clásica una serie de casos en los cuales el pretor concedía para su persecución acciones penales *in factum conceptuae*. Su nota común es la exigencia de la culpa, aun cuando en algún caso se exige el dolo. Los casos son los siguientes:

- El supuesto del juez que hace suya la causa: Ocurre cuando el juez, dolosamente, se inclina por una de las partes al dictar sentencia.
- El caso del effusum et deiectum: Si de una habitación se ha arrojado (effusum) o tirado (deiectum) alguna cosa que ha causado perjuicio a otro, el habitator debe responder como si fuera un delito (*quasi ex delicto*).
- El caso del positum et suspensum: Si el *habitator* de una caua ha puesto (*positum*) o colgado (*suspensum*) un objeto que al caerse ocasionare un daño, debe responder con una pena de diez sólidos de oro y ello ocurre con independencia de su culpabilidad.
- El supuesto del dueño de un navío, posada o caballería: Si en un navío, en una posada o en una caballería, alguno de los dependientes roba u ocasiona un perjuicio a quienes se encuentran en ese lugares, el dueño de los mismos (no sus herederos) deberán responder ante el perjudicado (y sus herederos) por el daño causado.

Obligaciones nacidas Quasi Ex Contractu

La nota común de estos actos ilícitos es la falta de consentimiento. Sin embargo, por equidad, fueron dotados de acción por el pretor.

- La negotiorum gestio (gestión de negocios): se entiende que hay gestión de negocios cuando una persona, sin mandato de otra, realiza unilateralmente negocios útiles para aquél. Quien recibe el beneficio debe, y quien paga tiene derecho a cobrar. Por ejemplo: si alguien paga una cuenta de otra persona.
- La tutela: Justiniano asimila este caso como *quasi ex contractu*, ya que los tutores obligados por la *actio tutelae* no lo están por un contrato, pero sí por algo parecido a un contrato. Ello tiene sentido en relación con la *gestio* del tutor, generándose la posibilidad de la *actio tutelae directa* y *actio tutelae contraria*.
- El condominio y la indivisión hereditaria: cuando una cosa (condominio) o un patrimonio (indivisión hereditaria) está en común entre varias personas, si una de ellas efectúa un arreglo o percibe frutos, estos actos generan, el uno, la obligación de los demás de compartir el gasto; el otro, de repartir los frutos percibidos. Como no hay contrato entre las partes, se entiende que dichas obligaciones nacen *quasi ex contractu*, es decir, como si fuera una sociedad.
- Pago por error: Cuando alguien paga por error una cosa no debida, o paga más de lo debido, quien ha aceptado el pago está obligado a la devolución de lo indebidamente pagado (*condictio indebiti*).
- Los legados: interpreta también Justiniano que la obligación que tiene el heredero de cumplir el legado respecto del legatario no nace de un contrato, por lo que anota esta obligación como teniendo su fuente *quasi ex contractu*.

Punto 3

Convenciones

En el viejo *ius civile*, la mera *conventio* o el *pactum* no engendran obligaciones jurídicas. Para que pueda surgir la obligatoriedad será necesario que esa convención esté incorporada a un rito o solemnidad formal, que tiene la virtud de otorgarle la exigibilidad jurídica. Ello es lo que ocurre con el *nexum*; también con el contrato

verbal de la *sponsio* y más tarde con el de la *stipulatio*.

Pactos y contratos

La palabra pacto (*pactum*) deriva de *pax* (paz, acuerdo) y ha tenido varios sentidos de acuerdo con su evolución histórica.

Primitivamente la idea de pacto sirvió para designar toda remisión o aplazamiento de una obligación, fuera respecto de la nacida de una fuente contractual, fuera de la nacida de un delito.

En una etapa posterior se llamó pacto a todo lo que se conviniere en forma agregada a un contrato, y tenemos aquí la idea de los *pacta adiecta*.

Estos pactos se fueron estructurando por admisión pretoriana, que distinguía aquellos que se agregaban en el momento mismo de la celebración del contrato (*in continenti*) de aquellos que se agregaban con posterioridad (*ex intervallo*).

En una acepción muy genérica, se acostumbró a llamar *pacta* o *conventiones* todos aquellos acuerdos que se formalizaban y que carecían de acción, oponiéndolos a los contratos, que sí la tenían. De ahí la denominación de *nuda pacta* (literalmente, pactos desnudos).

Sin embargo, hubo algunos pactos que merecieron la protección por parte del pretor. Ellos son los conocidos como *pacta praetoria*, que veremos por separado.

A su vez, en la época de Justiniano se consideró que ciertos negocios, tales como las donaciones y las promesas de dote realizadas sin *stipulatio*, pudieran tener un carácter obligatorio autónomo. Son los *pacta legitima*.

Ya en la última época del derecho posclásico bizantino, al ponerse el acento en el *consensus* como elemento fundamental, tiende a borrarse la diferencia entre pactos y contratos.

Diversas clases: contratos verbales, literales, reales y consensuales

– Verbales

Los contratos verbales son aquellos que se perfeccionan por el pronunciamiento de palabras solemnes.

- **Sponsio** (responder): El deudor debía responder por la cosa. En esta época el vocabulario de los romanos era muy pobre. Este contrato constaba de dos partes: **1)** la pregunta: el acreedor pregunta al deudor: "Dari spondes? (respondes por lo que te doy?); **2)** la respuesta: el deudor contestaba: "Spondeo" (respondo). Este contrato se realizaba en presencia de las partes y sólo era utilizado por ciudadanos romanos.

- **Stipulatio** (estipular): la *stipulatio* deriva de la *sponsio* y es una promesa oral de realizar una prestación, a instancias de una pregunta, realizada por quien va a resultar acreedor. La *stipulatio* fue el contrato más usado durante la época clásica, por estar dotado de una gran elasticidad y adaptabilidad a una gran variedad de circunstancias. Tradicionalmente fue un contrato oral, aunque en el período clásico se admitió que fuera acompañado de un documento escrito. En la época preclásica deja de existir la modalidad verbal para quedar definitivamente constituido como un contrato escrito. Podía realizarse entre peregrinos y entre éstos y ciudadanos romanos. La fórmula utilizada era: "Prometes? – Prometo". También se utilizaba el verbo *dar* en la forma: "Davis? – Davo", e incluso podía realizarse en otros idiomas. Existía la posibilidad de la *stipulatio* que se realizara entre ausentes e incluso transmitirse la voluntad a través de un esclavo.

Además existió la ADSTIPULATIO: el adstipulator es un acreedor accesorio que goza de la confianza del acreedor principal y del cual éste se sirve para cobrar el crédito.

–Literales

Los contratos literales son aquellos que se perfeccionan por medio de la escritura.

- Nomina Transcripticia (transcripción del nombre): Se vinculan estos contratos con la costumbre que tenía cada pater de llevar el estado patrimonial en dos libros: uno de ellos era una especie de borrador, llamado *adversaria*, en el cual se llevaba la nómina de todas las entradas y salidas en forma diaria, volcándose luego las anotaciones en forma periódica en un segundo libro, el *codex accepti et expensi* (cuaderno de lo encontrado y de lo gastado), que estaba dividido en dos columnas: *tabula accepti* (donde se anotaba las entradas) y *tabula expensi* (donde se anotaban las salidas). La anotación debía realizarse con consentimiento del deudor, quien anotaría también en su libro la obligación contraída.

- Chirographa y Syngraphae: La aplicación inmediata de estos instrumentos estuvo referida al tráfico comercial de los peregrinos, aprovechándose de ellos también los romanos. El *chirographum* era un documento firmado solamente por el deudor y sellado con su anillo, aquél quedaba en poder del acreedor. La *syngrapha* era un documento extendido en dos ejemplares, firmados y sellados ambos, de los cuales quedaba uno en poder del acreedor y otro en poder del deudor.

–Reales

- Mutuum (mutuo): Es el contrato en virtud del cual una persona (mutuante) entrega a otra (mutuario) una determinada cantidad de cosas fungibles, obligándose éste a devolver otro tanto del mismo género y calidad. Los intereses no son debidos salvo que haya mediado una *stipulatio* que contemple su exigibilidad. El mutuante tiene, para reclamar la devolución de lo prestado, la *actio certae pecuniae*, si se trata de una suma de dinero; o la *condictio certae rei*, si se trata de otras cosas fungibles. Este contrato de mutuo estaba prohibido para que por él se prestara dinero a un *filiifamilias*. Un negocio análogo al mutuo era el *foenus nauticum* o *pecunia traiectica*. Siguiendo costumbres del tráfico marítimo griego, una persona prestaba dinero al armador de una nave, quien lo utilizaba comprando mercaderías. Si éstas se perdían, el riesgo corría para el prestamista, quedando el prestatario libre de obligación. Como compensación por el riesgo que corría se podía admitir un pacto de intereses, los que en la época de Justiniano eran hasta el tope máximo de 12% anual.

- Commodatum (comodato): Se llama así al contrato en virtud del cual una persona (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa mueble, no fungible, no divisible, no consumible, para que la use en forma gratuita, debiendo devolverla luego de cumplido el plazo convenido, y si no lo hay, al primer requerimiento de la contraparte. Es un préstamo de uso. El comodatario debe usar la cosa de un modo normal o teniendo en cuenta lo convenido. Responde de la custodia de la cosa, bastando la mera culpa de parte suya. Si hace un uso distinto al convenido, puede caer en el *furtum usus*. Del comodato nace para el comodante la *actio comodati* a los efectos de recobrar la cosa prestada. El comodatario tenía derecho a reclamar al comodante el pago de gastos realizados por él para mantener la cosa, así como perjuicios sufridos por haberse entregado una cosa defectuosa.

- Depositum (depósito): Se llama depósito al contrato en virtud del cual una persona (depositante) entrega a otra (depositario) una cosa mueble para que la guarde, obligándose éste a devolverla cuando aquél la reclame o cumplido el plazo determinado. El depositario tiene derecho a reclamar la restitución del dinero que se utilizó en gastos útiles para el mantenimiento de la cosa. Hay cuatro tipos de depósito: **a**– Depósito regular: es el descrito arriba; **b**– Depósito irregular: se diferencia del regular por el hecho de que en éste, además de devolverse el dinero, puede reclamarse el pago de intereses. En sus orígenes los comerciantes entregaban su dinero al banquero, que le daba una carta de depósito que podía entregarse al representante del banquero en otra ciudad para que éste le entregue el dinero; **c**– Depósito necesario o miserable: es el que tiene lugar

cuando en casos de tumulto, incendio, ruina, naufragio, el depositante no tiene mayores opciones para elegir el depositario; **d**– Secuestro: es el que sucede cuando se entrega la cosa litigiosa a una de las partes o a un tercero. Debe, por supuesto, devolverla una vez dilucidada la cuestión judicial. A diferencia del depósito común, el secuestrario tiene a su favor la protección de los interdictos en caso de que alguien lo perturbe o le arrebatase la cosa. El depositante tiene la *actio depositi iudicium* 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.

- **Pignus** (prenda): se llama así al contrato en virtud del cual un deudor, como garantía del pago de la obligación, entrega al acreedor la posesión de una cosa. El deudor transmite la posesión, por lo que, si no paga, el acreedor puede disponer de la cosa libremente e incluso venderla.

– Consensuales

Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento (*consensus*), sin ser requisito necesario ninguna formalidad verbal o escrita. Pueden ser contraídos incluso entre ausentes.

- **Emptio venditio** (compraventa): Es un contrato por medio del cual una persona llamada vendedor (*venditor*) se obliga a transmitir la posesión de una cosa asegurando su pacífico goce a otra llamada comprador (*emptor*), que se compromete a abonar por ella un precio consistente en una suma de dinero. El vendedor garantiza el uso de la cosa y el comprador transmite la propiedad del dinero. Respecto del consentimiento, rige en Roma el principio de que nadie puede ser obligado a vender una cosa contra su voluntad. Desde la época clásica se acostumbró a utilizar el instituto de las arras. Respecto del objeto de la compraventa, ésta podía versar tanto sobre *res corporales* como sobre *res incorporales*. Respecto del precio de la compraventa, debe tener los siguientes caracteres: **a**– debe ser en dinero; **b**– debe ser cierto; **c**– debe ser verdadero. En la última época, se agregará **d**– que debe ser *iustum* (justo).

De la compraventa emanan las siguientes acciones: **a**– la *actio empti*, que puede ejercerla el comprador contra el vendedor. Su propósito es lograr la posesión de la cosa vendida; **b**– la *actio venditi*, que puede ejercerla el vendedor contra el comprador. Su propósito es exigir el pago del precio de la cosa vendida y el pago de intereses u otros accesorios.

Por ser un contrato de buena fe, como elementos naturales de la compraventa aparecen **a**– la evicción: se da cuando un tercero inicia la acción reivindicatoria alegando que la cosa es en realidad suya; **b**– los vicios redhibitorios: en principio el vendedor responde ante el comprador por los vicios que tenga la cosa y que él hubiera silenciado de manera dolosa, pero ocurre que esto no basta, por cuanto la cosa vendida puede adolecer de *vicios ocultos*, también llamados *redhibitorios*, entendiéndose que el vendedor pudo no estar anoticiado de ello y por tanto no existir dolo. Para subsanar estas situaciones se otorgan dos acciones al comprador: la ACTIO REDHIBITORIA (deja sin efecto el contrato) y la ACTIO QUANTI MINORIS (obliga a reducir el precio, y puede usarse tantas veces como vicios aparezcan, aunque una vez usada esta acción, no puede optarse por la otra).

Compraventa de cosas futuras: existen dos tipos: **a**– Compra de la cosa esperada (por ejemplo: se compra un ternero que va a parir una vaca; si nace muerto se devolverá el dinero); **b**– Compra de la simple esperanza, donde se compra algo que puede llegar a existir (por ejemplo: se le paga a un pescador por que tire la red al agua y aunque no se obtenga un buen resultado se le debe pagar en todas formas. Otro ejemplo son las apuestas.)

- **Locatio conductio** (locación): es un contrato por medio del cual una persona (locador) se obliga a entregar a otra llamada locatario el uso, o el uso y el disfrute de una cosa determinada, o la prestación de ciertos servicios, mediante el pago de un precio denominado generalmente alquiler. 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 sean

necesarias, por un tiempo determinado, a cambio de un precio. Este precio se llamará ALQUILER si la cosa es mueble o inmueble urbano, o ARRENDAMIENTO si la cosa es un inmueble rural. Deben distinguirse también dos tipos de locación: **a**– Locación De Obra: una persona se compromete a realizar una obra determinada a cambio de un precio (por ejemplo, un fotógrafo), interesa el resultado, pero si éste no se obtiene de la forma deseada, no se está obligado a pagar; **b**– Locación De Servicios: si el resultado no es el deseado, el precio debe pagarse igualmente (por ejemplo: sueldo).

- **Societas** (sociedad): Es un contrato en virtud del cual dos o más personas (socii) se obligan a hacer aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una utilidad común que se repartirán. 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 y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios, como, por ejemplo, para comprar y vender esclavos. 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. 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, o haberse realizado el negocio propuesto), cada uno de los socios tiene la *actio pro socio*.

- **Mandatum** (mandato): es el contrato en virtud del cual una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) y ésta acepta realizar algo a favor de aquél (acuerdo de voluntades). El mandatario está obligado a llevar a feliz cumplimiento el encargo del mandante, respetando las instrucciones recibidas o las que rigen en general de acuerdo con la naturaleza del negocio. Él actúa en nombre propio y en interés del mandante, sufriendo éste los efectos de lo actuado como si lo hubiese realizado él mismo. El mandato concluye: **a**– por haberse realizado el negocio encomendado; **b**– por muerte de alguna de las partes; **c**– por la voluntad concorde de las partes; **d**– también 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.

Punto 4

Delitos. Concepto y evolución histórica

Se entiende por delito todo acto ilícito que esté sancionado con una pena.

Los romanos conocieron dos clases de delitos: los públicos (crimina) y los privados (delicta o maleficia). Sólo corresponde aquí ocuparse de estos últimos.

En realidad, los romanos, más que concebir una categoría genérica y abstracta de delitos, configuraron una serie pequeña de figuras delictuales concretas, como el *furtum*, la *rapina*, el *damnum iniuria datum* y la *iniuria*.

Acciones penales y reipersecutorias

Las acciones civiles y reipersecutorias no tienen plazo para su ejercicio. Las utilizadas por el pretor son anuales hasta la *litis contestatio*, después de ésta desaparece la limitación.

La acción era reipersecutoria hasta el precio de la cosa en el momento del daño, y penal por la diferencia con el mayor precio que pudo tener en el último año o treinta días anteriores al daño.

Daño ocasionado por un hecho ilícito

El furtum

Consiste en el apoderamiento de una cosa ajena para considerarla como propia en contra de la voluntad de su dueño.

• Clases de *furtum*:

1) *Furtum manifestum y nec manifestum*: Es *manifestum* cuando el ladrón es sorprendido in flagranti delicto; es decir, en el momento mismo de la comisión, o dentro del lugar en que se cometió el delito, o incluso cuando se lo ve al ladrón llevar en público o en privado la cosa robada. De no darse estas situaciones es *nec manifestum*.

2) *Furtum conceptum y oblatum*: algunos autores suelen llamar *furtum conceptum* los casos en que el perjudicado descubre la cosa robada en la casa de alguien mediante una pesquisa solemne aunque en realidad se trataría de la *actio furti concepti*.

• Acciones que puede ejercitar la víctima del *furtum*:

Aparte de las *actionis furti* que eran puramente penales, si la víctima era la propietaria podía ejercitar también la *condictio furtiva*, que, dirigida contra el ladrón y sus herederos, tendía a lograr la restitución de la cosa si éstos hubieran aprovechado de ella.

Igualmente, el propietario víctima del robo podía ejercer la reivindicación, que contenía efectos reipersecutorios más amplios, pues podía dirigirse contra cualquiera (además del ladrón y sus herederos) que detentase la posesión de la cosa robada.

La rapina

Se entiende por *rapina* la sustracción violenta cometida por una banda de hombres, si bien posteriormente se admitió que un delito era *rapina* aun cuando la sustracción la hubiese cometido un solo hombre y siempre que mediara violencia, con armas o sin ellas. Por esta razón configura un *furtum* calificado.

El *damnum iniuria datum*

Se trata del daño ocasionado en forma culposa sobre una cosa ajena. Fue contemplado por la *lex Aquilia*, que, en realidad, se trató de un plebiscito propuesto por el tribuno Aquilius, tal vez a principios del siglo III a.C.

La iniuria

La palabra iniuria tiene un sentido muy amplio cuando se refiere a todo aquello que no se hace conforme a derecho. Aquí, en cambio, contempla en forma restringida toda acción física o escrita que afecte a una persona libre.

La iniuria se debe cometer en forma dolosa, con intención de ofender. No existiría tal intención si se hiciera *animo iocandi* (con intención de bromear); tampoco si por querer herir a un esclavo se hiriera a un hombre libre.

En la ley de las XII tablas se establecía una pena especial para cada caso: para el supuesto de un miembro roto, el talió; para un hueso dañado por contusión la pena era 300 ases (hombre libre) o 150 ases (esclavo). Las otras injurias eran penadas con 25 ases.

Este sistema se tornó luego obsoleto, por lo que el pretor estableció uno nuevo que concedía la *actio iniuriarum* por el monto que estimara el actor si se trataba de una injuria leve, y por el monto determinado por el mismo pretor si se trataba de una injuria grave.

Lex Aquilia

La *lex Aquilia* contiene tres capítulos. En el primero se establece que "quien matare injustamente a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, sea condenado a dar al dueño tanto cuanto fuera el máximo valor que hubo tenido la cosa en ese año". La acción era reipersecutoria hasta el precio de la cosa en el momento del daño, y penal por la diferencia con el mayor precio que pudo tener en el último año o treinta días anteriores al daño.

En el tercer capítulo se prevé toda otra clase de daño sobre cosa ajena, como ser el herir a los comprendidos en el capítulo primero, o la quemadura, fractura, ruptura o derramamiento de cosa ajena. La pena consistía en pagar al dueño el máximo valor que hubiere tenido la cosa en los treinta días anteriores al daño.

Para dar lugar a la *actio ex lege Aquilia* se requería que el daño fuera *corpore corpori datum*, es decir, causado por la acción del cuerpo de alguien directamente sobre el cuerpo del animal o cosa.

Variae Causarum Figurae

Enriquecimiento sin causa

Según la doctrina moderna una persona no puede enriquecerse por una cosa que le haya dado otra sin la existencia de una causa jurídica (*iusta causa*) que así lo justifique. Sólo se contemplaron algunos casos concretos, sin estructurar una doctrina al respecto: **a)** la *condictio indebiti*, para obtener la restitución de lo pagado por error; **b)** la *condictio ob turpem causam o iniustam causam*, para lograr la devolución de una prestación hecha por *causa non secuta*, para conseguir la restitución de una prestación hecha por causa ilícita o inmoral; **c)** la *condictio causa data causa non secuta*, para conseguir la restitución de una prestación que había sido hecha teniendo en cuenta un resultado futuro, cuando éste no se produce; **d)** la *condictio sine causa*, que engloba todos los supuestos de inexistencia de causa; **e)** la *condictio furtiva*, para lograr la restitución de la cosa hurtada; **f)** la *condictio ex lege*, cuando la ley reconoce una obligación sin indicar una acción precisa; **g)** la *condictio generalis*, establecida en concurrencia de las acciones nacidas de un contrato, cuasi-contrato o delito.

Unidad XV: Contratos

Punto 1

Elementos

Un contrato es un (A) acuerdo de voluntades, destinado a crear (B) obligaciones, cada uno tiene (C) nombre propio y está protegido por (D) acciones.

(A): se refiere a las declaraciones de voluntad, ésta formada por el discernimiento, la capacidad y la libertad.

(B): se refiere a la responsabilidad que asumen las partes por medio del contrato.

(C): se refiere a las características propias de los contratos. Contratos nominados, típicos.

(D): se refiere a las acciones reconocidas, protegidas por el derecho.

Consentimiento, causa y objeto

El consentimiento (*consensus*) era una de las cuatro formas posibles de obligarse por *contractus*. En la época clásica el elemento *consensus* aparece en una segunda línea detrás de las formas o de la entrega de las cosas.

Luego se establece que todo contrato tiene en sí una *conventio*, por lo que la coincidencia externa de voluntades pasa a la categoría de requisito, tal como lo demuestra el tratamiento romano de los vicios de la voluntad y lo relacionado con la interpretación de los negocios.

Capacidad de las partes: capacidad de derecho y de hecho

Aquellos incapaces de hecho o de derecho no tenían permitido contratar. La capacidad de derecho consiste en la posesión de ciertos derechos, y la de hecho consiste en la posibilidad de ejecutar dichos derechos, de llevarlos a la práctica.

Punto 2

Vicios del consentimiento en los contratos: error, dolo y violencia

Son los mismos que en los negocios jurídicos.

Punto 3

Evolución histórica y noción de cada contrato

Aparte de los tipos indicados por Gayo se han hecho varias distinciones:

- a) Contratos a título oneroso y a título gratuito: se entiende que es a título oneroso cuando la ventaja patrimonial obtenida por una parte ocasiona una contraprestación de la otra, como en la compraventa. Es a título gratuito cuando esa contraprestación no existe, como en el depósito.
- b) Contratos unilaterales y bilaterales: según que den origen a obligaciones para una sola parte (por ejemplo, mutuo) o para ambas (por ejemplo, compraventa).
- c) Contratos del *ius civile* y contratos de *ius gentium*: los primeros provienen del derecho propio de los ciudadanos romanos y son, en general, los más antiguos; los segundos nacieron de la experiencia del tráfico mediterráneo y fueron admitidos por el pretor peregrino, como la compraventa, la sociedad, el comodato, el mutuo.

Además los contratos pueden clasificarse en dos grandes grupos:

- Formales: aquellos que se perfeccionan mediante ritos o el cumplimiento de determinados requisitos. Si no se cumple el rito no hay contrato. Eran característicos de la época de la Monarquía. Cuando no podían registrarse los contratos ya que la escritura no era usada habitualmente se recurría a palabras solemnes en los contratos verbales (*verbis*). Luego se pasa a la etapa de la escritura y los contratos son literales (*litteris*).
- No formales: se perfeccionan cuando se entrega la prestación o por el solo acuerdo de partes. No se realiza el préstamo hasta que el acreedor da el dinero (contratos reales). Son típicos del período de la República.

Punto 4

Desarrollo de la teoría de los contratos innominados

El sistema contractual (formado por el sistema cerrado de figuras de los contratos innominados, únicos protegidos con acciones) reveló algunas insuficiencias debido a la existencia de ciertas convenciones que no entraban dentro de la caracterización típica ya formulada.

Como en estos casos existían regularmente una prestación y una contraprestación, no había inconvenientes si ambas partes las ejecutaban. Pero si una de ellas había transferido una cosa y no obtenía la contraprestación, se le admitía la posibilidad de interponer la *condictio ob rem dati re non secuta* para que pudiera repetir lo pagado, es decir, pedir la devolución.

En una época posterior, a fines del siglo I, se admitió que en ciertas figuras, quien ya había efectuado una prestación, podía exigir a la otra parte el cumplimiento de la contraprestación mediante una *actio in factum*.

Será la escuela romano-bizantina la que terminará de estructurar estas figuras mediante la concesión de una acción genérica denominada *actio praescriptis verbis*.

Los juristas, partiendo de un texto de Paulo, bastante transformado por ellos, construyeron las cuatro figuras genéricas siguientes:

–"do ut des" (doy para que des).

–"do ut facias" (doy para que hagas).

–"facio ut des" (hago para que des).

–"facio ut facias" (hago para que hagas).

De este modo, siempre que mediara la precedente prestación, la parte que la hubiere realizado podía, a su elección: **a)** repetir el objeto transferido mediante la *condictio ob rem dati* o **b)** demandar el cumplimiento de la prestación contraria mediante la *actio praescriptis verbis*.

Permutatio

En virtud de 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, pues, del género *do ut des*.

Aestimatum

Consiste en que una persona entregue a otra una cosa estimada en un valor determinado. Esta la puede vender, incluso a un precio superior. Si luego de un cierto tiempo no la vendió, deberá devolverla. En cambio, si la vendió, lo único que podrá requerir el primero será el valor estimado, quedándose el otro con la diferencia entre este valor y el de la compraventa que realizó.

Precarium

Es la entrega gratuita de una cosa a otro para su uso, pudiendo el primero reclamarla cuando le plazca.

Donación con cargo

Ocurre cuando alguien dona una cosa, imponiendo al beneficiado un cargo o modo a favor de él o de un tercero.

Transactio

Es el acuerdo de partes para poder, mediante concesiones recíprocas, poner fin a un litigio o evitarlo.

Actio praescripti verbis

Es una acción genérica aplicable a todos los tipos de contrato anteriores. Esta acción se incluye en la "*praescriptio*".

Punto 5

Pactos sancionados

Pactos con protección pretoriana

Existieron algunos pactos protegidos por acciones *in factum*:

- **Constitutum**: El pacto de constituto (de *constituere*: establecer) es una convención por la cual una persona llamada constituyente se obliga a pagar deuda preexistente, ya sea su propia deuda, ya sea una deuda ajena.
- **Recepta**: El edicto del pretor relacionará tres pactos, cuya vinculación nace del nombre adoptado. En efecto, la palabra *receptum* viene del verbo *recipere*, que quiere decir recibir, aceptar, encargarse de. Se dan tres figuras típicas:
 - a) ***Receptum arbitrii***: dos personas han decidido poner término a un diferendo encargando a un tercero para que, como árbitro imparcial, señale cuál de las dos tiene razón.
 - b) ***Receptum argentarii***: ocurre acá que un banquero (*argentarius*) se encarga de pagar la deuda de otro, generalmente la que va a contratar con un tercero.
 - c) ***Receptum nautarum, cauponum, stabularium***: Los navieros, posaderos y dueños de establos se encargan de las mercaderías, equipajes y animales que han recibido en sus naves, posadas o establos y que hayan sido destruidos o deteriorados, aun sin culpa suya, salvo que demostraren que los daños acaecieron por fuerza mayor.

Pactos legítimos

Eran convenciones que sólo tenían por objeto hacer nacer obligaciones a cargo de una sola de las partes y que fueron sancionadas por constituciones imperiales del Bajo Imperio, que otorgaron a estos supuestos una acción de derecho estricto, fundada sobre la ley: la *condictio ex lege*.

- **El compromiso**: es una convención por la cual dos personas se ponen de acuerdo para confiar a un árbitro la decisión de zanjar un litigio.
- **La institución de dote**: para prometer la dote era necesario realizar o la *dotis dictatio* o la *promissio dotis*, que eran contratos formales, pero, en el año 428, los emperadores Teodosio II y Valentiniano determinaron que la simple promesa informal de dote, sin necesidad de *stipulatio* alguna, otorgaba fuerza obligatoria a la misma.
- **Donación**: consiste en la convención adoptada entre dos partes, por la cual una de ellas atribuirá a la otra algo en forma gratuita. En un principio los romanos desconfiaron de la transmisión de valores patrimoniales sin contraprestación, por lo que trataron a estos negocios en forma muy recelosa. La donación, en el derecho clásico no es considerada un negocio jurídico en sí mismo, sino solamente una *iusta causa* a los efectos de justificar una determinada apropiación patrimonial.

Sólo luego, con una ley de Constantino, se hará de la donación un negocio típico. Incluso se le prescribirá una determinada forma, exigiéndose, además de la entrega de la cosa, la redacción de un documento. Finalmente, con Justiniano, se llega a concebir la donación en forma plena, y la simple convención entre donante y donatario se transformará en un pacto legítimo.

Unidad XVI: Efectos de las Obligaciones

Punto 1

Efectos generales

Cuando se contrae una obligación, se produce para el acreedor una expectativa (la de cobrar la prestación) y para el deudor una responsabilidad (la de cumplir con aquello a lo cual se obligó).

Si hay cumplimiento, el nexo obligatorio quedará disuelto. Si no lo hay, ni se dan las otras causas de extinción, cabe analizar los efectos que provoca dicho incumplimiento.

El deudor verá agravada su responsabilidad si el incumplimiento se produce por una causa imputable a su persona (dolo o culpa) y deberá responder incluso del retardo en el cumplimiento (lo cual genera la *mora*). Si el cumplimiento no se realiza, se abrirá la posibilidad para el acreedor de ejecutar la obligación, lo que en la época clásica se realiza generalmente media pública del patrimonio (*bonorum venditio*) del deudor.

En virtud de la responsabilidad obligacional, la falta de cumplimiento en término determinará la agravación accesoria de los daños y perjuicios, que deberá abonar el deudor culpable al acreedor.

Obligaciones de derecho estricto y de buena fe

En las obligaciones de derecho estricto (formales) el efecto producido es que el deudor SIEMPRE debe cumplir, no existe posibilidad de justificar su incumplimiento.

En las de buena fe el pretor introduce la equidad, permitiendo al deudor, en ciertos casos, justificar parcial o totalmente su incumplimiento (por ejemplo, por haber sido víctima de un caso fortuito).

Punto 2

Ejecución de las obligaciones

En el viejo procedimiento de las legis acciones, la ejecución se realizaba por la *manus iniectio* y por la *pignoris capio*, hasta su desaparición, con la ley Poetelia Papiria. En el procedimiento formulario subsiste la ejecución personal, pero fundamentalmente prevalecerá la ejecución sobre los bienes bajo la forma de un concurso general del patrimonio del deudor.

Una vez que el deudor ha sido condenado (*iudicatus*) o confesó estar obligado (*confessus*), podía intentarse la *actio iudicati*.

Transcurrida esta instancia podrá pedirse ya la ejecución personal, ya la ejecución sobre los bienes, o ambas a la vez.

1) Ejecución directa y personal: autorizaba al acreedor a retener al deudor condenado como prisionero. Luego, la *lex Iulia* permitirá al deudor evitar esta ejecución por medio de la *cessio bonorum* (cesión de sus bienes).

2) *Bonorum venditio*: por medio de este procedimiento se procederá a ejecutar los bienes del deudor.

Bonorum Venditio

Puede ser iniciada por un solo acreedor contra el deudor condenado, o confeso, o que haya huido abandonando sus bienes. El procedimiento se desarrollaba contra el patrimonio de la persona viva o del

dejado por un muerto.

a– El acreedor solicita primeramente del pretor una *missio in possessionem* (que lo ponga en posesión de los bienes del deudor) a los efectos de asegurar preventivamente la no dilapidación o desaparición de los mismos.

b– Al mismo tiempo se hacían colocar afiches en los lugares públicos a fin de hacer enterar a cualesquiera otras personas interesadas, del comienzo del procedimiento, ya fueran otros acreedores, ya fueran amigos del deudor que quisieran pagar por él.

c– Al cabo de 30 días de ocurrida esa publicación el pretor daba un segundo decreto ordenado a los acreedores a que se reuniesen con el fin de elegir entre ellos un *magister bonorum*, quien se encargaría de realizar la venta.

d– Luego de un nuevo plazo el magister procedía a vender el patrimonio en pública subasta.

Resultaba comprador (*bonorum emptor*) aquel que ofreciera pagar el mayor porcentaje de las deudas del ejecutado.

De acuerdo con este procedimiento, lo que se ha realizado es una sucesión *universal inter vivos*, de la cual el causante es el deudor ejecutado y el sucesor es el *bonorum emptor*.

a– Respecto de los bienes, este bonorum emptor adquiere la propiedad bonitaria de los mismos, accediendo al *dominium ex iure quiritum* luego de pasados los plazos de usucapio.

b– Respecto de los créditos que hubiera en el patrimonio adquirido, no los hace suyo *ipso iure*; pero el pretor le concederá, de estar vivo el deudor, la formula *Rutiliana*, y de estar muerto, la *actio Serviana*.

c– Respecto de las deudas, el bonorum emptor estaría obligado a pagarlas hasta el porcentaje que ofreció en la subasta (sub: debajo asta: tope de un mástil). El pretor otorgará acciones a los acreedores transponiendo los nombres y haciendo figurar al deudor ejecutado en la intentio y al bonorum emptor en la condemnatio, quedando éste obligado a responder.

Para el deudor ejecutado la bonorum venditio trae la tacha de infamia. Para los acreedores les ocasiona una pérdida, ya que el deudor no tendrá cantidad suficiente de bienes para cubrir toda la deuda, y además los bienes subastados serán vendidos a menor valor que el real. Aunque si el deudor compare más bienes, éstos también serán sometidos a subasta. Si finalmente no paga, puede llegar a perder la libertad.

Fraude del deudor

El deudor, no obstante la obligación contraída, no pierde la disponibilidad negocial. Puede celebrar otras y vender bienes; pero si estos negocios de transmisión de cosas (que disminuyen el patrimonio) llegasen a ubicarlo en una situación de insolvencia, entonces el acreedor vería peligrar el pago de la obligación. En tal caso se entiende que ha habido fraude (*fraus*) cometido en perjuicio de los acreedores cuando el deudor deliberadamente provocó con sus enajenaciones una situación de insolvencia, que se agravaría de ser ya insolvente el deudor.

Los acreedores tenían, durante la ejecución de los bienes del deudor (*bonorum venditio*), la posibilidad de designar un *curator bonorum*, que se encargara de cuidar los bienes del *fraudator* y podía lograr una *restitutiones in integrum* por parte del pretor, quien tenía por no celebrados ciertos actos jurídicos concluidos con terceros que, comportándose como cómplices del deudor, habían evadido bienes del patrimonio del que los acreedores esperaban cobrarse.

Igualmente los acreedores tuvieron un *interdictum fraudatorium* por medio del cual se procuraba la restitución de aquellas cosas del deudor que estuvieran fraudulentamente en poder de terceros, a quienes se los conminaba a revocar el acto, pues de lo contrario eran condenados por un valor igual al saldo del patrimonio del deudor.

Acción Pauliana

Esta acción tuvo por objeto revocar todos los actos realizados fraudulentamente por el deudor en perjuicio de sus acreedores.

Para que funcione era necesario:

- a)** Que se hubiera celebrado un acto jurídico de resultados del cual quedaba empobrecido el deudor. No importaba la naturaleza de dicho acto; podía ser una venta, una donación, una obligación, la remisión de una deuda, etc.
- b)** Que el acto hubiera causado un perjuicio a los acreedores. Bastaba con probar que el deudor no podía pagar sus deudas porque, por ejemplo, su pasivo era superior a su activo.
- c)** Que el deudor tuviera conciencia del fraude, lo cual era interpretado de manera amplia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La acción Pauliana (o *revocatoria*), si bien podía ser ejercida contra el deudor, resultaba más eficaz contra los terceros que hubieran realizado negocios con aquél. Podían darse distintas situaciones:

- a)** que los actos fueran a título gratuito y en tal caso la revocación de los mismos progresaba sin dificultades.
- b)** Que se tratara de actos a título oneroso, en cuyo caso había que probar que el tercero era cómplice del deudor en el fraude; es decir, que conociendo el estado de insolvencia de éste, lo mismo hubiera realizado el negocio.

En cambio, si el tercero había realizado el acto a título oneroso y de buena fe, es decir, ignorando la situación del deudor, la revocación no lo alcanzaba.

Punto 3

Efectos accidentales

Los efectos accidentales que pueden surgir son los de incumplimiento de la obligación.

Causas de inejecución: dolo, culpa, caso fortuito y fuerza mayor.

Durante la vigencia del procedimiento formulario, si el deudor (sea en forma dolosa o culpable), no daba cumplimiento a la obligación, la regla general era que el juez sólo podía constreñirlo al pago de una suma de dinero por daños y perjuicios.

Cuando aparece el procedimiento extraordinario la regla general será reformada, y el juez condena al deudor demandado a la ejecución de la prestación toda vez que ésta sea posible.

El contenido de los daños y perjuicios:

- a-** Si era de derecho estricto y contenía una *condemnatio certa*, el juez se limitaba a condenar por el monto de

la suma allí indicada.

b- Si era de derecho estricto, pero con *condemnatio incerta*, entonces la suma era fijada por el juez, a veces hasta el monto tope de una *taxatio*; y de no existir ese tope, por cuanto él estimare el valor de la causa

c- En las acciones *bonae fidei*, el juez se encuentra más libre respecto de la suma a condenar, ya que las juzga conforme a la equidad. La condena no solamente puede abarcar el daño directo producido por la inejecución sino también la utilidad que se esperaba obtener y que por el incumplimiento no se obtuvo.

Dolo

Se entiende que hay dolo cuando el deudor ha cometido un hecho o una omisión deliberada efectuada para perjudicar al acreedor. Esta situación debe ser probada por el acreedor.

Dolo penal: es la intención de producir un daño.

Dolo como causa de la ejecución: maniobra oculta que realiza el deudor para evitar cumplir con la prestación.

Culpa

Hay culpa cuando el incumplimiento de la obligación se debe a una imprudencia o a una negligencia imputable al deudor.

Hay varias clases de culpa:

- Culpa grave (*culpa lata*): consiste en una suma de negligencia. Según Ulpiano: "no entender lo que todos entienden". Sus efectos son asimilados al dolo.
- Culpa leve (*culpa levis*): consiste en la mera negligencia o imprudencia en el trato o cuidado de las cosas.

Caso fortuito

Se da el caso fortuito cuando ocurre un acontecimiento no previsto por el deudor. (por ejemplo, no pudo entregar un esclavo porque se enfermó y murió).

En algunos casos algunos deudores quedan responsabilizados por lo que se dio en llamar custodia: por ejemplo, un sastre que recibió una prenda para arreglarla.

Esto representaba una agravación de los deberes del ciudadano, teniendo que responder los deudores muchas veces por un caso fortuito, como la fuga de un esclavo que debía cuidar, o el hurto del objeto debido.

Fuerza mayor

Se entiende por fuerza mayor el acontecimiento que, habiendo sido previsto, no ha podido evitarse (por ejemplo: un temporal).

Para excusarse la situación debía ser clarísima, como el caso de una inundación o un terremoto.

Mora, requisitos y efectos

Se denomina mora al mero retardo culpable. Puede tratarse de un retardo en el pago o en la recepción de la prestación:

• **Mora del deudor:** deben darse las condiciones siguientes: **a)** retardo del cumplimiento de la obligación; **b)** ese retardo debe ser doloso o culpable por parte del deudor; **c)** en ciertos casos es necesaria una conminación expresa por parte del acreedor al deudor, llamada *interpellatio* (intimación).

La mora agrava la condición del deudor, quien tiene la obligación de responder por los riesgos de la cosa, incluso si ésta perece por caso fortuito, ya que se entiende que a su respecto se ha perpetuado la causa de la obligación. Si se trata de una obligación de buena fe, entonces a partir de la mora son debidos los intereses o los frutos. El deudor es responsable por daños y perjuicios.

La mora del deudor cesa cuando cumple la prestación, aún cuando el acreedor no la acepte.

• **Mora del acreedor:** el acreedor no acepta la prestación que le ofrece cumplir el deudor en tiempo y forma. Era necesario que el ofrecimiento del deudor sea correcto. Tenía los siguientes efectos: **a)** el deudor se liberaba de los riesgos de la cosa, respondiendo solamente en caso de que hubiera cometido dolo; **b)** el deudor podía hacerse reembolsar los gastos devengados por la conservación de la cosa; **c)** el deudor podía consignar el dinero y las cosas debidas, sellándolos y depositándolos en un lugar público (por ejemplo un templo); **d)** con la mora del acreedor cesan los intereses que se debieran por mora del deudor (moratorios); luego de la consignación cesan también los intereses convencionales.

Daños y perjuicios

• Lucro emergente: es el daño efectivamente causado.

• Lucro cesante: pérdida futura de ganancia que sufre el acreedor al no poder disponer de la prestación (por ejemplo, si el deudor le hubiese devuelto el dinero prestado, el acreedor hubiese podido invertirlo para ganar más dinero).

Unidad XVII: Extinción de las Obligaciones

Punto 1

División de los medios de extinción

La forma normal mediante la cual se logra la extinción de una obligación es el cumplimiento de la prestación debida. Pero el derecho reconoce la existencia de otros modos de extinción.

Los modos de extinción pueden agruparse en los siguientes grupos:

a) IPSO IURE (de pleno derecho): al cumplir con la prestación, el deudor queda automáticamente liberado.

b) PER EXCEPTIONEM ó OPE EXCEPTIONIS (por excepción): la causal determinada no obsta a la subsistencia de la obligación, pero el pretor priva a la misma de eficacia concediendo al deudor que así lo pida una exceptio para detener el proceso de la actio.

Punto 2

Pago

El pago consiste en el cumplimiento de la prestación debida, sea ya de un *dare*, de *praestare* o de un *facere*.

Personas que pueden efectuarlo y recibirlo

Quién debe pagar

En principio el que paga es el propio deudor, pero también resulta válido y extingue la obligación el pago efectuado por un tercero, siempre que no se refiera a una prestación que necesariamente debiera ser cumplida por el deudor mismo, tal el caso de una obligación personalísima (*in tuitu personae*).

En el caso del pago por un tercero, éste puede hacer con consentimiento del deudor, sin saberlo el deudor y aún en contra de la voluntad del deudor. El tercero puede ser un mandatario o un gestor. La obligación queda extinguida y el tercero tiene acción de regreso, excepto en el caso del pago contra la voluntad del deudor.

A quién se debe pagar

En principio se debe pagar al acreedor, pero se pueden dar otros supuestos: se puede pagar a un procurador o a un mandatario del acreedor, también a un acreedor adjunto (caso del *adstipulator*)

Formas, lugar y tiempo de pago

El deudor debe cumplir la obligación pagando exactamente el objeto establecido en la prestación. De esto se derivan las siguientes consecuencias: **1)** el acreedor no está obligado a aceptar el pago de un objeto distinto; **2)** el acreedor no puede ser obligado a recibir prestaciones parciales en contra de su voluntad.

El principio general es que hay que respetar lo establecido en el negocio (por ejemplo, los plazos). Si nada se hubiere dicho, entonces el acreedor podrá exigir el pago en forma inmediata.

El lugar de pago era a veces fijado en el negocio, pero en los casos en que no estaba establecido, se estimaba que las prestaciones individualizadas en forma determinada debían ser satisfechas en el lugar en que éstas se hallaren. De ser el caso de una prestación genérica, se exigía el pago en el domicilio del deudor.

Consignación

Si el acreedor se negaba a aceptar el pago, por lo cual incurría en mora, el deudor podía pagar depositando en forma pública (en un lugar establecido por el magistrado) el objeto debido. Esto será considerado un pago liberatorio que extingue la deuda con todos sus accesorios.

Si el acreedor no se negaba a recibir el pago, podía ocurrir también en el caso de que el deudor no pueda contactar al acreedor, o por causa de muerte del acreedor, o en caso de que el acreedor sufra una *capitis deminutio* máxima.

Efectos del pago

Punto 3

Novación y compensación. Nociones, condiciones y efectos. Evolución histórica

Novación

Consiste en la transformación de una obligación en otra nueva, de tal modo que la primera queda extinguida y se la sustituye por esta otra, pero se conservan algunos de los elementos de la anterior.

- Elementos de la novación: sujetos, objetos y vínculos.

Ocurre una novación subjetiva cuando cambia el sujeto: de las obligaciones anteriores se crea una nueva (por

ejemplo, A le debe a B, B le debe a C, C le debe a D. Entonces, para evitar sucesivos pagos, A le paga a D). También puede cambiar el vínculo: si la deuda es por un alquiler, puede cambiarse para pasar a ser un mutuo (préstamo). Pero el único elemento que no se puede novar es el objeto.

- Condiciones para que se dé la novación: **a)** existencia de una obligación anterior, que puede ser tanto de origen contractual como delictual; natural o civil; **b)** concertación de una nueva obligación: la forma normal era mediante la stipulatio, también podía hacerse por *nomina transcripticia* y *dotis dictio*; **c)** el animus novandi, que se constituye por la voluntad de las partes; **d)** el mantenimiento en la nueva obligación del mismo objeto que en la primera (*idem debitum*); **e)** que se agregue algo nuevo (*aliquid novi*), donde puede darse el caso de que cambie el objeto o el vínculo.

- Efectos de la novación: **a)** respecto de la obligación primera se produce la extinción *ipso iure*, así como también la de todos sus accesorios, salvo que se hubiera previsto especialmente su vigencia en la nueva; **b)** respecto de la obligación nueva, ésta comienza a regir en los términos estipulados por las partes.

- Casos especiales de novación: **a)** *litis contestatio*: provocaba la extinción de las obligaciones civiles demandadas en un iudicium legitimum, las que se transformaban en la "relación procesal" establecida en la fórmula; **b)** *stipulatio Aquiliana*: el jurista Aquilio Galo sugirió esta fórmula para resolver los problemas que acaecían con obligaciones muy confusas, al convenir las partes la novación de las mismas por medio de una stipulatio.

Compensación

Ocurre cuando un deudor opone a su acreedor un crédito que tiene contra éste, de tal modo que los créditos y las deudas se contribuyen entre sí. Dos personas son deudores y acreedores recíprocos.

- Requisitos para que exista compensación: **a)** el objeto de la prestación debe ser fungible y divisible; **b)** ambas prestaciones deben encontrarse vencidas (deben ser exigibles); **c)** la identidad de personas entre deudor y acreedor; **d)** que los montos de las prestaciones sean fácilmente determinables en la cantidad.

La compensación aparece en el derecho clásico como una vía procesal por la cual el pretor, en ciertas circunstancias, concederá al demandado por un crédito no extender la acción contra él dirigida más allá del monto por el que el actor estuviese a su vez obligado ante aquél, pudiendo en consecuencia progresar la demanda sólo de existir un saldo a favor del actor.

Un paso importante en la historia de la compensación se logró por un rescripto del emperador Marco Aurelio, quien extendió el ámbito de la misma a las acciones stricti iuris. El modo utilizado fue muy simple, por cuanto permitió que el deudor demandado que pudiera oponer una compensación adujera una *exceptio doli*.

Finalmente, en la época de Justiniano, la compensación se erige con mayor autonomía respecto del procedimiento. Esto fue debido a la suplantación del procedimiento formulario por *extra ordinem cognitio*.

Se la admitió como modo de extinción ipso iure, lo cual ha provocado algunas controversias.

Punto 4

Remisión de la deuda

Ocurre cuando el acreedor se compromete por medio del *pactum de non petendo* (pacto de no reclamar) a no exigir el cumplimiento de la obligación.

El acreedor le devuelve al deudor el instrumento donde consta la obligación, lo que significa que le "perdona"

la deuda.

Concurso de dos causas lucrativas

Cuando alguien ha adquirido por una causa gratuita (se la llama causa lucrativa) una cosa que le era debida por otra "causa lucrativa", esta segunda obligación queda extinguida ipso iure, sin intervención de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, si recibo por donación una cosa que me sería debida por un legado, la obligación nacida de este último se extingue.

Confusión

Existe confusión (*confusio*) cuando por cualquier circunstancia concurre sobre la misma persona la condición de acreedor y de deudor. Así, por ejemplo, cuando una persona hereda a otra, respecto de la cual era deudora o acreedora.

Consentimiento mutuo

La obligación que ha sido contraída por el consensus (en un contrato consensual) podía ser extinguida por un *contrarius consensus*, es decir, por un convenio contrario.

Pacto remisorio

Tiene lugar cuando acreedor y deudor pactan para prorrogar el vencimiento de la obligación.

Consentimiento mutuo de pleno derecho: deudor y acreedor se ponen de acuerdo para extinguir la obligación, generalmente restituyéndose la prestación (por ejemplo, compro algo por error y cuando lo voy a cambiar no tienen lo que yo quiero, entonces me devuelven el dinero).

Transacción

Ocurre cuando las partes, haciéndose recíprocas concesiones o renunciaciones, deciden poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas.

Prescripción liberatoria

Determina que, salvo casos especiales en que se establezca otro plazo, todas las acciones prescriben si no se las ejercita en el plazo de treinta años (*praescriptio triginta annorum*). Entonces la obligación deja de ser civil y se transforma en natural. Luego de prescripta la obligación, no hay derecho a reclamo.

Si la obligación se extingue por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue el pleno derecho (por ejemplo, la cosa que no es fungible se quema y ya no se puede entregar, por lo tanto el deudor queda liberado).

Ocurre también con la prescripción adquisitiva, cuando se adquiere una propiedad por el transcurso del tiempo.

Unidad XVIII: Derecho de Familia

Punto 1

Evolución histórica de la familia romana

Cuando la civitas fue tomando para sí las funciones políticas de las *gens*, éstas fueron perdiendo vigencia y de

ellas fueron resultando agrupamientos familiares que en su estructura denotaban todavía aquel carácter político de las primitivas gentes.

Era tan fuerte la unidad de la familia romana, tan absoluto el poder del pater sobre personas y cosas, que ya los mismos romanos tenían cabal conciencia de que se distinguían en eso de los otros pueblos.

Existía una desproporción entre la fuertemente autoritaria estructura de la familia y las normales funciones de índole social y económica que desempeñó en la época histórica.

La autonomía del pater en el manejo de la familia rechaza cualquier ordenamiento o injerencia externa. El parentesco se establece por situación de sometimiento a la autoridad de un pater. Los poderes del pater son similares a los correccionales y jurisdiccionales de los supremos magistrados.

Se pertenece exclusivamente a una familia, como a un solo estado. El testamento es la designación por el pater de su sucesor en el gobierno familiar.

Antes del tipo de familia llamado *proprio iure* (conjunto de personas libres que se encuentran bajo el poder de un paterfamilias), que es el que tiene vigencia por lo menos desde la ley de las XII tablas, habría existido la llamada *communi iure* (complejo de personas libres sometidas al poder de un mismo paterfamilias, antepasado común, si este estuviera aún con vida) o familia grande o agnaticia. Así representa en pleno período histórico un esquema ideal, referible sólo para identificar el vínculo de agnación, pero en tiempos prehistóricos (antes del testimonio escrito) la familia agnaticia habría sido un grupo real unido efectivamente por la sujeción a la potestad de un pater, que habría recibido la jefatura de una serie de sucesivos patres, serie iniciada con aquel antepasado común.

Su diferencia principal con la familia *proprio iure* era que, mientras en el caso anterior, a la muerte del pater la familia seguía permaneciendo unida bajo el poder de un sucesor, en la *proprio iure*, al desaparecer el pater, todos los varones que estaban bajo su inmediata patria potestad adquirirían codición automática de patres y se convertían cada uno en cabeza de una nueva familia.

Una gens está compuesta por varias familias agnaticias. Varias familias *proprio iure* formarían una familia agnaticia.

Entre la época de la familia agnaticia y la de la familia *proprio iure* ha habido toda una evolución de la organización familiar, una compleja y no uniforme descomposición de la familia grande en grupos menores que la integraban, hasta que quedó perfilada la unidad de la familia romana de los tiempos históricos.

Se puede conjeturar entonces un primer perfilamiento de las familias agnaticias dentro de la *gens* y luego la disgregación de aquélla en familias *proprio iure*.

En plena vigencia de la familia *communi iure* existiría un patrimonio familiar permanente o eterno, como lo era la familia, prolongada desde los antepasados y proyectada hacia los futuros descendientes. De ese patrimonio, los actuales integrantes de la familia tendrían una especie de usufructo y el pater, no una propiedad individual, sino un poder de disposición gerencial, ejercido como titular de la única capacidad jurídica plena reconocida en una comunidad integrada por grupos y no por individuos.

Cuando el desarrollo de la esclavitud trajo la posibilidad de concentración de mano de obra; cuando una más amplia y unitaria organización política no basada ya en el parentesco, fue quitando la razón de ser de los grandes grupos parentales de finalidad y estructura política, la familia agnaticia, propia de una economía de autoabastecimiento y de una sociedad no integrada plena y funcionalmente en estructuras políticas suprafamiliares, entró en crisis y se desgajó en grupos familiares más chicos y más ágiles para una sociedad de mayor diversificación e intercambios económicos.

La institución por la que se habría vehiculizado la transición de un tipo de familia a la otra fue el llamado *consortium ercto non cito* (comunidad de heredad no dividida).

Cada uno de los que había estado bajo la inmediata potestad del pater fallecido, sin perjuicio de reconocer una primacía política y moral al nuevo pater si éste había sido designado, se sintió con derechos al manejo en común del patrimonio familiar, se sintió *consors* y *sui iuris*.

El próximo paso hacia la familia *proprio iure* se habría dado en la época de la ley de las XII tablas al reconocer ésta el derecho de cada uno de esos *sui iuris* a conseguir con la *actio familiae erciscundae* la parte concreta correspondiente a la cuota ideal que titulariaba en el *consortium*. Entonces, ya ese *sui iuris* sería un paterfamilias con el efectivo dominio de ese patrimonio propio desgajado del *consortium* y con poder efectivo potencial sobre sus filiifamilias.

Pero también la familia *proprio iure*, a causa de las transformaciones económicas, sociales y religiosas, irá sufriendo cambios en la vida real que no se institucionalizarán sino poco a poco y sin afectar formalmente los principios básicos. Así se hace posible la emancipación, la adopción, el *trinoctium* (evitar que la mujer casada ingrese a la familia del marido), la enajenación de las cosas del pater, la incorporación de extraños en el testamento, etc.

Más adelante el estado limitará los poderes personales del pater y afirmará la capacidad de los filiifamilias en el manejo patrimonial. Además adquiere gran importancia jurídica el parentesco de la sangre (*cognación*), prevaleciendo sobre el parentesco civil (*agnación*).

El pater familias; sus potestades

Los paters tenían un poder unitario y absoluto. Ese poder estaba designado por la palabra *manus* (mano), para que luego comience a utilizarse la palabra *mancipium*, con el significado de adquisición y detención de la *manus*.

Con el tiempo, en la medida en que una sociedad más compleja y una elemental reflexión sobre las experiencias jurídicas iban perfilando distintos objetos, aspectos y modalidades de aquel poder, vivenciado al principio como simple y unitario, habríase originado una correlativo especificación en las denominaciones: el poder sobre los libres (*patria potestas*), el poder sobre la mujer (la antigua *manus*), el poder temporario sobre alieni iuris de otras familias entregados in causa *mancipi* (*mancipium*), el poder de disposición sobre las cosas y esclavos (*propiedad* primero y luego llamada *dominium*).

Patria potestad

Originariamente la *patria potestad* importaba poder y no deberes ni obligaciones hacia los sujetos a ella. Pero a través de restricciones y cargas llegará a ser considerada un *officium* (deber) de asistencia y protección.

La *patria potestad* justiniana se diferencia de la moderna en que: **a)** corresponde al varón y no a la mujer, **b)** incumbe al ascendiente más remoto y no al progenitor; **c)** es permanente, pues no cesa a determinada edad del a ella sometido.

Comprendía el derecho de vida y muerte, el derecho de vender y el derecho de entrega noxal.

El pater podía aplicar sanciones a sus filii. Dichas sanciones estaban establecidas por los paterfamilias dentro de la familia y de la gens. Si el conflicto afectaba a más de una gens, intervenía el Estado.

Punto 2

Admisión y exclusión de los Filii familias de la familia romana

Los modos de entrar en la familia eran por naturaleza o por derecho. Por naturaleza si había sido engendrado en *iustae nuptiae* del *pater* o de cualquiera de los *fili* a él sujetos. Se ingresa por derecho por medio de la adrogación, la adopción y la *conventio in manus*.

La filiación es el vínculo de procreación del que se derivan ciertos efectos jurídicos. Es legítima si tiene lugar en *iustae nuptiae*, los procreados son entonces *iusti*. Si son naturales se llamarán *spurii* o *vulgo concepti*. La calificación de naturales se usa para diferenciar *iusti* de adoptivos o para aludir a los nacidos de concubinato.

En el antiguo *ius civile* no existe recurso jurídico para desconocer o hacer reconocer la legitimidad de los hijos. El problema de la legitimidad se resuelve constatando la validez del matrimonio y la concepción durante éste. También por legitimación entran bajo la patria potestad del padre natural los hijos habidos de la concubina.

Hijos

- Legítimos: los concebidos dentro de matrimonio (*iustae nuptiae*). Es aquél que nace a partir de los 180 días del matrimonio ó 300 días de disuelto el matrimonio. Si una mujer se casaba dentro de los 300 días de disuelto su matrimonio anterior y tenía un hijo, éste no se consideraba legítimo.
- Adoptivos: podía tratarse de una *adoptio* o una *adrogatio*.
- Legitimados: se lo coloca en la misma posición que los legítimos.
- Naturales: concebidos fuera del matrimonio. Siguen la condición de la madre. Son *sui iuris*. Con ellos se comienza una nueva familia.

Modos de ingresar a la familia

Se da la adrogación en caso de que se trate de un *sui iuris* o *pater familias*. En cambio, la adopción se realiza si es un *alieni iuris*. Por medio de estas dos acciones se pasa a estar sujeto a la patria potestad del *pater*.

Adrogación

La *adrogación* permitía al *pater* sin posibilidades de dejar un hijo varón al frente de la familia, procurarse uno, haciendo ingresar a ella a otro *pater*.

Al momento de la legislación justiniana se había extendido la posibilidad de ser adrogados los impúberes y las mujeres.

Los requisitos para la adrogación son congruentes con su finalidad y con el objeto de evitar torpes maniobras: más de 60 años y ningún hijo en el adrogante; sólo un adrogado; no ser éste más rico que aquél; garantía de restitución del patrimonio del adrogado a quien hubiere correspondido en el caso de que aquél hubiere muerto *sui iuris* e impúber; igual garantía para el adrogado en el caso de ser emancipado antes de la pubertad; derecho del adrogado a un cuarto de los bienes del adrogante, si éste lo emancipara sin *iusta causa*.

La adrogación produce la *capitis deminutio* mínima del adrogado, que pasa a ser un *alieni iuris*, asimilado a un *filius* del *pater*. Produce también una de las sucesiones a título universal *inter vivos*, toda vez que el patrimonio y la familia del adrogado pasan a ser adquiridos por el adrogante. Como a éste no le correspondía quedar obligado por las deudas del adrogado, el pretor admitió la acción de *peculio* y la *intergrum restitutio* para considerar no sucedida la adrogación y actuar entonces contra el adrogado.

Adopción

La adopción significa el egreso de un *alieni iuris* desde una familia y el ingreso a la del adoptante. Para hacer salir al adoptado de la patria potestad a que estaba sometida se recurrió al mismo procedimiento de la emancipación.

El pater mancipa tres veces al *filius* a un adquirente fiduciario, quien, a continuación de la primera y segunda *mancipatio*, lo *manumite*, con lo que automáticamente vuelve a la patria potestad del pater. A la tercera *mancipatio*, el que era *filius*, de acuerdo con el precepto decenviral, queda libre del poder del pater pero *in causa Mancipi* del adquirente fiduciario. En un juicio, el adoptante reivindica como hijo propio al adoptado, y el pretor lo declara su *filius* o *nepos* (nieto).

No existían requisitos ni restricciones para la adopción. Aunque en el derecho justiniano se distinguieron dos tipos de adopción: **a)** plena: hecha por un ascendente paterno o materno (produce la *capitis deminutio mínima*); **b)** hecha por cualquier otro *sui iuris* (no sustrae al adoptando de la patria potestad de su pater originario y se limita a atribuirle una expectativa sucesoria sobre el patrimonio del adoptante).

Modos de egresar de la familia

En los tiempos precívicos no se admitía la idea de un miembro saliendo voluntariamente del grupo familiar. Después los hijos no alcanzaron a salir de una patria potestad que era atributo vitalicio del pater. La exclusión de la familia era sólo posible por el poder de disposición del pater.

Un modo especial de salida de la familia ocurría cuando tenía lugar un divorcio en un matrimonio que se había acompañado con la *conventio in manum*. Para que la mujer no quedara en el grupo familiar del marido, se procedía a un acto jurídico opuesto al que había originado la *conventio*: una *diffarreatio*, si se había realizado la *confarreatio*, o una *remancipatio*, si la mujer había ingresado en virtud de una *coemptio*.

La emancipación es una forma de que el *pater* libere de su patria potestad a un *filius familias* y lo convierta así en *sui iuris*.

El procedimiento es el mismo que en la adopción, sólo que luego de la tercera *mancipatio* el adquirente fiduciario procede a remanciparlo al *pater*, quien al manumitirlo conservará sobre él el derecho de patronato.

Esta formalidad, junto con la de la adopción, terminarán en la época justiniana suplidas por una presentación ante magistrado competente.

La emancipación no está sujeta a límites ni requisitos, y no es necesario que el *filius* de su consentimiento.

Se produce una *capitis deminutio mínima*: todo vínculo respecto de la familia desaparece. Aunque la cognación, como parentesco natural, no sufre alteración.

Punto 3

La Patria Potestas y la Manus en las relaciones

Mientras la *patria potestas* se ejercía sobre los *fili*, la *manus* se aplicaba sobre la *uxor* (mujer legal).

La mujer, al casarse con un *paterfamilias* o un *filiusfamilias* queda sujeta al poder jurídico (*manus*) del *paterfamilias* y en condición de hija (*loco filiae*) o de nieta (*loco nepotis*), respectivamente. Uedaba bajo la potestad de su marido o quien tuviera la potestad de éste.

El matrimonio podía realizarse *cum manu* (quedaba en posición de *loco filiae* respecto de su marido) o *sine manu* (libre).

Se trataba de una *capitis deminutio mínima*, sin importar la condición de la mujer. Para producirse este cambio de status existían tres formas:

– *confarreatio*: antigua ceremonia religiosa de los patricios con asistencia de diez testigos y del *Flamen Dialis*. Su nombre deriva de *panis farreus* (pan de cebada) que comido en común simbolizaba una perfecta comunión de la vida. El Flamen Dialis iba a buscar a la novia a su casa y sus padres la despedían. En el camino hacia la casa de su futuro marido se arrojaban flores y se cantaban canciones. Luego el marido alzaba a su mujer en brazos y cruzaba el umbral con el pie derecho. Al cortar el pan de cebada se arrojaba un trozo al hogar, como ofrenda a los dioses.

– *coemptio* (compra): es un acto del *ius civile*, una mancipatio por la cual se constituye el poder del pater sobre la mujer. El marido paga al padre de la novia una compensación por estar quitándole una "trabajadora".

– *usus*: era el ejercicio fáctico de un derecho que por el transcurso del tiempo daba lugar a la titularidad jurídica de ese derecho: si la mujer durante un año había estado conviviendo con su marido, bajo su poder o el del pater de éste, se entendía que sobre ella se había adquirido la *manus*. Además, la mujer debía visitar la casa de sus padres todos los años, y quedarse allí durante tres días consecutivos, lo que afirmaba sus derechos dentro de su familia, que aún seguían vigentes.

Obsoleta la *manus*, la mujer no integrará más la familia del marido, pero se irá reconociendo al vínculo conyugal como productor de efectos jurídicos en el ámbito familiar del marido: la mujer adquirirá derechos sucesorios y alimentarios como cónyuge y no, como antes, por razón de vínculo agnaticio.

Punto 4

Concepto y evolución histórica de los peculios

Peculium: término latino, se refiere a un pequeño patrimonio admitido y gozado con independencia por su sujeto. En las concepciones jurisprudenciales, el peculio se considera como un patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del paterfamilias. Es una entidad económica de bienes y supone una separación del patrimonio que se entrega a un sometido para su cuidado e incremento.

A los *alieni iuris* no se los reconocía como titulares de derechos reales ni de crédito; no podían poseer nada suyo. Aunque, aún siendo incapaces de derecho, pueden ser capaces de hecho o de actuación.

Ese principio absolutamente excluyente de capacidad patrimonial de los filiifamilias subsistió siempre, teórica y formalmente, pero el desarrollo gradual de los peculios lo fue deteriorando en la realidad.

En el derecho justinianeo ha desaparecido prácticamente, aunque subsiste para el *filius* la incapacidad de nombrarse herederos.

• Peculium profecticium: llamado así por ser un peculio a *patre profectum* (proveniente del pater). Se trataba de una parte del patrimonio del pater que éste concedía al *filius* para que se lo administrara y/o gozara. La propiedad seguía siendo del pater. La jurisprudencia y el pretor admitieron que el pater fuera civilmente responsable por las deudas contraídas por los sujetos a su potestad dentro del monto del peculio (*actio de peculio*).

• Peculium castrense: para los filiifamilias esa práctica de manejar una parte desglosada del patrimonio tuvo un mayor desarrollo. A partir de Augusto, el llamado *peculio castrense* fue comprendiendo lo adquirido por el

filius durante y con motivo de su carrera militar, y aun ciertas donaciones y herencias. Sobre él el *filius* se comporta como un pater; puede donar *mortis causa* y testar; hasta puede contraer obligaciones con su pater.

- *Peculium quasi castrense*: a partir de Constantino, la legislación consolida más ampliamente la independencia patrimonial del *filiusfamilias*, asimilando al peculio castrense todos los bienes adquiridos en la función pública o por larguezas imperiales.

- *Peculium adventicium o bona adventicia*: Constantino había abierto el camino a que se reservara al *filius* lo recibido por línea materna, sea donaciones, legados o herencias. El pater familias no adquiría esos bienes, sino que sólo tenía el usufructo de ellos.

Justiniano dispuso finalmente que el pater sólo sería propietario de lo que el *filius* adquiriera *ex re patris* (a partir del patrimonio del pater). Todo lo otro adquirido sería *peculium adventicium* (peculio que viene de otra parte). De él formalmente el pater era el titular, pero no tenía su disposición, sino sólo la administración y el usufructo. En el derecho justiniano sólo el profecticio continuó siendo verdadero peculio.

- *Actiones adiecticiae qualitatis* (acciones de índole adicional): Son excepciones en el principio del viejo *ius civile* de que el pater no queda obligado por las deudas contraídas por los sujetos a su potestad.

El pretor otorgó acciones contra el pater, añadiéndose a las directas que competen al acreedor contra los que personalmente contrajeron las deudas.

- La acción de *peculio et de in rem verso* establece dos *condemnationes*: una estableciendo la responsabilidad del pater por el monto de la utilidad o enriquecimiento por él obtenido del crédito; la otra, por hasta el monto del peculio, cuya existencia fue el presupuesto del crédito.

- La acción *quod iussu* (por cuanto orden) corresponde por el total de la deuda cuando ésta ha sido contraída con orden o ratificación del pater.

- La acción *exercitoria* se da contra el pater armador por la totalidad de las deudas contraídas por el *magister navis* (capitán de la nave), sea éste un sometido a la potestad de aquél o un *sui iuris*.

- La acción *institoria* es similar a la anterior, sólo que referida a las deudas contraídas por el gerente (*institor*) de establecimiento comercial.

- La acción *tributoria* se da contra el pater en el supuesto de que el sujeto a la potestad de aquél, en el ejercicio de un comercio en el que se hubiere empleado el peculio, resultare insolvente y terceros acreedores, en concurso con el pater, se consideraran perjudicados por no haber recibido, por dolo del pater en las operaciones distributivas, lo que les correspondía.

Punto 5

El matrimonio

Los juristas romanos no intentaron definir o encuadrar en alguna categoría jurídica la institución matrimonial romana.

Se trata de una institución social con relevancia jurídica que consiste en una permanente situación, en un status, de convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer (*affectio maritalis*) y constituyentes de una sociedad doméstica.

La voluntad no se requiere en forma de expresión solemne en un instantáneo acto inicial del que se originan

las consecuencias jurídicas permanentes del estado matrimonial, las que subsisten aunque esa voluntad haya dejado de existir.

Para los romanos se requiere una voluntad permanente, continua, que se manifiesta o presume con el hecho mismo de la convivencia.

Cuando falta, se disuelve el matrimonio.

La configuración jurídica del matrimonio resulta transformada, en el período posclásico, por la influencia del cristianismo.

Se configura el delito de bigamia, se habla de un precedente matrimonio como impedimento para contraer otro. En la concepción clásica el matrimonio primero deja automáticamente de existir ante la concertación de un segundo matrimonio.

Concepto

Los juristas clásicos entienden que existe el estado social de matrimonio cuando un hombre y una mujer libres que tienen conubium entre ellos (es decir, capacidad reconocida por el *ius civile* de constituir entre ellos una relación de *iustae nuptiae*) y que no tienen impedimentos legales, establecen una relación de convivencia con la efectiva intención y continua voluntad de permanecer unidos como marido y mujer.

Normas que lo rigen

Se requieren tres aspectos positivos: idoneidad física (pubertad), capacidad jurídica (conubium) y consentimiento (voluntad).

a) Idoneidad física: los contrayentes debían ser púberes.

b) Connubium: debido a las diferenciaciones entre libres y esclavos, y entre las categorías de ciudadanos, a las personas de distintos status sociales o grupos nacionales no se les reconocía la capacidad para constituir un matrimonio válido.

c) Consentimiento: aparte del de los contrayentes se requiere el del *paterfamilias* del cónyuge *alieni iuris*. Este consentimiento, que tiene el carácter de una *auctoritas* se habría requerido sólo para el momento inicial del matrimonio; no como el de los cónyuges, que debe ser permanente.

Impedimentos

Son circunstancias derivadas de motivos éticos, sociales y religiosos. Son absolutos si la incapacidad de contraer matrimonio es en relación con cualquier persona, y son relativos si esa incapacidad es respecto de personas determinadas.

- Por precedente matrimonio: el matrimonio romano fue siempre monogámico, y la bigamia, causal de infamia.

- Por diferencias sociales: la *lex Iulia* prohibió a la clase senatorial el matrimonio con libertad o con mujeres "abjectas" (actrices, prostitutas, etc.). En el siglo VI d.C. se prohíbe el matrimonio de una mujer libre con un colono de otro.

- Por sanciones penales: fue prohibido por la *lex Iulia* el matrimonio de la adúltera. Posteriormente, el del raptor con su víctima.

- Por motivos éticos: está prohibido el matrimonio del tutor, su pater y sus descendientes con la pupila, antes del rendimiento de cuentas. También el de los magistrados con mujeres de su provincia, hasta no haber abandonado sus funciones en ella.
- Por motivos religiosos: por influencia del cristianismo se prohibió el matrimonio entre hebreos y cristianos y entre padrino y ahijada.
- Por motivos de parentesco: en línea recta, entre ascendientes y descendientes, está prohibido en cualquier grado. En línea colateral, entre hermano y hermana, y entre tíos y sobrinos. Luego se eliminó la prohibición de casamiento entre tíos y sobrinos. Los mismos impedimentos corren para parientela adoptiva, a no ser que se de la emancipación. También para la cognatio de los esclavos, si han sido liberados. Por afinidad, estaban prohibidos los matrimonios entre suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, madrastra e hijastro.
- Plazo para contraer nuevo matrimonio: no puede contraer matrimonio la mujer antes de transcurridos diez meses desde la muerte de su marido anterior. Ampliado ese período a un año, se extendió también a los csos de divorcio: su objeto era evitar confusiones en cuanto a la paternidad de eventuales hijos concebidos. Por eso cesaba inmediatamente después de un parto. De no cumplirse esta disposición, la sanción impuesta era la infamia.

Efectos

- a) los concebidos en tal unión son hijos legítimos, ciudadanos romanos (siempre que existiera el *connubium* y el varón fuera ciudadano romano), y sujetos a la patria potestad del pater.
- b) se establece el vínculo de afinidad, relación entre un cónyuge y los cognados del otro.
- c) hay obligación de fidelidad por parte de la mujer
- d) entre cónyuges se admite el *beneficium competentiae*. En el derecho posclásico, en razón de la *reverentia* entre cónyuges se prohíben entre ellos las acciones que acarrear infamia.
- e) entre cónyuges se establecen derechos sucesorios y a alimentos.
- f) juega la praesumptio Muciana, según la cual, las adquisiciones hechas por la mujer casada se entendían que habían sido hechas por el marido.
- g) existe prohibición de donaciones entre cónyuges, mientras transcurra el matrimonio.

Matrimonio peregrino

La unión entre peregrinos o entre un peregrino y una ciudadana romana no producían esos efectos y consecuencias de las *iustae nuptiae*. Los hijos tienen el status civitatis del padre en el momento de engendrarlos y están regidos por las normas del ordenamiento jurídico de la comunidad de donde el padre es originario.

Concubinato

Se trata de una unión estable de un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer. Sin intención por la falta de *affectio maritalis*, y del *honor matrimonii* (trato matrimonial); sin posibilidad, por la falta de *connubium*.

En el período republicano, el concubinato fue una relación de hecho no prohibida ni reconocida por la ley, ni reprobada por la opinión pública.

La ley *Iulia de adulteriis* penaba como *adulterium* (cuando alguno de la pareja era casado) o *stuprum* (cuando ambos eran solteros) a toda relación sexual extramatrimonial y enumeraba a mujeres con las que no se consideraba configurable el *stuprum*: esclavas, mujeres del espectáculo público, condenadas como adúlteras, prostitutas, nacidas de humilde origen y libertas. La *lex Iulia et Papia Pappaea* negaba *connubium* entre esas mujeres y los ciudadanos ingenuos o, por lo menos, los senadores y sus descendientes, es decir, les quitaba la posibilidad de *iustae nuptiae*.

Por influencia del cristianismo se atribuyeron al concubinato efectos jurídicos y se establecieron requisitos, configurándolo como una unión similar (aunque inferior) al matrimonio. Se suprimieron los impedimentos matrimoniales basados en razones sociales, por lo que se favoreció la conversión de concubinato en matrimonio.

Sponsalia

Es la promesa recíproca de futuro matrimonio. Institución similar a la de nuestro compromiso, pero con mayores formalidades y relevancias jurídicas.

Hasta fines del período republicano, aquel compromiso, contraído por sponsio o stipulatio entre los padres de los futuros contrayentes, habría dado lugar a reclamación judicial *ex sponsu* (por lo prometido) por un monto pecuniario según el interés del actor en que la mujer fuera dada o recibida en matrimonio.

La jurisprudencia clásica juzgó contra *bonos mores* (contra las buenas costumbres) cualquier estipulación que constriñera la libertad de casarse o de divorciarse. Se consideró pasibles de infamia a quienes se establecieron en esponsales con más de una persona.

A partir del siglo IV las constituciones imperiales establecen un régimen de formas y consecuencias de los esponsales. El *sponsus* o la *sponsa* pueden reclamar la devolución de sus donaciones hechas en vista al futuro matrimonio sólo cuando éste no se realizare por culpa de ellos.

Efectos de la relación entre *sponsi*: – la relación sexual de la sponsa con un tercero se considera adulterio; – la muerte del otro o de sus padres es considerada parricidio; – se establecen impedimentos iguales a los de la afinidad; – otros impedimentos del matrimonio juegan también para los esponsales.

Subsistirá la plena libertad de contraer vínculos matrimoniales y la consiguiente nulidad de cualquier cláusula penal en su contra, aunque esto último haya sido en cierto sentido superado por la difusión de la práctica de las *arras*.

El divorcio

Una de las causales de disolución del matrimonio es la muerte de uno de los cónyuges. Pero existen muchas más causales de disolución en el Derecho Romano que en los modernos: como se concibe el matrimonio como un status permanentemente efectivo y querido, las capacidades y requisitos deben existir no sólo al principio, sino continuadamente a lo largo de toda la duración del matrimonio, duración que queda así condicionada: **a)** a la no aparición de incapacidades o impedimentos; **b)** al mantenimiento de los requisitos; **c)** a la subsistencia del elemento material de convivencia y **d)** del voluntario, la *affectio maritalis*.

Según el cristianismo:

a) se disuelve el matrimonio si un cónyuge deviene esclavo o pierde su status civitatis, o el casado con una liberta llega al Senado, o le sobreviene por adopción un parentesco que cause impedimento.

b) se disolvía, en los primeros tiempos, el matrimonio cuando la voluntad de los padres, que habían

consentido, cambiaba.

c) se disuelve con la captura del cónyuge por el enemigo, pues no se aplicaba el *ius postliminii*.

d) cuando falta la *affectio maritalis* hay disolución por divorcio.

El divorcio no es un acto jurídico ni sujeto en principio a formas. Si hubo *conventio in manum* se necesitarán actos solemnes para deshacerla: la *diffarreatio* o la *remancipatio*.

Desde Constantino se inicia una lucha contra el divorcio: se establecen penas y desventajas patrimoniales para desalentarlo, pero no se llega nunca a negar su validez.

En el derecho justiniano se establece un régimen basado en cuatro hipótesis:

a) *Divortium ex iusta causa*: resulta de la voluntad unilateral de un contrayente y está motivado por culpa del otro (adulterio e inconducta de la mujer, atentado contra la vida, incitación a la prostitución, conspiración contra el emperador, etc.).

b) *Divortium sine causa*: también unilateral, pero sin las causas de culpabilidad del otro cónyuge. Es desalentado con la imposición de varias cargas y sanciones.

c) *Divortium ex communi consensu*: por común consenso. Justiniano lo prohibió, pero fue restablecido luego de su muerte.

d) *Divortium bona gratia*: debido a causa que no produce sanción para ninguno de los cónyuges: incapacidad de generar, cautiverio bélico de más e cinco años, ausencia del soldado sin dar noticias por más de cuatro años, caída en esclavitud de un liberto, locura furiosa, voto de castidad o reclusión en convento, etc.

Punto 6

Concepto y evolución histórica de la dote

Se entiende en general por *dote* (dos) una cantidad determinada de bienes que la mujer, o un tercero, entregan al marido para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio.

La dote, en principio, pasa en propiedad al marido, pero en esto hubo una lenta evolución:

En los primeros tiempos, el marido podía disponer libremente de los bienes dotales.

En una segunda etapa, se comenzará a poner de relieve que si bien están en poder del marido, son, en realidad, de la mujer, destacándose el papel que podrían tener estos bienes en caso de disolución del matrimonio. Así, estaba prohibido para el marido enajenar los inmuebles itálicos dados en dote, sin el consentimiento de la mujer.

En la época justiniana, si bien formalmente se podría seguir hablando de propiedad del marido sobre la dote, en realidad lo que éste detenta es un usufructo. Incluso, muerta la mujer, los bienes dotales van a los hijos.

Ya en la época republicana la mujer tendrá una *actio rei uxoriae* para reclamar la dote, una vez disuelto el matrimonio.

Restitución de la dote

Si el matrimonio concluía por la muerte de la mujer, la regla general era que el marido retuviese la dote. Si concluía por la muerte del marido o por divorcio, la mujer tenía la *actio rei uxoriae*. Si era *sui iuris*, la *actio* la podía ejercer sólo ella; si era *alieni iuris*, entonces su pater, con consentimiento de ella. El marido cuenta, para la restitución de la dote, con algunos beneficios:

1. Si se trata de bienes fungibles, podrá devolverlos en tres cuotas anuales, de ser otra clase de bienes la devolución deberá ser inmediata.
2. Cuenta además con el *beneficium competentiae*, de tal modo que no puede ser condenado más allá de su activo patrimonial.
3. Podrá hacer uso de determinadas retenciones que importarán deducciones de lo que debe restituir: **a)** *Retentio propter liberos* (por causa de hijos): para el supuesto de disolución por muerte de la mujer podrá retener un quinto por cada hijo, si hubo divorcio por culpa de la mujer podrá retener un sexto por cada hijo no pudiendo pasar, en total, de tres sextos. **b)** *Retentio propter mores* (por causa de costumbres): para el supuesto de adulterio de la mujer, podrá retener un sexto, si se tratara de otras causas por culpa de la mujer podrá retener un octavo. **c)** *Retentio propter impensas* (por causa de gastos): en todos los casos, el marido podrá retener lo gastado en mejoras necesarias y útiles. **d)** *Retentio propter res donatas* (por causa de cosas donadas): podrá igualmente retener el monto de lo donado durante el matrimonio. **e)** *Retentio propter res amotas* (por causa de cosas llevadas): también podrá retener el valor de las cosas que la mujer le hubiera sustraído.

En la época posclásica, el sistema se irá afirmando en el sentido de asegurar a la mujer los bienes dotales para hacer frente al futuro, una vez disuelto el matrimonio; igualmente, se asegurará el futuro de los hijos.

Donaciones matrimoniales

La regla general es que toda donación efectuada entre marido y mujer es nula. El propósito es tratar de evitar que, a la sombra de los sentimientos, uno de los cónyuges se aproveche de la generosidad del otro, así como también evitar la retirbución onerosa del afecto conyugal.

En la época posclásica aparecerá la idea de donaciones *ante nuptias*, que se contraponen a las prohibidas, ya que no siceden en el matrimonio, sino antes del matrimonio, y juegan como una contrapartida de la dote.

Además, en la época de Justiniano, se permitirán las donaciones *propter nuptias* (a propósito de las nupcias), que son verdaderas contradotes, y estarán asimiladas en sus efectos esenciales y restitutorios a las reglas que rigen para la dote.

Unidad XIX: Tutela y curatela

Punto 1

Concepto y evolución histórica de ambas instituciones

Podían existir personas con plena capacidad de derecho, pero con capacidad de hecho disminuida por razones de edad, sexo, enfermedad, etc. Con el propósito de brindar a estas personas protección jurídica existieron la tutela y la curatela.

En cuanto a la tutela, había una para los impúberes y otra para las mujeres.

De las variadas clases de curatelas que hubo, se destacan la de los menores de 25 años, la de los pródigos y la de los enfermos mentales.

Varias clases de tutelas

La tutela, según la forma de ser designado el tutor, puede ser *testamentaria*, *legítima* o *dativa*.

Testamentaria

El tutor era designado por el paterfamilias en su testamento. En principio, la designación debía recaer sobre otro paterfamilias. Posteriormente se extendió a filiifamilias, latinos y esclavos simultáneamente manumitidos en el testamento.

Si el testamento estaba viciado, se lo consideraba nulo de nulidad absoluta.

Dado que se consideraba un honor el haber sido designado tutor, no podía rechazarse la tutela.

Legítima

En el supuesto de que no existiera tutor testamentario, o que el testamento fuera nulo de nulidad absoluta, o el tutor testamentario hubiese rechazado la tutela, la ley designaba un tutor. El cargo recaía en el agnado más próximo del incapaz; en su defecto, uno de los gentiles.

Dativa

Fue establecida por la *lex Atilia*, en que se estatuyó al pretor urbano, en cooperación con la mayoría de los tribunos de la plebe, como encargado de dar un tutor al incapaz que careciera de él. No estaba permitido rechazar ni ceder la tutela, pudiendo su ejercicio ser forzado por el magistrado. Aunque existieron algunas causas de excusación para el ejercicio de la tutela: edad avanzada, enfermedad grave, ejercicio otras tutelas simultáneamente, residencia alejada, servicio militar, cargos públicos, tener muchos hijos, etc.

Punto 2

Administración de la tutela

Antes de entrar en el ejercicio de la tutela, el tutor debía prestar garantía al pupilo de no disminuir el patrimonio pupilar, y establecer ante escribano cuál era ese patrimonio, aunque también se tomaba como válido el inventario hecho por el pupilo bajo juramento.

En los casos en que el pupilo y el tutor actuaban conjuntamente, el tutor imponía su *auctoritas*, que servía de complemento a la deficiente capacidad del pupilo, quien empero debía ser lo suficientemente evolucionado mentalmente para proferir las expresiones requeridas para el negocio jurídico (ser cercano a la pubertad). Cuando el pupilo era un *infans* (cercano a la infancia), el tutor debía actuar por sí solo mediante la *gestio negotiorum*. El tuto actuaba a nombre propio, pero por cuenta del pupilo; es decir, el tutor se convertía en sujeto activo o pasivo de las obligaciones pero con el cargo de posteriormente traspasar el crédito o la deuda y esos derechos reales al patrimonio del pupilo. Por lo que el tutore no podía llevar a cabo actos personalísimos, tales como aceptación o renuncia de herencias, nombramiento de *procurator*, *acceptilatio*, etc.

El tutor disponía de los bienes del pupilo como si fueran suyos, aunque estas facultades le fueron siendo restringidas:

a) en la época preclásica se les prohíbe hacer donaciones importantes.

b) por medio de la *oratio Severi* se les impide enajenar predios rústicos y suburbanos, extendiéndose posteriormente a los fundos poseídos de buena fe y junto con la prohibición de constituir derechos reales.

c) Constantino les prohíbe la enajenación de todo tipo de inmuebles, de las cosas muebles de alto valor y de los esclavos.

d) en el derecho justiniano aparece regulada la inversión de capitales, los que se debían usar para adquirir inmuebles.

Tutela de mujeres

Dado que la mujer era púber (en caso contrario estaríamos ante la *tutela impuberi*) las funciones del tutor se limitaban a la *auctoritas*, al contar la pupila con facultades para poder llevar a cabo el acto jurídico.

La *auctoritas* era requerida únicamente para negocios *iuris civilis* tales como la enajenación de *res Mancipi*, la aceptación de herencias, la *acceptilatio*, la manumisión, etc.

La *tutela mulierum* podía ser de cualquiera de los tres tipos establecidos para los impúberes. Para la tutela legítima se llamaba al agnado más próximo, para la *uxor in manu*, el tutor era, en primer lugar, su propio hijo.

En la tutela testamentaria el testador generalmente concedía a la pupila la *optio tutoris*, por medio de la cual ésta podía elegir la persona de su tutor. Este fue el primer paso hacia la extinción de la *tutela mulierum*.

La mujer, aunque fuera *sui iuris* (por ejemplo, por muerte de su pater), debía tener un tutor, ya que nunca podía ser cabeza de familia. Esto fue luego desapareciendo hasta que quedó determinado por defecto el matrimonio *sine manu*, en el que el patrimonio de la mujer se confunde con el del hombre. Pueden administrar el patrimonio:

- Por el *ius liberorum*: las mujeres ingenuas que tuvieran 3 hijos se liberaban de la tutela. También las libertas con 4 hijos.
- Bienes dotales: vienen por parte de la mujer. Los entrega ella misma, su pater o un tercero.

Punto 3

La curatela, sus clases

Esta institución aparece a propósito del *furiosus* y del pródigo. En el primer supuesto el poder del *curator* afecta a la persona y los bienes del enfermo mental, mientras que en el segundo la *curatela* se limita al patrimonio heredado por el pródigo.

Curatela del furiosus

No se requería intervención judicial: al producirse el desequilibrio mental surgía la incapacidad y la consecuente necesidad de curatela. El enfermo mental no debía tener intervalos lúcidos ni posibilidades de discernir.

En este caso la curatela podía ser legítima o dativa, considerándose que no había una verdadera curatela testamentaria ya que una indicación del pater en tal sentido era considerada como una propuesta al magistrado. Como curadores legítimos debían figurar en primer lugar los agnados más próximos, y en su defecto, los gentiles. La actuación del curador era siempre una gestión.

Curatela de los pródigos

Condición previa a esta curatela es una interdicción que emana del magistrado. La ley de las XII tablas definía

al pródigo como una persona con descendencia que malgastase los bienes heredados ab intestato de sus ascendientes agnaticios. Similarmente a lo que acontecía con el furiosus, la curatela se acordaba a los agnados y gentiles.

La primitiva figura se fue ensnchando, abarcando a los que dilapidaban cualquier tipo de fortuna, tuviera o no hijos. La incapacidad del pródigo se fue atenuando. Así, en el derecho clásico se le permitieron los actos que podían mejorar su situación patrimonial. Pudieron entonces adir una herencia, pero no testar, ni siquiera con el consentimiento del curador.

Curatela de los menores de 25 años

La *lex Plaetoria* dará origen a la curatela para los menores de 25 años (*cura minorum*). Esto se debía a que el impúber de 13 años y el púber de 14 no tenían gran diferencia en cuanto a su experiencia, por lo que muchos mayores se aprovechaban de esto para quedar favorecidos en los negocios.

Punto 4

Acciones derivadas de la tutela y de la curatela

Tutela

En la ley de las XII tablas se pueden encontrar dos acciones dirigidas contra los tutores que faltaban a su deber:

1) *accusatio suspecti tutoris*: era una acción pública por medio de la cual se lograba la destitución del tutor y se designaba otro.

2) *actio de rationibus distrahendi*: acción de carácter privado penal por medio de la cual se multaba al tutor con el doble del valor de los bienes defraudados al pupilo. Deja sin efecto la tutela.

A fines del período republicano surgió la *actio tutelae*, que permitía obtener del tutor o de sus herederos una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por su mala gestión y la devolución de los bienes administrados. Además se concedió al pupilo una acción subsidiario contra el magistrado que, cuando le incumbía el deber de investigar al tutor que debía nombrar o confirmar, hubiese actuado con evidente imprudencia o negligencia: se lo responsabilizaba por los daños sufridos.

Pero el tutor también tenía una acción contra su pupilo: la *actio tutelae contraria*, en la que el tutor demanda al pupilo por los gastos de conservación. Por ejemplo, si dentro del patrimonio se encontraban animales y esclavos, y el pupilo no tenía dinero suficiente, el tutor debía pagar por su mantenimiento, ya que estaba obligado a la conservación del patrimonio.

Curatela

Para el caso en que los sui iuris jóvenes fueran engañados aprovechándose de su inexperiencia, surgió la *lex Plaetoria*, que introducía una acción pública contra los que hubieran usado de artimañas para beneficiarse, sin llegar necesariamente a constituir dolo. Pero esta *lex* no establecía que se volviera a la situación anterior al negocio, entonces surge una acción: *ACTIO IN INTEGRUM RESTITUTIO*. Ésta restituía los bienes que habían sido apropiados en forma irregular por personas mayores. Esto creó una gran inseguridad y provocó el hecho de que nadie quisiera negociar con los menores, por lo que se soluciona la situación con la curatela para menores de 25 años, en la que el curador le "presta" su auctoritas a la persona para completar su capacidad.

Unidad XX: Derecho sucesorio

Punto 1

Concepto de herencia

Hereditas: transmisión por acto único del patrimonio, o sea el conjunto de derechos y obligaciones a un heredero, a excepción de aquellos que no pueden transmitirse.

Con la palabra sucesión se designan en el derecho clásico las adquisiciones *per universitatem*, en bloque y simultáneamente, de todos los bienes de una persona. En el derecho justiniano se extiende a los negocios jurídicos por los que se opera una transferencia de dominio de cosas singulares.

Así, la palabra *successio* tomó, en general, el significado de adquisición derivativa: una persona sucede a otra, es decir, va a ocupar su situación en la titularidad de un derecho o de una universalidad de derechos.

El pater fundador de la familia era venerado generación tras generación, y debían continuarse las *sacre privata* y las *mores maiorum*. Entonces se instituía un sucesor.

Se establecieron dos criterios clasificatorios de las sucesiones, que pueden combinarse entre sí:

a) sucesiones a título particular y a título universal.

b) sucesiones *inter vivos* y *mortis causa*.

Sucesión inter vivos: tienen efecto durante la vida del individuo.

Sucesión mortis causa: tienen efecto después de la muerte del individuo.

Origen y evolución

En los tiempos arcaicos las instituciones que giran alrededor de la sucesión *mortis causa* deben de haber estado en estrechísima relación con la fuerte y política organización de la familia, en la que el *paterfamilias* es, más que un individualista titular de derechos patrimoniales, un jefe que rige como señor absoluto de la vida social y económica de su grupo. La sucesión debe entonces de haber sido en su status de jefatura y no respecto de la propiedad de bienes, pues éstos estaban asignados, en el pensamiento social, al grupo familia.

Junto a los cambios socioeconómicos ese poder gerencial del pater sobre el patrimoni familiar habríase convertido en propiedad privada individual, con exclusión de los demás miembros del grupo. Su capacidad de designación de heredero por testamento debe haber adquirido un predominante carácter de libre disposición de los bienes patrimoniales. Esa absoluta libertad de disponer llevó a la necesidad de prevenir abusos y omisiones. Así, se establecieron pautas de limitación cuya expresión más trascendente habría de ser la institución de la legítima.

Paralelamente con la transformación de la familia, que pasa de una estructuración de amplio grupo de apretada vida social, económica y política bajo la común dependencia de un jefe a la familia individualista, evoluciona el sistema de la sucesión intestada. Por ende, pasa a tener relevancia jurídica la cognación.

Una última trascendente evolución es la que lleva a la simplificación formal de los testamentos y a la complementación de éstos por codicilos y fideicomisos, orientados a facilitar el ejercicio de disposiciones de última voluntad.

Interés social y particular

El problema del destino y translación de los derechos de que era titular una persona en el momento de su muerte aparece resuelto sobre la base de dos criterios: **a)** el de que el ordenamiento jurídico lo regle, atendiendo al interés social y al del grupo familiar; **b)** el de facultar a las personas a que en un acto destinado a tener valor jurídico *post mortem* designen las personas que lo sucederán en forma universal o particular.

El primer criterio es común a todos los pueblos. Pero éste ha sido absolutamente original en la concepción del segundo, con su exclusiva creación del *testamentum*, el que no sólo se usó para designar a quienes sucederían en la universalidad de sus derechos, sino también, a partir de cierta época, para disponer la sucesión o translación de cosas o derechos singulares a terceros, pero dupeditada a la efectiva adquisición de la condición de herederos por parte de los así designados.

En el ordenamiento romano rigen los dos criterios: el de la sucesión testamentaria y el de la intestada, que, como el nombre de esta última lo indica, sólo entra en juego cuando no hay testamento o éste resulta inválido.

En efecto, hay una absoluta incompatibilidad: si hay institución testamentaria válida de ciertas personas como herederos, sólo ellos pueden serlo, aunque las cuotas asignadas expresamente no cubran la totalidad de la herencia. Lo no cubierto irá a incrementar la porción de los herederos testamentarios en la proporción de las cuotas asignadas.

Esto ocurre, en principio, aun en el régimen de la llamada sucesión legítima o necesaria, por la cual el ordenamiento jurídico había llegado a establecer una cuota mínima que necesariamente debía dejarse a ciertos parientes cercanos: si el testamento respectaba la legítima, corrían íntegramente sus disposiciones; si no, podía ser objeto de la *querela inofficiosi testamenti* (queja de testamento que no cumple con el deber), victoriosa la cual, quedaba nulo el testamento y entraba en juego la sucesión intestada.

Punto 2

Sucesión testamentaria y ab intestato

El testamento es un acto solemne de última voluntad por medio del cual se instituye heredero. Puede contener otras cláusulas pero, en principio, la eficacia de las mismas dependerá de la existencia de la institución de heredero, de la cual Gayo dice bien claramente, resaltando su importancia, que es *caput et fundamentum* (cabeza y fundamento del testamento).

Sucesión testamentaria

La herencia testamentaria tiene precedencia respecto de la herencia *ab intestato*, lo cual significa que muerta una persona lo primero que corresponde averiguar es si ha dejado expresada su voluntad en un testamento. De no ser así o de haberse dejado testamento pero ser éste nulo o no existir herederos, entonces corresponde abrir la herencia *ab intestato*.

Formas de testamento:

• *Testamentum calatis comitis – Testamentum in procinctu*: El primer tipo se celebraba ante las curias en los comicios convocados (*calatis comitiis*) dos veces por año y presididos por el pontífice máximo. Su sucedáneo en tiempos de apremio bélico era el *in procinctu* (en disposición de batalla), celebrado ante la formación militar. Según la interpretación de los juristas clásicos en el testamento el pater nombraba herederos que lo sucederían en el total de sus derechos subjetivos patrimoniales. En cambio, interpretaciones recientes concuerdan en el carácter político y no patrimonial de aquel testamento: se trataría de la designación primitiva de un verdadero sucesor en la jefatura del grupo militar y no en la masa patrimonial. El heres habría tenido la absoluta disposición del patrimonio familiar como jefe o gerente del grupo y no como sucesor individual de derechos patrimoniales privados.

•*Testamentum per aes et libram*: el primer tipo de testamento de índole patrimonial habría sido la *mancipatio familiae*, con el ritual de los actos *per aes et libram* (por el cobre y la balanza). En un primer momento se permitía que quien se encontrara en peligro de muerte hiciese ante otro una *mancipatio* de todo su patrimonio, de tal modo que quien la adquiriese por un acto de buena fe se comprometiera a distribuir los bienes conforme con las instrucciones del testador. En un segundo momento se constituirá una forma más típica de testamento. Si bien en éste continuará figurando el *familiae emptor* para que el acto sea válido, el aspecto central será ahora la *heredis institutio*.

•*Testamentum praetorium*: el pretor considerará que la realización de la *mancipatio* podía ser obviada. Por ello determinará en su edicto que concederá la posesión hereditaria a todo aquel que le presente su nombre escrito en las tablas del testamento selladas por siete testigos sin preocuparse de la probanza de las formalidades de la *mancipatio*. Esta *bonorum possessio* será *secundum tabulas* (según las tablillas).

•*Testamentum per scripturam*: en la época posclásica, las dos formas de testar se van aproximando entre sí. Por una disposición de Teodosio y Valentiniano III se determinó que el testamento debía ser presentado ante siete testigos.

•*Testamentum tripertitum*: sus bases emanan de tres derechos distintos (de allí su nombre). Se ha tomado del *ius civile* la unidad de acto; del *ius honorarium*, el número de los siete testigos y sus sellos (requeridos para hacer valer el testamento); y de las constituciones imperiales, las firmas de los testigos y del testador.

•*Testamentos especiales*: por razones singulares se apartan de algunas de las formalidades ya explicadas. **A)** en el testamento de los soldados, éstos lo hacen como quieran o como puedan, quedando dispensados dispensados del cumplimiento de las formalidades ya descritas y libres de ciertas normas sustantivas. **B)** en los testamentos celebrados en tiempos de epidemia se dispensaba el requisito de la unidad de acto, pudiéndose reunir los testigos en forma separada y en momentos distintos. **C)** En los testamentos celebrados en zonas rurales por la dificultad de encontrar testigos se exigían solamente cinco. Y si uno o varios no sabían escribir, bastaba que los otros firmaran por ellos. **D)** si el testador era ciego o no sabía escribir podía dictar sutesamento en forma oral. Más tarde pudo también utilizar un octavo testigo que supiera escribir o dictándoselo a un escribano. **E)** si el testamento era otorgado a favor de la Iglesia o de instituciones pías, podían obviarse algunas formalidades e, incluso, prescindir de ellas, a favor de la validez de las disposiciones testamentarias. **F)** se determinó que si un pater hacía disposiciones a favor de sus hijos y descendientes llamados a heredar ab intestato, aunque no fuera formalmente un testamento, podía valer como tal mientras no contuviera alguna disposición a favor de tercero.

Sucesión ab intestato

Tiene lugar siempre que por el *de cuius* no haya sido hecho testamento válido, o haya resuelto nulo, o no haya sido aceptado por los herederos instituidos.

La sucesión *ab intestato* ha pasado desde un sistema arcaico con base en la agnación a otro con base en la cognación, lo que deriva en una real convivencia en grupos familiares más chicos, organizados de acuerdo con la institución matrimonial y con la igualdad del hombre y la mujer.

La evolución de la sucesión ab intestato será analizada en etapas: la de la ley de las XII tablas, la del *ius civile* basado en la interpretación de aquélla, la del sistema de las *bonorum possessiones*, la de los senadoconsultos, la de las constituciones imperiales y la de las novelas 118 y 127 de Justiniano.

Sistema de la ley de las XII tablas

El las XII tablas se hace referencia a la sucesión ab intestato, con un texto que, según la traducción, puede interpretarse de dos formas diferentes:

– La tradicional: inspira el trabajo de los juristas romanos y el de los comentaristas medievales. Es la más confiable. Traducción: "*Si muere intestado y no hay herederos sui, que el patrimonio lo tenga para sí el agnado más próximo; si no hay agnado, que lo tengan los gentiles*". *

– La reciente: debe considerarse en función del carácter político de la familia, tanto la agnaticia como la *proprio iure*, del patrimonio familiar y del carácter prevaleciente de los status y relaciones personales sobre las patrimoniales. Traducción: "*Si muere intestado, es decir que para él ningún suus es heredero, que el agnado más próximo tome para sí el patrimonio; si no hay agnado, que lo tomen los gentiles*".

* **Análisis**: Hay tres clases de sucesores: **a)** los *heredes sui*; **b)** los agnados; **c)** los gentiles.

(A) Heredes sui: eran quienes estaban bajo la inmediata patria potestad o *manus* del *de cuius* y que inclusive alcanzaba a los póstumos que estuviesen: sin distinción de sexo y con la condición de *iustae nuptiae* los hijos y los nietos de cuyo padre (hijo del *cuius*) hubiera premuerto o sido emancipado; los adrogados o adoptados como hijos y sus descendientes en el caso de premuerte; su mujer considerada *loco filiae* y las nueras casadas con hijos premuertos si para una y otras había tenido lugar la *conventio in manum*.

Todos los *sui* sucedían, aun en desigual grado de parentesco, siempre que hubiera estado al momento de la muerte bajo el inmediato poder del *de cuius*. La proporción en la que sucedían los hijos era *per capita* (por cabeza); los descendientes de ellos sucedían *per stirpes* (por rama).

(B) Agnados: no habiendo *heredes sui*, ni actuales ni póstumo, el agnado o agnados del mismo grado más próximo suceden en proporciones *per capita* y excluyen de la sucesión a los subsiguientes en grado: los hermanos, al tío y al sobrino; estos últimos, a los primos, etc. No hay representación, ni sucesión en grado ni en orden: si un único hermano moría, o sufría *capitis deminutio*, o no efectuaba adición de la herencia, ésta no iba ni a sus hijos, ni a los hijos de otro hermano premuerto, ni a un tío, ni pasaba a los gentiles. Quedaba abierto el camino a la *in iure cessio hereditatis* o a la *usucapio pro herede*.

(C) Gentiles: a falta de agnados sucedían, de un modo desconocido para nosotros, los gentiles, es decir toda la gens. De todos modos, esa sucesión, sin duda, había desaparecido, por la completa irrelevancia de los vínculos gentilicios, en los tiempos de Gayo.

Este sistema de la sucesión *ab intestato*, llamado legítimo en razón de la ley de las XII tablas era un *ius strictum* en cuanto que reconocía únicamente la agnación y excluía de la herencia a los hijos emancipados, a los agnados que hubieran experimentado una *capitis deminutio*, al marido, a la mujer si no estaba *in manu*, a todos los parientes por vía femenina (al extremo de no haber sucesión recíproca entre madres e hijos, a no ser que por la *conventio in manum* se hubiera establecido entre ellos vínculo agnaticio). Este régimen habría de resultar *iniquitates* (no equitativo) en una sociedad cada vez más distinta de aquella gentilicia sobre cuyos intereses y valoraciones dicho régimen se había estructurado. El pretor remedió esas *iniquitates* concediendo la *bonorum possessio* a personas con vínculos cognaticios.

Punto 3

Distintas clases de herederos

Los herederos pueden ser suyos y necesarios (*sui et necessarii*), necesarios (*necessarii*) y extraños o voluntarios (*extranei aut voluntarii*).

También se agrupan en *domestici heredes*, que serían los dos primeros casos, y *extranei heredes*, o sea el último, para remarcar que los primeros corresponden al ámbito familiar y los últimos están al margen de dicho ámbito.

Herederos suyos y necesarios

Son los descendientes del pater que se encontrasen o se hubieran encontrado sometidos a su *patria potestas*. Serían: **a)** los hijos sometidos a la *patria potestas*, fuesen legítimos, adoptivos o legitimados. **b)** los nietos sometidos en forma directa a la *patria potestas*; es decir, por haber desaparecido el respectivo padre, o sea el *filius* del causante. **c)** los póstumos que nacieron después de la muerte del causante, y que de no haber sido por este hecho hubieran estado bajo su *patria potestas*. **d)** la *uxor in manu*, que se encuentra en el lugar de hija y también la nuera in manu, en caso de haber muerto su marido. En cambio están excluidos los hijos emancipados de la *patria potestas*.

Estos herederos adquieren la herencia en forma automática con la muerte del causante (*ipso iure*).

Si embargo, el pretor, también por razón de equidad, les concederá el *ius abstinendi*, de modo que los herederos que recibieran una herencia muy cargada de deudas pudieran evitarlas. Para abstenerse bastaba con que no hubieran realizado acto alguno relativo a la herencia, o sea, no haberse inmiscuido en la misma.

Herederero necesario

Se denomina así al esclavo del testador instituido heredero por éste en el mismo momento que le otorgaba la manumisión.

El propósito consistía en que quien tuviere dudas acerca de su solvencia, con el fin de evitar los efectos infamantes de la *bonorum venditio* que pudieran llevar contra él sus acreedores luego de su muerte, instituía heredero al esclavo que manumitía para que los efectos de la ejecución recayesen sobre éste.

Herederos voluntarios o extraños

Son aquellos otros herederos extraños a la familia del causante, que, para adquirir la herencia (dado que no están obligados), deberán expresar su aceptación en forma voluntaria.

En un comienzo bastaba la realización de algún acto no formal que demostrara inequívocamente la voluntad de aceptación. Esta forma se denominaba *pro herede gestio* (actuación como heredero), como en el caso de cultivar un campo perteneciente a la herencia, o arrendarlo, o venderlo.

Posteriormente comenzó a usarse una forma ritual denominada *cretio* (decisión por la herencia).

En el derecho posclásico la *cretio* caerá en desuso y finalmente será abolida por Justiniano. La forma empleada fue la *aditio hereditatis* (aceptación de la herencia), que consistía en una declaración expresa, pero no solemne.

Conforme con el *ius civile*, no hay plazo para aceptar la herencia, a menos que en una *cretio perfecta* se lo hubiere señalado. Para no dar lugar a dificultades para los acreedores que no tuviesen posibilidad de demandar sus créditos, el pretor les permitirá realizar una intimación al heredero para que declare si es heredero. El intimado podía obtener un plazo para pensar qué debía hacer.

De todos modos, siempre se admitió que el heredero voluntario o extraño pudiera manifestar su voluntad, expresa o tácita de no aceptación de la herencia. Se habló, entonces, de *repudiatio*: una vez repudiada una herencia, no cabía aceptación posterior.

Herencia yacente

Cuando la herencia aún no ha sido aceptada por el heredero voluntario hay un lapso en el cual la herencia, por

no ser del causante ni del heredero, parece no ser de nadie. En un principio se la considerará *res nullius* o *sine domino*. En la época clásica comenzó a hablarse de la *hereditas iacens* como de un patrimonio sin sujeto temporalmente.

Para poder solucionar los inconvenientes se recurría al criterio de referir tanto los beneficios como los perjuicios a la persona del heredero, ya a la persona del causante. Tanto uno como otro serán, en el interín, sustituidos por la hereditas.

Se ha llegado por ello a pensar que la *hereditas iacens* era una persona jurídica. Pero tal pensamiento no aparece del todo claro ni aun en los compiladores justinianeos.

Usucapio pro herede

Mientras no apareciese un heredero se permitía que cualquiera entrara en posesión de la herencia a los efectos de *usucapirla*.

Si aparecía un heredero, podía reclamar la herencia siempre y cuando no hubiese transcurrido el plazo de la *usucapio*; en caso contrario, la posición del usucapiente era inmovible.

Pero desde los comienzos de la época clásica se consideró que lo usucapido no debía ser la *hereditas*, sino las cosas hereditarias en forma particular.

Punto 4

Bonorum Possessio. Noción

Es otro modo de realizar una persona la adquisición del patrimonio de un difunto, además de la *hereditas*, otorgada por el pretor a pedido de parte y previo sumario o especial examen de la solicitud.

Objeto de la *bonorum possessio* era la universalidad de cosas y derechos del *de cuius*, en la que unitariamente y por el sólo acto de la concesión pretoriana, sucedía el bonorum possessor, que de no surgir quien tuviere un mejor título de sucesión llegaría, con el transcurso del tiempo, a usucapir las cosas y, con el ejercicio de acciones útiles, a realizar los derechos personales. Es decir, a conseguir una titularidad, de acuerdo al *ius civile*, de todos los derechos reales y personales que había investido el *de cuius*.

La *bonorum possessio* surgió dentro del derecho sucesorio como institución meramente posesoria: fue atribuida tanto como posesión provisional de los bienes hereditarios mientras se desarrollaba un proceso de petición de herencia, como a favor de aquellos que, justificando *prima facie* una pretensión a la herencia solicitaban ser puestos en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad del más complicado procedimiento de una *hereditatis petitio*.

La *bonorum possessio* tenía un carácter subordinado y auxiliar del sistema de la hereditas; quien la había obtenido está destinado a sucumbir frente a quien hiciera valer un mejor título de acuerdo con el *ius civile*.

Evolución histórica

Empezó siendo una institución confirmatoria del *ius civile*. Pero esto evolucionará en dos sentidos:

a) se comenzará a dar la *bonorum possessio* no sólo a los que invocaban ser herederos de acuerdo con el *ius civile*, sino también a otras personas; **b)** en muchos supuestos se la otorgó *cum re*, es decir, con criterio prevaleciente sobre lo dispuesto por el *ius civile*. Entonces resultó ampliatoria y correctora (respectivamente) del *ius civile*.

a) 1. El pretor acostumbró a conceder la *bonorum possessio* a personas instituidas como herederas por cierto acto testamentario no válido según el *ius civile*. Se trataba de una *bonorum possessio secundum tabulas* (de acuerdo con las tablillas, que estaba escrito el testamento).

2. En los casos en que el *de cuius* había muerto intestado, el pretor llegó a conceder la *bonorum possessio* a personas unidas al *de cuius* por cognación, vínculo no contemplado hasta la época por el *ius civile*. Se trataba de una *bonorum possessio sine tabulis* (sin tablillas).

3. Por último se concedió la *bonorum possessio*, aun existiendo testamento, a personas no instituidas por el *de cuius*. En esos casos se hablaba de una *bonorum possessio contra tabulas* (contra las tablillas).

b) Si tenemos en cuenta que el *bonorum possessor* se convertía en propietario *ex iure quiritium* a través de la *usucapio* (de acuerdo al *ius civile*), y que a través de las *actiones utiles* concedidas por el pretor llegaba a realizar en su favor los derechos de crédito del *de cuius*, resultaba que, sin alcanzar la categoría de *heres*, llegaba al mismo resultado práctico que el *heres*: suceder al *de cuius* en todos sus derechos reales y personales.

Resultaron dos sistemas: el del *ius civile*, que determinaba la calidad de heredero, y el pretoriano, que concedía la *bonorum possessio*. La concurrencia de estos dos sistemas llevó a la necesidad de ir articulando un orden de preferencia entre los herederos de *ius civile* y los *possessores* del derecho pretoriano.

Si el pretor concedía la *bonorum possessio* a una persona no contemplada por el *ius civile* había que resolver en cada hipótesis si el heredero civil podía actuar exitosamente contra el *bonorum possessor* por medio de una *hereditatis petitio*. Si el titular debía ceder su posesión ante la pretensión del heredero civil, se hablaba de *bonorum possessio sine re*; si podía mantenerla sería *cum re*.

El pretor, según las distintas hipótesis, pudo sostener a ciertos *bonorum possessores* ante la pretensión civilmente válida de ciertos herederos, denegándoles acción a éstos o concediéndoles excepciones a aquellos.

Al confundirse en la época posclásica el *ius civile* con el *ius praetorium* u *honorarium*, al convertirse las *actiones utiles* en simplemente directas, al unificarse la propiedad bonitaria con la quiritaria, la distinción entre *bonorum possessio* y *hereditas* perdió contenido substancial y sólo subsistió en la terminología y formalidades del procedimiento.

Adquisición y efectos

Adquisición

Para que alguien pueda ser llamado *heres* o *bonorum possessor* es necesario que exista alguna causa de delación en virtud de la cual la misma le sea "deferida" o por la cual sea "llamado".

La delación puede hacerse ex testamento (herencia testamentaria) o por la ley (*ab intestato*).

En primer término hay que dar predominio a la herencia testamentaria. Si no llegara a haber testamento, o el mismo fuera inválido, correspondería abrir la herencia *ab intestato*, no pudiéndose presentar las dos modalidades de herencia simultáneamente, ya que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.

Efectos

Entre todos los herederos surge un estado de comunidad, en virtud del cual cada uno participará, en su parte alícuota, de las cosas, de los créditos y de las deudas.

Podía suceder que alguno de los herederos no quisiera o no pudiera aceptar la herencia, por lo que, de forma *ipso iure*, la porción que le correspondía pasaba a acrecer la porción de los otros herederos.

En el caso de tratarse de herederos *ab intestato*, si uno no podía o no llegaba a ser heredero, su porción era repartida entre los demás.

En el caso de la herencia testamentaria pueden darse 3 supuestos:

1. Si se deja a un solo heredero no toda la herencia, sino sólo parte de ella, se entiende que éste acrece por el todo, porque de lo contrario se estaría violando el principio de que "no se puede morir parte testado y en parte intestado".
2. Si hay varios herederos respecto del todo, la norma será el acrecimiento, de tal modo que si no se ha hecho ninguna especificación corresponde que se haga entre todos los coherederos en forma proporcional a la cuota de cada uno de ellos.
3. Hay que recordar que conforme con las leyes caducarias la parte que debían recibir los célibes y la mitad de la que debían recibir los *orbi* (casados sin hijos) se volvía *caduca* e iba a parar finalmente al fisco.

La colación es la obligación que tienen en la sucesión *ab intestato* aquellos descendientes que, ya por ser emancipados y contar por esta razón con patrimonio propio, ya por otras causas, hubieran recibido favorecimientos del causante de denunciar dichos bienes y aportarlos al patrimonio en el que suceden al *de cuius*.

En la última época del Derecho Romano se determinará la obligación de colacionar para los descendientes, estuviesen o no emancipados.

Una vez operada la sucesión, al unirse el patrimonio hereditario con el del heredero, ambos pasan a formar uno solo, confundiéndose los créditos y las deudas hereditarias con los del heredero.

Los acreedores del causante se unen con los acreedores del heredero, encontrándose en un pie de igualdad para demandar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Los herederos del causante corrían con el riesgo de encontrarse con un heredero cargado de deudas y no lograr así el cobro de sus créditos. Por lo que pretor les concede el beneficio de la *separatio bonorum*, de tal modo que se entiende como no reunido el patrimonio del causante con el del heredero y, al estar separados, podrán demandar sus créditos sobre los bienes hereditarios sin intromisión de los acreedores del heredero.

El heredero responde de las deudas hereditarias no sólo con los bienes de la herencia, sino con los suyos propios.

Se habla entonces de una responsabilidad *ultra vires hereditatis* (más allá del monto de la herencia). Acá se presenta un caso inverso al anterior, en tanto el heredero corría el riesgo de recibir una *hereditas damnosa*. Para protegerlo, Justiniano le otorga el *beneficium inventarii*, que significaba la limitación de la responsabilidad a los bienes del activo hereditario.

Punto 5

Evolución del derecho hereditario

En los primeros tiempos el título de *heres* habría correspondido sólo al descendiente o *suus* (suyo) del paterfamilias. Así la ley de las XII tablas, cuando se trata de *agnados no sui*, no dice que serán herederos, sino

que tomarán el patrimonio.

Pero cuando el heredero, conforme al *ius civile*, ve desconocida su situación de tal, puede ejercer contra aquel que pretende ocupar su lugar en los bienes hereditarios una *actio in rem* denominada *hereditatis petitio*.

Esta acción puede ser ejercida por quien se considere que es un heredero civil contra:

1. Quien afirme ser heredero, planteándose en consecuencia el problema de titularidad entre ambos.
2. Quien esté poseyendo cosas hereditarias sin alegar título alguno y esperando producir la *usucapio pro herede*.
3. El que hubiere simulado que estaba poseyendo cosas de la herencia y que responde por los daños y perjuicios ocasionados.
4. Quien hubiere cesado dolosamente en la posesión de las cosas hereditarias por haberlas vendido.

Si el demandado se niega a ser parte y en consecuencia no se puede entablar la *hereditatis petitio*, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem*, por el cual el poseedor debe restituir las cosas hereditarias.

Por ser una *actio arbitraria*, el juez tiene amplias facultades respecto de lo que le debe ser restituido al actor victorioso.

Los efectos principales de la *hereditatis petitio* serían los siguientes:

1. el poseedor vencido debe reintegrar la totalidad de las cosas hereditarias, fueren del *dominium ex iure Quiritum*, fueren por haberlas tenido el causante in bonis, ya se tratase de un comodato, de un *pignus*, etc.
2. se debían devolver también los frutos que se hubieran percibido y se poseyeran en el momento de la *litis contestatio*; si se trataba de un poseedor de mala fe, debía devolver incluso los que hubiera dejado de percibir por no actuar diligentemente.
3. si el demandado, con anterioridad a la *litis contestatio* ha vendido una cosa hereditaria, si era poseedor de mala fe se hacía responsable del menor precio que se hubiese obtenido de la cosa, con lo que debía reponer el valor total de la venta y daños acaecidos; si era poseedor de buena fe, debía devolver el precio obtenido con la venta, o por el que se hubiera enriquecido.
4. si se trataba de créditos ya cobrados, en principio el deudor no quedaba liberado, pero el heredero victorioso podía hacerse devolver los importes obtenidos por el vencido, aprobando las prestaciones realizadas.

El heredero por el *ius civile*, en lugar de ejercer la *hereditatis petitio*, podía también ejercitar separadamente las acciones particulares o singulares, como reclamar un crédito hereditario o reivindicar el dominio de una cosa.

Con el fin de entrar efectivamente en posesión de la herencia, el *bonorum possessor* ejercía el interdicto *adipiscendae possessionis*. A su vez tenía el *interdictum quod legatorum* para recobrar la cosa de manos de quien la retuviese pretendiéndose legatario.

Limitaciones al derecho de testar

Los romanos empleaban la expresión *testamenti factio* para referirse a la capacidad de otorgar testamento, de

intervenir como testigo, de ser heredero o legatario o de obtener cualquier favorecimiento por disposición testamentaria, como, por ejemplo, una designación como tutor.

La *testamenti factio activa* se refiere al testador y la *testamenti factio passiva* se refiere a los testigos, herederos, legatarios, etc.

Testamenti factio activa

La regla general es que la persona que quiera disponer por testamento debe estar en posesión de los tres status: ser libre, ciudadano romano y paterfamilias. Además, debe gozar de la capacidad de hecho para poder hacerlo.

La *testamenti factio activa* se debe tener tanto en el momento de la *factio* del testamento como en el de la muerte del testador.

Testamenti factio passiva

En principio la posee el que tiene los tres status. Pero se pueden dar varios supuestos:

a) Los *filii* y los esclavos pueden ser instituidos herederos o legatarios, pero lo que logren pasa al patrimonio del pater. La aceptación tiene que ser hecha por autorización del *pater* o del *dominus*. El esclavo sólo puede adquirir del dueño por testamento, si al mismo tiempo es manumitido en el mismo testamento.

b) En cuanto a los *latini iuniani*, si bien tendrían esta facultad, la parte que les pertenece se volvía caduca e iba a parar al fisco, a menos que adquiriesen la ciudadanía en el plazo de aceptación de la herencia (*cretio*).

c) En cuanto a las personas inciertas (no claramente instituidas), como ser las que resultasen de una situación como la siguiente: "que sea mi heredero el primero en venir a rendirme las honrs fúnebres", no podían ser herederos.

d) En cuanto a las mujeres, se les prohibió adquirir como herederas por testamento de quienes estuvieran en la primera clase, aunque, de todos modos, podían adquirir por legados hasta una cantidad igual a la de los herederos.

e) Por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y por la *lex Papia Poppaea*, con el fin de fortalecer a la familia romana se dispusieron una serie de incapacidades respecto de aquellos que no se casaban; o que casados, no tenían hijos.

La *testamenti factio passiva* se debía tener no sólo en el momento de la *factio* del testamento, sino también en el momento de la muerte del testador. A estos dos requisitos Justiniano agregará el de ser capaz en el momento de aceptarse la herencia.

Contenido del testamento

La institución de heredero no podía ser hecha respecto de una cosa determinada. En efecto, el heredero lo es de toda la herencia o de una parte, pero instituirlo *ex re certa* (respecto de una cosa cierta) repugnaría al derecho.

La institución de heredero además, puede subordinarse a un plazo o una condición suspensivos, pero no resolutorios.

Puede ser respecto de un heredero o respecto de varios. En esta última circunstancia la división se hace por fracciones o cuotas numéricas.

Se puede dar, además, el supuesto de la substitución de heredero a fin de que si el heredero instituido en primer término no puede llegar a serlo, lo sea otro. Hay tres clases:

a) Substitución vulgar: se instituye un heredero sustituto para el caso de que el instituido en primer lugar haya premuerto o repudiado la herencia.

b) Substitución pupilar: el testador instituye heredero a un *filius impuber*, designando a otro como sustituto para el supuesto de que aquél falleciere antes de llegar a la pubertad.

c) Substitución cuasi pupilar: en la época justiniana se admite que si el pater instituye como heredero a un *filius demente (furiosus)*, debido a la enfermedad que éste padece se le permite instituirle un sustituto para la eventualidad de que llegase a morir sin haber recobrado la razón.

Invalidéz y revocación de los testamentos

Se llama *testamentum iniustum o non iure factum* (no hecho de acuerdo a derecho) a aquel al que le faltan requisitos de forma o de fondo. En estos casos el testamento es nulo desde el inicio.

Un testamento válido en cuanto a sus formas y requisitos de capacidad puede ser, sin embargo, *inutile* cuando el testador ha cometido la preterición de un *heres suus*.

Siendo inicialmente válido, se puede volver con posterioridad *irritum* (anulado) en el supuesto de que el testador haya caído en una capitis deminutio y sin perjuicio de lo establecido a propósito del *ius postliminii* y de la *fictionis legis Corneliae*.

También se puede volver *ruptum* (quebrado) para el supuesto de que con posterioridad naciera un *heres suus* por cuanto quedaría preterido.

También se puede volver *desertum* (abandonado) o *destitutum* (frustrado) para el supuesto de que los herederos hayan premuerto respecto del testador, o porque no se acepte la herencia, o cuando, sujeta la institución de heredero a una condición suspensiva, ésta no se cumpliera.

A su vez, un testamento puede ser revocado (invalidado por una declaración contra el testador).

a) En el primitivo derecho la idea de revocación resulta extraña al Derecho Romano. Pero luego se va a entender que todo testamento puede ser revocado por el otorgamiento de uno nuevo.

b) Si el testamento resulta destruido en su materialidad o el testador ha roto la cinta que con sus respectivos sellos lo mantenían cerrado, el testamento carece de valor. En este supuesto el pretor denegará a los herederos designados la *bonorum possessio secundum tabulas*, otorgando, en cambio, una *bonorum possessio intestati* a los herederos legales *ab intestato*.

c) Cuando llegamos al derecho posclásico, se van afirmando dos formas de revocación. La primera era de carácter formal y debía hacerse por el testador mediante una declaración jurada ante cinco testigos, con el fin de incluir herederos *ab intestato*. La segunda era informal, ya por el otorgamiento de un nuevo testamento o por la destrucción o apertura intencionada del testamento por parte del testador.

d) En la época de Justiniano se puede revocar el testamento por la simple declaración de voluntad manifestada por el testador ante 3 testigos o ante la autoridad judicial, una vez transcurridos diez años de haber sido otorgado.

De la libertad de testar al sistema de la legítima

En principio el testador tiene una genérica libertad de testar, en virtud de la cual el pater podía desheredar a alguno o a todos sus *filiifamilias*. Esta libertad, que supone un grado marcado de individualismo, puede contrariar los intereses de aquellos familiares llamados a heredar al causante conforme con las reglas de la herencia *ab intestato*, intereses que se enmarcaban en un principio de comunidad familiar.

Por un lado se intentará garantizar a los herederos legítimos contra ciertas deficiencias formales del testamento. Se tratará entonces de la SUCESIÓN NECESARIA FORMAL. En cambio, se irá admitiendo que, no obstante haber deficiencias formales, aquellos herederos legítimos pueden reclamar contra el testamento que los excluyó. Se tiene entonces la SUCESIÓN NECESARIA MATERIAL.

Sucesión necesaria formal

En el viejo *ius civile* el testador tenía un deber respecto de los *filiifamilias*, puesto que no podía preterirlos, es decir, silenciarlos no nombrándolos en el testamento.

El efectos de la preterición de un *heres suus* era la nulidad del testamento. Más tarde se aceptó esa regla sólo para el caso de que el preterido fuera un *filius*, mientras que se permitió preterir a las hijas o nietos, participando de una parte igual a la de los otros herederos, si éstos eran *heredes sui*; y con la mitad de la herencia si se trataba de "herederos extraños".

a) Todos los hijos varones debían ser instituidos o desheredados en forma nominativa. Pero con que se presentase un solo caso de preterido, el testamento era nulo.

b) Si se trataba de nietos o de hijas, o de la *uxor in manu* el testamento no se volvía *inutile*, pero a los preteridos se les concedía la *bonorum possessio contra tabulas*.

En el derecho posclásico bastaba cualquier forma para instituir o desheredar.

Sucesión necesaria material

Podía darse el caso de que, aún siendo el testamento válido y sin deficiencias como las de la sucesión necesaria formal, los antedichos se encontraban por el capricho muchas veces fantasioso del testador, sin el goce de la herencia y sin poder reclamar nada por la vía judicial. En este caso, el testamento sería *inofficium* (contrario al deber).

Por medio del procedimiento de la *querela inofficiosi testamenti* se admitía una amplia discusión sobre si el testador había infringido o no el *officium pietatis* (deber del afecto) por haberlos excluidos del testamento o haberles dejado bienes en cantidad muy pequeña.

Esta *querela inofficiosi testamenti* tenía la facultad de ser ejercitada por los hijos del testador que se hubieran podido presentar a la herencia *ab intestato* y alcanzaba también a los ascendientes y a los hermanos. Sólo podía ser intentada en el plazo de cinco años y no se transmitía a los herederos del legitimado. Era llevada a cabo contra los herederos instituidos en el testamento; de progresar su efecto, se anulaba el testamento.

El querellante debía demostrar no sólo su eventual vocación hereditaria *ab intestato*, sino que además había sido perjudicado por su exclusión o por la disminución de la parte que le correspondía. Luego se estatuyó que para admitirse la protesta del heredero, éste debía haber recibido menos de un cuarto de la porción debida según el régimen legítimo *ab intestato*.

Se planteaba acá una evidente inconsecuencia, ya que si el testador hubiera dejado al heredero esa cuarta parte de la herencia, éste no tendría más derecho a pedir la *querela inofficiosi testamenti*; en cambio, si le dejaba menos de esa parte "legítima" entonces obtenía la caída del testamento y con la exclusión del heredero

testamentario podía, de no existir otros, quedarse con la totalidad de la herencia. Por este hecho es que se otorga la *actio ad supplendam legitimam*, por medio de la cual el heredero no instituido podía demandar que se supliese lo que le faltaba hasta cubrir la porción legítima, dejándose subsistente el resto del testamento. El régimen queda establecido así:

a) Aumenta la *portio legitima* de un cuarto hasta un tercio cuando los herederos intestados no pasan de cuatro, y hasta un medio cuando son más de dicho número.

b) Si un heredero familiar próximo hubiese sido preterido o desheredado sin justa causa, se le concedía la *querela inofficiosi testamenti*, la cual ahora funciona de acuerdo con las modificaciones posclásicas.

De este modo, si fue totalmente excluido de la herencia, funciona como una *petitio hereditatis* por el monto de la *pars legitima*. Si en cambio, se le dejó una suma inferior a la *pars legitima*, entonces funciona como la *actio supplendam legitimam*.

c) Se establecen de manera taxativa cuáles son las causas posibles de desheredación que debe invocar el testador respecto de los herederos con derecho a la *portio legitima*.

d) Se mantienen en esta época las dos variantes admitidas desde el derecho posclásico, que eran la *querela inofficiosi testamenti*, por la cual se podían anular las donaciones excesivas efectuadas por el testador inter vivos que perjudicaran la *pars legitima*, de tal modo que lo donado regresara a la herencia, y la *querela inofficiosi dotis*, por medio de la cual se anula la dote excesiva cuya constitución hubiese agotado el patrimonio.

Punto 6

Legado y fideicomiso. Breve noción de los mismos

Legado

Se entiende por "legado" una disposición *mortis causa* incluida en un testamento con cargo al heredero instituido de que realice o permita realizar una transmisión a título singular a otra persona llamada LEGATARIO.

Clases: **a)** *per vindicationem*: se trata de un legado de propiedad por el que se transmite el dominio *ex iure Quiritum* de una cosa del testador. **b)** *per damnationem*: se trata de un legado de condena, por medio del cual se obliga al heredero que aceptó la herencia a realizar una prestación a favor del legatario. **c)** *sinendi modo*: se trata de un legado de permisión por medio del cual el heredero deberá permitir que el legatario se apropie de una cosa del patrimonio del testador o del suyo propio. **d)** *per praeceptionem*: por este legado se podía dejar sólo a un heredero, que por medio de la *actio familiae erciscundae* podía conseguir con anticipación a los demás la cosa legada; los proculeyanos, por el contrario, creían que este era un tipo de legado *per vindicationem*.

Ya que el legado dependía del testamento, el legatario debía esperar a que el heredero aceptara la herencia si era un extraño, ya que si era un heredero forzoso la adquiría automáticamente.

Para evitar que el heredero retarde la aceptación de la herencia, en caso de que el legatario estuviera en peligro de muerte, se determina el *dies cedens*: día en que nacía el derecho al legado, y el *dies veniens*: día en que efectivamente se puede materializar el legado. **a)** Para los legados puros y simples ese momento quedaba determinado en la muerte del testador. Cuando el heredero aceptaba, el legatario o sus herederos podían reclamar efectivamente el legado. **b)** Si se trata de un legado a plazo cierto, el *dies cedens* ocurrirá igualmente el día de la muerte del testador, pero deberá de todos modos transcurrir el lapso establecido para que

aconteciese el *dies veniens*. c) Si el legado está sujeto a un plazo incierto o a una condición, el *dies cedens* no ocurre sino después de que éstos se hayan cumplido.

Un legado puede ser ineficaz por invalidez del testamento o por causas propias (falta de formas, falta de capacidad para transmitirlo, vicio de la voluntad o contenido ilícito).

Según la *regla Catoniana*, si el legado era nulo en el momento de hacer testamento, no podía hacérselo valer posteriormente.

En el viejo derecho era lícito otorgar en forma ilimitada los legados. Pero si la herencia era muy gravosa por la gran cantidad de legados, los herederos se abstenían de la misma, por lo que al no ser aceptada caía el testamento y se tenía que abrir la herencia *ab intestato*, perdiéndose los legados. Así se dictó la *lex Furia*, según la cual los legatarios (salvo cognados hasta el sexto grado) no podían adquirir como tales más de mil ases. Luego se sanciona la *lex Voconia*, según la cual, fuera por legado o por causa de muerte, nadie podía adquirir más que los herederos.

Entonces se aprueba la *lex Falcidia*, por la cual le era lícito al testador legar las tres cuartas partes de la herencia siempre que reservara al heredero una cuarta parte (*quarta Falcidia*).

Fideicomisos

Se entiende por fideicomiso un ruego hecho de manera informal por el causante, por medio del cual se encomienda a una persona que cumpla algo, confiando en su buena fe (*fides*).

Los fideicomisos pueden ser a título universal (fideicomiso de herencia) o a título particular (fideicomiso singular).

Se utilizaba para superar el formulismo exigido para los legados y también ciertos inconvenientes para testar. El cumplimiento era meramente formal. Luego se establece un pretor para estos casos.

Por medio de los fideicomisos particulares se rogaba al heredero o al legatario que transmitiera una cosa al tercero beneficiado.

Se podía otorgar la herencia a una persona distinta del heredero, en los casos en que, por ejemplo, el beneficiario carecía de capacidad (*testamenti factio passiva*) para recibirla por testamento. El fideicomisario ocupaba directamente el lugar del heredero, de tal modo que las acciones de la herencia les eran concedidas a su persona bajo la forma de *actiones utiles*.

Pero ocurrió lo que con los legados: los que debían transmitir la herencia, abandonando el criterio tradicional de la *fides* respecto del testador y considerando que nada recibían, rehusaban aceptar la herencia, por lo que los fideicomisos caían incumplidos. En consecuencia se estableció que el heredero que aceptara la herencia podía retener hasta una cuarta parte, con lo que se aseguraba un margen de interés para el *heres fiduciarius*. Esta porción será denominada *quarta Pegasiana*.

Punto 7

El derecho hereditario basado en el vínculo de la sangre

Sistema de las bonorum possessiones

Se fue constituyendo un orden preferente de parientes a quienes se les ofrecía la *bonorum possessio*:

a) **Liberi** (libres): eran los descendientes sobre la base de generación y matrimonio, aunque no hubieran estado sometidos al pater en el momento de su deceso. Comprendía a los *sui* del *ius civile* y a los descendientes emancipados. Sucedian *per capita* el primer grado de parentesco y *per stirpes* y con representación los subsiguientes.

b) **Legitimi** (legítimos): recibían su título por la ley de las XII tablas. Como los *sui* ya estaban incluidos en los *liberi* y los gentiles habían dejado de suceder, sólo integraban esta categoría los agnados. No había sucesión en grados ni representación.

c) **Cognati** (cognados): son los unidos al *de cuius* por vínculos de cognación, es decir, sobre la base de generaciones legítimas por parte de varones o mujeres, y aun con base en generación ilegítima por parte de mujer. Sólo se reconocía hasta el sexto grado de parentesco y hasta un séptimo si se trataba de los nacidos o nacidas de un sobrino o sobrina. Podían, entre otros, reclamar la *bonorum possessio* como cognados: el padre y los hermanos de un *de cuius* emancipado, la madre y abuelos maternos de hijos legítimos o ilegítimos, los póstumos cognados, las mujeres excluidas por extensión de la *lex Voconia*, y todos los agnados, aun los adoptados. El pretor admitía la sucesión en grado, es decir, que si no se presentaban cognados de un primer grado, la *bonorum possessio* quedaba a disposición de los del grado consecuente. Si hay varios de un mismo grado, se divide por partes iguales.

d) **Vir et uxor**: con este último llamado el pretor estableció un recíproco derecho de sucesión entre marido y mujer, sobre la base de las *iustae nuptiae*, pero independientemente de la *conventio in manum*.

Sucesión ab intestato en los senadoconsultos

Los senadoconsultos consagran la sucesión recíproca entre madre e hijos e institucionalizan los vínculos cognaticios.

El senadoconsulto Tertuliano reconoció a la madre que tuviera el *ius liberorum* la sucesión de los hijos, legítimos o extramatrimoniales, que hubieran muerto intestados sin dejar *liberi*, ni padre manumisor, ni hermanos consanguíneos. Con la madre concurrían por la mitad las hermanas consanguíneas del *de cuius*.

El senadoconsulto Orficiano atribuyó a los hijos legítimos o ilegítimos la herencia civil de la madre, con preferencia a los consanguíneos y a los agnados de la *de cuius*,

En ambos senadoconsultos se le daba condición de herederos a personas que no formaban parte de la familia civil.

Sucesión intestada en las Constituciones Imperiales

La legislación posclásica tiende a liberar a la madre de la condición de tener el *ius liberorum* para suceder al hijo: Constantino le reconoce un tercio a la madre sin ese *ius*; Teodosio y Valentino dos tercios, con Justiniano queda libre de aquella condición.

Otra tendencia fue el incremento de la relevancia de la cognación. Valentino y Teodosio extendieron el principio del senadoconsulto Orficiano a los otros ascendientes por línea femenina, y Anastasio dispuso que opodían sucederse entre sí hermanos emancipados junto con los no emancipados, aunque por una cuota menor que la de éstos. De ese modo, la cognación entró en el *ius civile* a ser considerada en la línea colateral, en tanto hasta ese momento sólo lo era en la de los descendientes. La diferencia en la cuota fue abolida por Justiniano.

Otras numerosas medidas legislativas tendían a solucionar en forma fragmentaria casos e inconvenientes sin una labor generalizadora. El sistema que resultó se halla todavía en la compilación justiniana. Pero dos

constituciones nuevas iban a establecer un sistema unitario y completo de la sucesión ab intestato, en el que se conjugaba el *ius civile* y el *ius honorarium*.

Las novelas 118 y 127

El *filiusfamilias* quedaba equiparado a los *sui iuris*. Se establecen cuatro clases de sucesores con *successio graduum et ordinam* (sucesión de grados y clases): en cada una es llamado el pariente de grado más próximo y por su falta o renuncia se pasa al grado sucesivo.

- **Descendientes:** son herederos todos los descendientes, con prescindencia de que hayan estado bajo la patria potestad o de cualquier consideración de sexo. Suceden *per capita* los hijos legítimos, legitimados, adoptivos y extramatrimoniales respecto de la madre. Los descendientes de un hijo premuerto heredan por representación y *per stirpes* (dividiéndose la cuota que hubiese correspondido a ese hijo).
- **Ascendientes, hermanos o hermanas germanos (del mismo padre) y sus descendientes:** si sólo hay ascendientes, suceden por líneas (por mitades los paternos y maternos de un mismo grado, el más próximo). Si sólo hay ascendientes de una sola línea, ellos heredan todo. Si concurren con ascendientes los germanos suceden todos *per capita* (por la misma cuota). Si concurren descendientes de hermanos germanos premuertos, lo hacen *per stirpes*.
- **Hermanos y hermanas consanguíneos (del mismo padre) o uterinos (de la misma madre):** suceden *per capita*; si premueren, suceden sus hijos *per stirpes*, pero no los ulteriores descendientes.
- **Cognados colaterales:** suceden *per capita* los del grado más próximo, con exclusión de los demás (sin representación).

1

37

Absolutos

Propiedad o dominio

Servidumbres prediales

Propiedad o dominio

Rústicas

Urbanas

Usufructo

Uso

Habitatio

Operae servorum

Limitados o iura in re aliena

Superficies

Enfiteusis

Prenda

Hipoteca

De uso y goce

De garantía

Ius gentium y naturale

Ius civile

Ocupación

Accesión

Especificación

Confusio–commixtio

Adquisición de los frutos

Originarios

Usucapio

Mancipatio

In iure cessio

Adiudicatio

Litis aestimatio

Derivados

Tradición

Pater (Sui Iuris)

Resto de los integrantes (Alieni Iuris)

Inter vivos

a título particular: todo acto translativo de derechos entre persons, por ejemplo, una compraventa.

a título universal: no existe en el derecho actual, pero sí en el Derecho Romano. Así, en los siguientes casos:
1) bonorum venditio; 2) adrogación; 3) conventio in manum de una sui iuris; 4) adquisición de la propiedad

sobre una persona libre convertida en esclavo por el *ius civile*.

Mortis causa

a título particular: caso del legado.

a título universal: la institución civil de la hereditas (herencia) y la pretoriana de la bonorum possessio (posesión de los bienes).