

Derecho Romano: una revisión sumaria

Carlos García Torres



Colección de Textos Jurídicos

Dykinson, S.L.

FONDO EDITORIAL JURÍDICO

**DERECHO ROMANO: UNA
REVISIÓN SUMARIA**

.....



FONDO EDITORIAL JURÍDICO

DERECHO ROMANO: UNA REVISIÓN SUMARIA



Carlos García Torres

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

*Esta obra ha sido sometida a evaluación y valorada positivamente
por parte del Consejo Asesor de Editorial Dykinson*

© Copyright by
Carlos García Torres

© Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

© Universidad Técnica Particular de Loja

ISBN (Editorial Dykinson): 978-84-9982-734-6
ISBN (UTPL): 978-9942-08-326-5

ISBN Digital: 978-9942-04-734-2
Primera edición
17 de Agosto, 2015
1.400 ejemplares

Diagramación, diseño e impresión:
Ediloja Cía. Ltda.
Telefax: 593-7-2611418
San Cayetano Alto s/n
www.ediloja.com.ec
edilojainfo@ediloja.com.ec
Loja-Ecuador

A mi padre

PRESENTACIÓN

Resulta atractivo e inspirador acercarse al balcón de un segmento de la historia del derecho, e imaginariamente sentarme en el graderío de las ruinas del foro romano, en la ciudad eterna. Quien intelectualmente me ha llevado a este escenario es el Dr. Carlos García Torres, destacado docente de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la UTPL.

Acertadamente el autor, a manera de cuestiones introductorias, recrea nuestra mente en una reflexión, contrastando el derecho actual con el derecho romano. Cualquier estudioso de la materia, en la actualidad, no podrá explicarse numerosas instituciones jurídicas, sino acudiendo a la fuente, en este caso, al derecho romano.

El maestro jurisconsulto, recurre a la antigua Grecia y encuentra en Sócrates el método inspirador para presentarnos esta obra. A través de la mayéutica, a base de preguntas y respuestas, nos enseña los contenidos que desea que aprendamos: La importancia de Roma en la historia de la humanidad; la sociedad romana y el derecho romano; la supervivencia del derecho romano; las fuentes del derecho romano; los conceptos fundamentales en el derecho romano.

La defensa del derecho natural en la Roma antigua, es el eje principal de toda la doctrina jurídica, el autor de esta obra acertadamente expone la institución: personas y familia.

La legislación actual sobre esta materia, no tiene explicación sino buscamos el ADN en el derecho romano; sólo para recrear cómo se pensaban estos asuntos que aún hoy se discuten, cito del DIGESTO de JUSTINIANO, el tratamiento doctrinario romano, escogiendo como temas el humano antes de nacer:

“Los que están en el útero, en casi todo el ius civil se entienden que están entre las cosas de la naturaleza. Pues a estos también les son restituídas las herencias legítimas, y si una mujer preñada fuere capturada por los enemigos, aquello que naciere tiene el posliminio (derecho de los ciudadanos romanos esclavizados por enemigos), y además sigue la condición del padre o de la madre”(Juliano, Digesto, LXIX, en Dig. 1,5,26)

Carlos García Torres, en su esfuerzo intelectual de esta obra logra sintetizar en personas y familia cuatro temas importantes: Las personas en el derecho

romano; la familia en el derecho romano; el matrimonio en el derecho romano; la tutela y curatela.

El tratamiento lo hace en forma didáctica y siguiendo la pedagogía Socrática, facilitándonos de esta manera el aprendizaje de tan importantes asuntos.

La historia está llena de anécdotas y procedimientos en la aplicación de la ley, los romanos fueron maestros; como magistralmente lo expone nuestro autor al presentarnos el capítulo que trata sobre el proceso civil en Roma.

Cómo no recordar la doctrina clásica de los romanos: Gayo, Paulo, Modestino (193-211), Papiniano (140-212).

Gayo compondrá sus Instituciones como un texto didáctico: “Todo pueblo regido por leyes y por costumbres se vale, en parte, de un ius propio y, en parte, de un ius común con el conjunto del género humano. En efecto, el ius que se da en cada pueblo, el propio, se llama ius civil, porque es propio de la ciudad. En cambio, el que en todos los hombres establece la razón natural, ése se observa por igual entre todos los hombres y se llama ius de gentes, puesto que de él se valen todas las gentes (pueblos). Así pues, el pueblo romano se rige en parte por un ius propio, en parte por un ius común a todos los hombres”. (Angel Enrique La Pieza Elli manual del derecho romano).

El ordenamiento y la defensa de los bienes que nuestro código civil expresa, están sustentados en las disposiciones del derecho romano; cuando el estudioso del derecho se introduce en el escenario jurídico de las cosas, obligaciones y sucesiones nos lleva a recordar la riqueza filosófico-jurídica de la escuela clásica romana:

“Casi siempre por los mismos modos con que nos obligamos, con los mismos actos en contrario nos liberamos” (Paulo).

“Quien prometió pagar en un lugar determinado, no puede pagar en ningún otro sin asentimiento de acreedor” (Ulpiano)

“Cuando se hace una enajenación, transferimos el dominio de la cosa con la situación en que hubiera estado de haber quedado en nuestro poder” (Pomponio)

“Ha de ser considerado comprador de buena fé aquel que ignoraba que la cosa era ajena, o pensó que el vendedor tenía derecho de venderla, como si fuera procurador o tutor” (Modestino)

Para culminar con broche de oro el filósofo apasionado del derecho, nos lleva a reflexionar sobre la fundamentación de la ética romana: El Estoicismo. Desfilan por nuestra mente, primero los griegos, cuna de los estóicos, para luego llevarnos de la mano a Séneca, Epitecto, Marco Aurelio.

Séneca (4 A.C-65 D.C) como todos los Estóicos estaba obsesionado con las cuestiones inherentes al sentido de la vida, y a las concretas conductas que el hombre prudente debe adoptar ante el panorama de su propia finitud. En su tratado sobre la brevedad de la vida, decía: “La mayor parte de los mortales, oh Paulino, se queja de la malignidad de la naturaleza, por habernos engendrado para un tiempo tan breve y por que este espacio de tiempo que se nos dio se escurre tan velozmente...” (Séneca, De la brevedad de la vida, pg 27)

Cómo no recordar a Epitecto, que siguiendo la línea del estoicismo nos enseña que frente al destino inmutable, el hombre sabio debe llevar una existencia tranquila, frugal y ecuánime. El esquema estóico de la vida ideal se caracteriza por la eutimia (buen ánimo, tranquilidad de ánimo en los latinos) y la eudemonia (felicidad derivada del equilibrio del espíritu). La injusticia, entonces, es rechazada como cualidad del pensamiento y de la acción, porque quiebra ese equilibrio, y genera remordimiento en el hombre virtuoso.

El Departamento de Ciencias Sociales y Jurídicas se congratula por este esfuerzo intelectual publicado por el Dr. Carlos García Torres, distinguido maestro, de esta casa de estudios superiores. Ubicándome en el marco histórico al que nos ha llevado el autor, me permito nominarlo miembro de la Magistratura, en los términos que se entendía en la antigua Roma, porque con esta obra se consolidó el *cursus honorum*, o “carrera de honores”.

Homero Tinoco Matamoros

PRESENTACIÓN

ÍNDICE

CUESTIONES INTRODUCTORIAS: PERSONAS Y FAMILIA

1. EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ACTUAL

A. IMPORTANCIA DE ROMA EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

1. ¿Qué influencia tuvo Roma en el Mundo Antiguo?
2. ¿Qué tan largo es el Derecho Romano?
3. ¿Conviene estudiar el Derecho Romano?
4. ¿Que se entiende por Derecho Romano?

B. LA SOCIEDAD ROMANA Y EL DERECHO ROMANO

5. ¿Porqué no existía igualdad entre los Romanos?
6. ¿Qué sistemas de gobierno existieron en la Historia Romana?
7. ¿Qué períodos se han imaginado para clasificar el Derecho Romano?
8. ¿Cómo se han desarrollado los estudios romanísticos después de la edad antigua?

C. SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

9. ¿Existe una línea directa entre las leyes romanas y las leyes actuales?
10. ¿Qué hizo Justiniano a favor del Derecho Romano?
11. ¿Cómo influyeron las leyes romanas en España y Francia?
12. ¿Que es el Código de Napoleón?
13. ¿Quién fue Don Andrés Bello?

D. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

14. ¿Qué entendemos por Fuentes del Derecho?
15. ¿Que clases de fuentes existen?
16. ¿Qué entendemos, en derecho, por costumbre?
17. ¿Qué eran las doce tablas?
18. ¿Qué eran las leyes comiciales?
19. ¿Que eran los plebiscitos?
20. ¿Qué eran los senado consultos?
21. ¿En que consistían los edictos de los magistrados?

22. ¿Porqué eran tan importantes las respuestas de los juristas?

23. ¿Qué eran las constituciones imperiales?

E. CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ROMANO

24. ¿Qué era el Jus?

25. ¿Que se entiende por fas?

26. ¿Cómo entendían los romanos la equidad?

27. ¿Qué entendían los romanos por justicia?

28. ¿Que entendían los romanos por jurisprudencia?

29. ¿Como diferenciar el derecho público y el privado?

30. ¿Qué diferencias existen entre Derecho Civil, derecho de gentes y derecho natural?

31. ¿Qué diferencias existen entre Derecho Civil y derecho honorario?

2. PERSONAS Y FAMILIA

A. LAS PERSONAS EN EL DERECHO ROMANO

32. ¿Cómo inician su existencia las personas físicas?

33. ¿Qué se entendía por estado de libertad?

34. ¿Qué se entendía por estado de ciudadanía?

35. ¿Qué se entendía por estado de familia?

36. ¿Qué se entiende por “capitis deminutio”?

37. ¿Qué entendían los romanos por persona jurídica?

38. ¿Qué eran las corporaciones?

39. ¿Qué eran las fundaciones?

B. LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

40. ¿Qué entendían los romanos por familia?

41. ¿Cómo estaba conformada la familia romana?

42. ¿Qué potestades tenía el “pater familias”?

43. ¿Qué clases de parentesco existían en Roma?

44. ¿Cómo se ingresaba a una familia romana?

45. ¿Cómo entendían los romanos a la filiación?

C. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

46. ¿Cómo entendían los romanos el matrimonio?

47. ¿Qué entendían los romanos por justas nupcias?

48. ¿Qué requisitos se necesitaban para las justas nupcias?

49. ¿Qué impedimentos matrimoniales existían en Roma?

50. ¿Qué efectos traía el matrimonio?

- 51. ¿Cómo concluía el matrimonio en Roma?
- 52. ¿Qué eran los sponsales?
- 53. ¿Qué se entendía por concubinato y contubernio?

D. TUTELA Y CURATELA

- 54. ¿Qué se entiende por tutela?
- 55. ¿Quiénes eran los tutores?
- 56. ¿Quiénes no podían ser tutores?
- 57. ¿Qué hacía un tutor?
- 58. ¿Por qué las mujeres, en Roma, tenían tutela?
- 59. ¿Que era la Curatela?

3. EL PROCESO CIVIL EN ROMA

A. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

- 60. ¿Cómo evolucionó la protección de los derechos de los individuos?
- 61. ¿Cómo se protegía en Roma los derechos de los ciudadanos?

B. PROCESOS JUDICIALES EN ROMA

- 62. ¿Qué se entiende por acción?
- 63. ¿Qué se entiende por proceso?
- 64. ¿Qué jueces y magistrados existían en Roma?
- 65. ¿Qué era el procedimiento por acciones de ley?
- 66. ¿Qué era el procedimiento formulario?
- 67. ¿Qué era el procedimiento “cognitio extra ordinem” o extraordinario?

NOCIONES COMPLEMENTARIAS: COSAS, OBLIGACIONES, SUCESIONES.

1. COSAS OBLIGACIONES Y SUCESIONES

A. PRIMERA UNIDAD: COSAS

- 1.1 Corpóreas e incorpóreas
- 1.2 Divisibles e indivisibles
- 1.3 Simples y compuestas
- 1.4 Consumibles e inconsumibles
- 1.5 Fungibles y no fungibles
- 1.7 In patrimonium y extra patrimonium
- 1.8 In commertio y extra commertium

B. LA PROPIEDAD Y LA POSESION

- 2.1 Derechos reales y derechos personales

- [2.2 Dominio y posesión](#)
- [2.3 Modos de adquirir el dominio](#)
- [2.4 Servidumbres y otros derechos reales](#)

C. LAS OBLIGACIONES

- [3.1 Concepto de obligación](#)
- [3.3 Fuentes](#)
- [3.4 Efectos](#)
- [3.5 Obligaciones accesorias](#)
- [3.6 Extinción de las obligaciones](#)

D. SUCESIONES

- [4.1 Sucesión: herencia y bonorum possessio](#)
- [4.2 Sucesión ab intestato](#)
- [4.3 Testamento y herencia](#)
- [4.4 Legados y fideicomiso](#)

2. *ALGUNAS REFERENCIAS HISTÓRICAS DEL DERECHO ROMANO.*

- [1. LOS CÓNSULES, LOS TRIBUNOS Y LAS LEYES AGRARIAS](#)
- [2. JUSTINIANO EL HEROE DE NUESTRA MATERIA](#)

A. ETICA ROMANA: EL ESTOICISMO

- [1. ANTECEDENTES GRIEGOS](#)
- [2. SENECA](#)
- [3. EPICTETO](#)
- [4. MARCO AURELIO](#)
- [5. DOCTRINA ESTOICA](#)

BIBLIOGRAFIA UTIL

CUESTIONES INTRODUCTORIAS: PERSONAS Y FAMILIA

1. EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ACTUAL

A. IMPORTANCIA DE ROMA EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

1. ¿Qué influencia tuvo Roma en el Mundo Antiguo?

Las diversas culturas que predominaron en el mundo antiguo tuvieron mutua influencia entre sí. La civilización romana surgió muchos siglos después que las civilizaciones Babilónica, Asiria y Egipcia, estas culturas se remontan a tres mil doscientos años antes de Cristo, mientras que el inicio de Roma ha sido fijado por la leyenda en el 753 A.C., fecha que ha sido aceptada por la ciencia como aproximada.

El expansionismo es una constante en la historia romana. De ser un pequeño reino a orillas del Tíber, Roma pasó a ser un imperio que abarcaba gran parte de Europa con bastiones en Africa y Asia. La expansión militar de los romanos llevó a otros pueblos su cultura, cultura que se afincó en dos pilares principales: la lengua y el derecho.

Acotaciones históricas

La explicación anterior sobre la importancia de Roma en la Historia de la Humanidad es, evidentemente, insuficiente; por ello debemos acudir al auxilio de otros autores para poder ilustrar debidamente la enorme influencia que tuvo Roma en el mundo antiguo, influencia que perdura aún en nuestro tiempo.

“En su punto culminante, en el siglo segundo, el Imperio Romano fue el estado más grande que el mundo jamás había visto, sobrepasando tanto al Imperio Persa como al Imperio Helenístico de Alejandro Magno. Abarcaba cerca de 3.5 millones de millas cuadradas y se ha estimado su población del orden de más de cincuenta millones (...) El ejército romano fue el instrumento primordial para la defensa de las fronteras romanas. En el 14 d. de C., estaba constituido por veinticinco legiones, pero fueron incrementadas hasta treinta en la época de Trajano. Las tropas auxiliares aumentaron correlativamente, por lo que el ejército romano llegó a 400.000 hombres al final del siglo segundo.”¹

La grandeza de Roma ha estado presente en el subconsciente occidental como lo afirma R. A. G. Carson:

“El mundo occidental percatándose de que una gran parte de su civilización, cultura, instituciones e incluso lengua es herencia directa de Roma, se imagina a esta como la omnipotente señora de toda la cuenca del Mediterráneo y como árbitro de aquel gran imperio que se extendía sobre Europa y el Próximo Oriente. Esta imagen de su poderío tiñe con su esplendor el cuadro general de la Historia más antigua y contribuye a perpetuar la creencia de que el sello de la grandeza estuvo estampado en Roma desde sus mismos comienzos.”²

Ahora bien, podemos dudar que un sello o una señal cualquiera de grandeza se hayan anunciado en los muy humildes comienzos de la civilización romana (cuando se limitaba a un asentamiento a orillas del Tíber) pero lo que es evidente, a la luz de los testimonios históricos y arqueológicos, es la grandeza del Imperio Romano y el enorme poderío que ejercía sobre el mundo antiguo.

2. ¿Qué tan largo es el Derecho Romano?

Para responder a esta cuestión sería necesario hacer algunas consideraciones relacionadas con la duración de la historia romana; para efectos de nuestro estudio fijaremos la duración de la civilización romana entre el 753 A.C. y el 1457 D.C., fechas en que ocurrieron dos hechos definitorios: la fundación de Roma y la caída de Bizancio capital del Imperio Romano de Oriente. A lo largo de este extenso período de once siglos se sucedieron incontables normas que innumerables estudiosos interpretaron y sobre las cuales miles de jurisconsultos emitieron sus opiniones expertas. Al mismo tiempo una multitud de magistrados en tres continentes expedía sus fallos. Además, como veremos más adelante, el Corpus Juris Civilis tuvo numerosos intérpretes desde la edad media hasta la actualidad. Puede suponerse, entonces, el amplio campo de estudio que abarca el Derecho Romano.

Pero el paso del tiempo ha depurado todo este saber inabarcable y ha preservado ciertos contenidos de mayor utilidad que revisaremos a lo largo del presente texto.

3. ¿Conviene estudiar el Derecho Romano?

La respuesta a esta cuestión se puede encontrar de manera más fácil si el lector se pregunta, en primer lugar, si es pertinente o no estudiar el Derecho en general. Si la respuesta es afirmativa, entonces, por el sólo hecho de pertenecer al legado jurídico de la humanidad, el Derecho Romano debe ser estudiado. Esto sin tomar en cuenta que constituye un fenómeno cultural único en la

historia humana. Pero, si el estudiante busca consideraciones más utilitarias o de mayor valor práctico, entonces debemos recordar que las instituciones jurídicas romanas perviven en nuestras leyes, en muchas ocasiones inalteradas, de manera que al estudiar el Derecho Romano estudiamos nuestro propio derecho pero en su forma más clara y pura.

Además diversos autores han alegado muchos otros argumentos para justificar la utilidad de este estudio, entre ellos que somos parte de la civilización occidental y que el Derecho Romano es uno de los lazos de mayor importancia que nos unen a esta tradición civilizadora. Por otra parte el Derecho Romano facilita el estudio del Derecho Comparado, es decir de los puntos que nos unen o nos separan del ordenamiento jurídico de otros países.

Finalmente el Derecho Romano es una valiosa herramienta pedagógica para introducir al estudiante novato en los estudios jurídicos y en la particular metodología que a estos estudios caracteriza. En efecto el Derecho Romano como instrumento de enseñanza ha sido probado a lo largo de siglos, estimo que con éxito.

Una creciente pobreza en la formación jurídica de los abogados se ha hecho evidente en los últimos años. Esta pobreza bien puede atribuirse a que los estudios jurídicos se han concentrado demasiado en la legislación creyendo que el derecho comienza y termina en la ley positiva y olvidando la fundamental doctrina que es la portadora del bagaje jurídico de la humanidad, de las valiosas experiencias de los tiempos pasados.

Es cierto que la sociedad ha cambiado radicalmente desde la antigüedad pero no es menos cierto que la esencia humana sigue siendo la misma. Las buenas y las malas características del ser humano perduran y así encontramos que muchos de los asuntos que preocupaban a los juristas romanos son los mismos asuntos que desvelan a nuestros modernos expertos: los derechos de la personalidad, la ciudadanía, la propiedad, la repartición de la riqueza. Todas estas materias fueron estudiadas cuidadosamente por los antiguos a lo largo de cientos de años, entonces, por fuerza, sus opiniones deben tener un valor práctico en la actualidad.

4. ¿Que se entiende por Derecho Romano?

Para los propósitos del presente texto entenderemos por Derecho Romano:

- a) Las diversas disposiciones, normas, instituciones y principios jurídicos que surgieron entre los años 753 A.C. y 1453 D.C. en lugares de Europa, Africa y Asia influenciados por la cultura romana y sus interpretaciones posteriores.
- b) El Corpus Juris Civilis como punto de enlace entre el derecho romano clásico, su reelaboración bizantina y las exégesis posteriores.

B. LA SOCIEDAD ROMANA Y EL DERECHO ROMANO

5. ¿Porqué no existía igualdad entre los Romanos?

Al igual que otras sociedades primitivas Roma, en sus comienzos, basó su estructura social en clanes que los romanos llamaron “gens” y los griegos “genos”. Estos gens no son sino sociedades de individuos vinculados esencialmente por la sangre y que reconocen su comunidad en el culto al antepasado que es su nexo común. Los individuos que pertenecían a las gens que poblaron Roma en sus inicios eran considerados patricios, mientras que los inmigrantes que llegaron siglos después eran llamados plebeyos.

En los tiempos primitivos se consideraba que sólo los patricios constituían el pueblo (*populus*) romano. Los patricios poseían los bienes materiales necesarios para la subsistencia, eran propietarios de las tierras y del ganado, mientras que los plebeyos carecían de los medios necesarios para la vida y se veían obligados a buscar la protección de una gens patricia bajo la designación de *clientes* y con la condición de obediencia a los patricios a quienes los clientes denominaban *patronos*.

Los patricios tenían derechos de carácter político, civil y religioso que los plebeyos no poseían. En cuanto a los derechos políticos: podían votar y ocupar cargos públicos (*jus sufragii* y *jus honorium*). En cuanto a los derechos civiles: tenían derecho al uso de un nombre, podían contraer matrimonio (*jus connubium*), podían comerciar (*jus commercium*) y podían adueñarse de las tierras conquistadas (*jus occupandi agrum publicum*). En cuanto los derechos religiosos podían ocupar los cargos relacionados con el culto (*jus sacrorum* y *sacerdotorum*).³

Acotaciones históricas

Los textos históricos de la Roma antigua dan cuenta de esta fundamental dicotomía que opudiera considerarse como el motor de la vida social en la

Roma de la antigüedad. Por un lado: los patricios que trataban de mantener su posición preeminente en la sociedad, no por un burdo materialismo, como pudiera pensarse, sino porque imaginaban ser los herederos de una tradición civilizadora, basada en grandes virtudes, que temían se derrumbase si es que los plebeyos accedían al poder. Y, por otro lado, los desposeídos: los plebeyos. Conscientes de que la grandeza de Roma recaía, en realidad, sobre sus hombros y que había sido construída con la sangre de sus antepasados aunque los grandes monumentos y las fabulosas narraciones históricas dijese lo contrario.

Si se examinan las grandes obras de los historiadores latinos se encontrará que en pocas ocasiones se menciona a los plebeyos como héroes en las grandes acciones militares o en las gloriosas gestas ciudadanas, por el contrario, en ocasiones se nota (especialmente en Tito Livio)⁴ que la élite patricia consideraba que los plebeyos, con su constante oposición a las iniciativas patricias, mermaban las grandes posibilidades de la Roma Republicana.

Una tensión social semejante necesariamente debe traer consecuencias para la vida social. Una de las más interesantes, en el caso de los patricios y de los plebeyos, fue, como se ha visto, la aparición de dos órdenes jurídicos distintos, con procedimientos diferentes pero con instituciones similares⁵: el *Ius Civile* y el *Ius Honorarium* (el Derecho Civil y el Derecho Honorario) de los cuales se hablará con mayor amplitud más adelante.

No debe pensarse que los plebeyos se encontraban desposeídos por completo de medios económicos o que se encontraban en situación similar a los esclavos. Nada más lejos de la verdad. Podían existir plebeyos que tuvieran inmensas riquezas cuya propiedad, si bien no estaba amparada por el Derecho Civil, tenía grandes posibilidades de defensa en el Derecho Pretorio. Esto porque si el Derecho Civil fue el creador de las *acciones* el Derecho Pretorio se basó, en cambio, en las excepciones. Es decir un plebeyo no podía *actuar*, jurídicamente hablando, igual que un patricio, pero sí podía defenderse de una acción oponiendo esta herramienta jurídica que se llama *excepción*. La excepción opuesta por un plebeyo acepta que la ley ampara un determinado derecho al ciudadano pero señala las razones por las cuales ese derecho no es aplicable en su caso particular.

Ahora bien, no todos los patricios eran enemigos declarados de los plebeyos. A lo largo de la historia romana parece subyacer una impresión general : que esta división carecía, en el fondo, de sentido y que a la larga haría grave daño a la

estructura social romana. Por ello se comenzó aboliendo la prohibición de los matrimonios entre patricios y plebeyos y se fueron concediendo, poco a poco, diversos derechos a la plebe.

R.A.G Carson tiene una importante apreciación sobre el surgimiento del patriciado y de la plebe:

“La prosperidad económica de que gozó Roma bajo los reyes etruscos tuvo por resultado la creación de un sistema de dos clases: los ricos y los pobres, los patricios y la plebe. Los patricios probablemente fueron los organizadores de la revolución que expulsó a los reyes; en lugar de estos eligieron a dos magistrados anuales conocidos con el nombre de cónsules, y el poder político pasó gradualmente a manos del Senado, un consejo formado enteramente por patricios. La plebe, privada de la protección de los reyes, encontróse al principio en una situación de total impotencia”⁶.

6. ¿Qué sistemas de gobierno existieron en la Historia Romana?

Los primeros gobernantes de Roma fueron monarcas con carácter religioso y sacerdotal porque, en muchas ocasiones a lo largo de la historia romana, la vida religiosa y la vida política se unen. Según la leyenda Anco Marcio fundó el colegio o congregación de los pontífices palabra que significa constructores de puentes porque este mismo rey edificó el primer puente sobre el río Tíber. La primera etapa de la vida política Romana, por tanto, fue la **Monarquía**. Durante este tiempo surgió ya el senado como un órgano consultivo del monarca; el senado estaba integrado por los jefes de cada clan o gens y como eran padres de cada uno de estos clanes los senadores se llamaban también *patres*. La sociedad romana también tenía un órgano llamada Asamblea Curial que era la reunión de todas las curias romanas; a su vez, cada curia estaba conformada por diez gens.

Con la llegada de una dinastía de reyes etruscos, los patricios comenzaron a disgustarse por considerar que podían ponerse los intereses de los etruscos por encima de los intereses romanos . Junio Bruto , un patricio que recibió deshonra de Tarquino el soberbio (último Rey de Roma) inició un levantamiento y el pueblo romano acabó con la monarquía. Se reunieron los comicios por centurias y se nombraron a los dos primeros cónsules: Junio Bruto y Tarquino Colatino. Se inició así un nuevo sistema político: la **República**. La costumbre de elegir a los cónsules se perpetuó y se estableció un año para la duración de estas magistraturas; por supuesto los cónsules sólo podían ser patricios . El senado asume funciones legislativas y dirige con

decretos la administración, estaba conformado por trescientos miembros, todos patricios, escogidos por los cónsules.

Julio César fue el último cónsul antes de ser declarado dictador perpetuo, cuando César fue asesinado, asumió el mando Octavio Augusto bajo cuyo gobierno se inició el tercer sistema político en la Historia Romana: el **Imperio**. En los anales de Cornelio Tácito se dice que Augusto, bajo el nombre de Príncipe, se apoderó de todo el estado y se aclara que se llamaba príncipe al primero de los inscritos en la tabla o lista de los senadores⁷. Durante el Imperio el senado y otras magistraturas republicanas subsistieron.

Acotaciones históricas

Esta división de la historia romana tiene una curiosa réplica en la historia francesa. Tras la monarquía se instauró una república que degeneró en terror y Napoleón la concluyó proclamándose emperador. Esta réplica no constituye una mera coincidencia porque es evidente que los primeros líderes revolucionarios (talvez Robespierre fundamentalmente) tenían gran admiración por las antiguas glorias romanas. Quien sabe si todos los sacrificios personales que realizaron para consumir la gesta revolucionaria no fueron hechos a impulsos – aunque sea inconscientes- de esa gloria antigua que deseaban para sí.

7. ¿Qué períodos se han imaginado para clasificar el Derecho Romano?

Para organizar el estudio del Derecho Romano diversos filósofos y juristas han dividido sus vastos contenidos en varios grupos de períodos. Luis Rodolfo Arguello en su “Manual de Derecho Romano historia e instituciones” divide la historia de roma en cuatro fases: a) período del derecho quiritorio (consuetudinario-decenviral); b) el período del derecho honorario o de gentes; c) el período del derecho jurisprudencial; d) período del derecho de la codificación (prejustiniano-justiniano). Por otra parte Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma en “Historia del Derecho Romano y los Derechos Neorromanistas” postulan cinco períodos: arcaico, preclásico, clásico, postclásico y justiniano.

Para nuestros fines optaremos por la primera clasificación. Cuando se habla de un “derecho quiritorio” se refiere al derecho de los “quirites” que así se llamaban a sí mismos los primeros pobladores de Roma⁸. Este derecho de los quirites se inicia con la fundación de Roma en el 753 A.C. y se extiende hasta

la creación de los cargos de pretores. La característica principal de este derecho es que está dictado por y para los ciudadanos sin tomar en cuenta a los plebeyos, a los extranjeros o a los esclavos, fue un derecho basado fundamentalmente en la costumbre que luego fructificó en las XII Tablas, las primeras normas escritas de la Historia Romana.

El período del derecho honorario comienza cuando los plebeyos logran tener real influencia en el sistema de gobierno romano creándose para ellos una magistratura especial : la **pretura** (es decir la calidad de **pretor**) . Los pretores corregían las posibles injusticias del derecho quiritorio (que desde ahora en adelante llamaremos **Derecho Civil**) y suplían las omisiones en que incurrían estas normas con respecto a los derechos de los plebeyos.

En cuanto al período del derecho jurisprudencial sobresale entre sus características la presencia de varios pensadores que, en sus defensas o en sus consultas sentaron bases perdurables para la ciencia del Derecho.

El período del derecho de la codificación, como su nombre lo indica, se refiere a la etapa histórica en la cual el inmenso material jurídico producido a lo largo de la historia romana comenzó a recogerse y compilarse para facilitar su comprensión y su uso diario.

Acotaciones doctrinarias

Con respecto a la clasificación en períodos César Rascón García dice:

“La romanística recurre con frecuencia a criterios estrictamente diacrónicos como punto de referencia histórico. En la mayoría de los casos dichas pautas se refieren a los períodos de gobierno, es decir tienen un carácter institucional. Es el caso de la distinción que se hace en la historia de Roma entre ,monarquía, república, principado e imperio. En ocasiones se utilizan otros de carácter filológico, lo que ocurre con la distinción preclásico, clásico, postclásico, aplicada al derecho, a la que con no poca frecuencia se añade la referencia al derecho vulgar, expresión de connotaciones también filológicas. Sin embargo la programación de las materias del derecho romano que han de ser objeto de estudio se realiza tradicionalmente de una forma sincrónica, exponiéndose las instituciones sin referencia al marco histórico necesario para su análisis (...) Hechas estas precisiones hemos de recordar que la historia de Roma está jalonada de acontecimientos de los que algunos representan puntos de inflexión en el orden político de manera que pueden servirnos para establecer grandes etapas en las cuales podemos dividir la historia jurídica. Y ello es así porque dichos hitos representan un cambio en el sistema de producción de normas jurídicas y, al mismo tiempo, permiten identificar, aunque sólo sea a grandes rasgos, la estructura de la sociedad desde diversos puntos de vista (económico, político, religioso o moral)”².

8. ¿Cómo se han desarrollado los estudios romanísticos después de la edad antigua?

Cuando cayeron los imperios romanos de oriente y occidente de ninguna manera concluyó el estudio del derecho que la civilización romana legó al mundo. Durante la edad media un abogado, maestro y monje llamado Irnerio se dedicó a estudiar y comentar el Digesto de Justiniano (una de las partes que componían el Corpus Juris Civilis). Irnerio y sus seguidores utilizan para su estudio el método exegético, es decir que se atienen al texto específico que tienen delante y expresan sus interpretaciones en forma de notas marginales llamadas glosas, de allí que a la Escuela de Bolonia iniciada por Irnerio se la llame “Escuela de los Glosadores”. Todo esto sucedía a principios del siglo XII. Fueron discípulos de Irnerio los llamados “Cuatro Doctores”: Búlgaro, Martino, Jacobo y Hugo. La necesidad de estas glosas se explica en el hecho de que el Digesto requería de amplias explicaciones para su comprensión, en primer lugar había que conocer el latín y tener amplias ideas de la historia y el derecho romanos, de forma que el entendimiento de la normativa sólo estaba al alcance de personas especializadas. En el siglo XIV surge en cambio la Escuela de los Postglosadores, también llamados “Comentaristas” quienes tratan de encontrar el sentido profundo a los textos del Corpus Juris Civilis sin eximirse de explicar las glosas de la primera escuela.

Con la llegada del renacimiento se continúan los esfuerzos romanistas, esta vez prescindiendo de las glosas y tratando de investigar las fuentes primitivas de los textos romanos. Frente a esta corriente aparece la Escuela del Derecho Natural que pretende la fundamentación de un nuevo orden jurídico enteramente basado en el razonamiento de los juristas de aquel tiempo.

En la edad moderna se destaca sobre los otros juristas Robert Joseph Pothier, un Magistrado y Catedrático Francés dedicado, como sus colegas medievales al estudio del Digesto, estudió también el derecho consuetudinario francés y sus investigaciones ejercieron gran influencia en la redacción del Código Civil Francés, expedido veintiséis años después de su muerte, especialmente porque supo conjugar el Derecho Romano con los usos jurídicos de Francia.

Federico Carlos de Savigny y Rudolf Von Ihering destacan en el siglo XIX como impulsores del historicismo y el iusnaturalismo y como investigadores del Derecho Romano. Savigny ordenó el saber romanístico en su “Sistema de

Derecho Romano Actual”. Von Ihering, por su parte, busca profundidad con su obra “El Espíritu del Derecho Romano”

Acotaciones doctrinarias

Resulta interesante imaginar la labor de los romanistas medievales sobre todo porque su trabajo coincide con el aparecimiento de las primeras universidades europeas pero también por el método que inventaron: la glosa, es decir, el comentario de autoridades antiguas que permitía que, de manera lenta y cuidadosa, se fuese agregando mayor conocimiento jurídico al bagaje romano, se descubriesen nuevas sutilezas, nuevos matices en las normas, nuevas ideas subyacentes detrás de los aforismos de los maestros. Este modo de proceder sin duda puede resultar beneficioso si tiene como objetivo hacer más claro y accesible el derecho. Pero puede suceder lo contrario. Puede ocurrir que las instituciones jurídicas, después de sucesivas interpretaciones, se tornen más oscuras y den lugar a interminables discusiones sobre su aplicación llegando a un punto en el cual el ciudadano común ya no tiene acceso directo a la ley y aún las autoridades necesitan de un vasto conocimiento especializado (que pocos tienen) para decidir, a la luz de la norma, el caso que es puesto bajo su consideración. Considerando la historia del derecho desde esta óptica podríamos atribuir a los glosadores la actual complicación que rodea a todo el mundo jurídico.

Cuando el ciudadano común no tiene acceso directo al texto de la ley, cuando éste no le resulta comprensible, cuando no puede vislumbrar sus fines dentro de la estructura social, el respeto a la norma se torna imposible. Poco a poco las personas que conocen una parte de la ley (no importa cuan pequeña sea, puede ser un solo artículo) forman una red burocrática que entorpece la administración de justicia en particular y el manejo del estado en general.

Con respecto a los glosadores y a los postglosadores Juan Iglesias opina que:

“Del lado formal, la diferencia entre una y otra escuela está en esto: la glosa es la clarificación de la *littera*, en tanto que el comentario trata de adentrarse en el *sensus*. Pero es el empleo del método dialéctico o escolástico – animado por la reaparición de los textos de Aristóteles- el que otorga la nota distintiva, el lado intrínseco a la escuela de los Postglosadores”.

Después de esta distinción Iglesias llega a una conclusión muy interesante:

“El laboreo de las escuelas italianas, comenzando por la de Bolonia y, sobre todo, la cultura y la conciencia jurídica por ellas irradiadas, lleva a la formación de un ‘Derecho Común’ de los territorios europeos. Sobre la fundamental raíz latina del derecho de los pueblos románicos –

Italia, Francia, Portugal y España- actúa ahora, en los siglos XI y XII, un sentimiento de unidad espiritual que sobreponiéndose a todos los particulares, concibe el Derecho romano como *ius comune*.”¹⁰

C. SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO

9. ¿Existe una línea directa entre las leyes romanas y las leyes actuales?

Podría afirmarse con seguridad considerable que, en efecto existe una línea de continuidad que une a las leyes romanas, según fueron compiladas en el Corpus Juris Civilis, con la legislación actual del Ecuador y de otros países.

Con la caída del Imperio Romano el Corpus Juris siguió siendo la legislación positiva y vigente en muchos de los territorios antiguamente ocupados por los romanos, especialmente en Europa. En países como España y Francia los usos ancestrales se mezclaron con las leyes romanas. En España las Siete Partidas y el Fuero Juzgo tienen influencias romanistas. En Francia, con oportunidad de la revolución de 1789 se revisó el ordenamiento jurídico y cuando Napoleón asumió el poder reunió una comisión de juristas que el 21 de marzo de 1804 expidió un nuevo Código Civil con ancestro romano. Este Código sirvió de modelo a Don Andrés Bello para la redacción del Código Chileno, el mismo que en 1860 fue adoptado con mínimas reformas por nuestro país.

Puede vislumbrarse entonces una línea que, si bien con altibajos, une a las leyes romanas con nuestra legislación actual.

Acotaciones históricas

Como se verá más adelante Francia y gran parte de Europa continuaron manteniendo al derecho romano como el derecho de uso común. Dicho de otra manera la palabra derecho para las autoridades y para el ciudadano común sólo se refería al derecho de la antigua Roma. Los usos jurídicos nacionales, las costumbres ancestrales no constituían propiamente “derecho”. El derecho debía tener siempre algún oscuro término latino, cuya exacta significación y correcta aplicación no se conocía del todo, pero que servía para dar la ilusión de una autoridad y una sapiencia que se perdían en la noche de los tiempos y que sobrepasaban la mera falibilidad de los funcionarios gubernamentales. Podría afirmarse (talvez exageradamente) que las sociedades medievales de Europa se moldearon con base al Derecho Romano al contrario de lo que comúnmente se supone, es decir, que las condiciones sociales son las que dan forma al derecho.

Y si la Roma antigua fue el modelo de la Europa medieval esta Europa fue, a su vez, el modelo de la América colonial que engendró (con su legado jurídico europeo) a las repúblicas americanas del siglo XIX entre las cuales se cuenta nuestro Ecuador.

Con respecto a la influencia jurídica romana en la Europa medieval es importante recordar que los estudiosos han determinado la existencia de un “Derecho Romano vulgar” que predominaba en el medioevo en conjunción con una especie de microcosmos jurídico conocido como “*iura propria*” según afirma José Manuel Pérez-Prendes.

“El hilo conductor del medioevo occidental desde el punto de vista jurídico institucional, arranca del Derecho romano vulgar y el germanismo jurídico. Posteriormente adquiere su perfil más significativo con los ‘*iura propria*’ (que inmediatamente se definen) y entra en declive con la difusión predominante del ‘*ius comune*’.

Así pues, el sentido esencial reside en la presencia predominante de unos “*iura propria*” u ordenamientos particulares (Grossi). Francisco Calasso (1954) desde un punto de vista italiano pero válido en general los dibujó como: *‘de antiguos orígenes, como los feudos; de reciente formación o incluso bajo la fase convulsa de su plasmación, como los municipios; minúsculos, como las comunidades rurales o las corporaciones artesanales; amplios y masivos en proporciones diversas y con los más dispares orígenes históricos, como la monarquía del mediodía, el estado temporal de la Iglesia, el Condado de Saboya, el reino de Cerdeña. Vivieron su propia vida, de hecho con plena independencia por cuanto llevaban en sí mismos la razón y fuerza de vivir; conscientes no obstante de derivar la propia potestas de una fuente suprema a la cual se sentían jurídicamente ligados’*. (...) Cada ‘*ius proprium*’ recibió y poseyó, en mayor o menor medida, efectos e influencias del Derecho romano vulgar, del germanismo jurídico, de la normativa canónica e incluso de un incipiente ‘*ius comune*’.¹¹

10. ¿Qué hizo Justiniano a favor del Derecho Romano?

Para responder a esta pregunta habría que conocer algunos datos biográficos de Justiniano y para ello es menester recordar algunos importantes acontecimientos de la Historia Romana.

Encontrándose el Imperio en un estado de decadencia asume el poder Diocleciano, nacido en Dalmacia e hijo de un escribano su reino duró hasta principios del siglo IV de nuestra era. Diocleciano pensó que la misma amplitud del Imperio dificultaba su administración y hacía imposible el control de las constantes sublevaciones que amenazaban la paz interior, decidió entonces que lo mejor sería dividir la potestad imperial en dos regiones: la de oriente con asiento en Nicomedia, que se reservó para sí mismo y la de occidente dirigida desde Milán que cedió a Maximiano. Esta división con el

tiempo se transformaría en una tetarquía (un gobierno con cuatro cabezas). Este es el primer antecedente del Imperio Romano de Oriente.

Constantino asumió el poder después de la tetarquía y reunificó el Imperio fundando una nueva capital llamada Constantinopla, adicionalmente aceptó la práctica de la religión cristiana en el año 313. A Constantino le sucedieron Juliano y Teodosio quien, antes de su muerte, dividió el Imperio para sus hijos: un reino de oriente y otro de occidente. Al Imperio de Occidente le quedarían pocos años pero el Imperio de Oriente prosperó .

En el siglo VI Justiniano asume la jefatura del Imperio de Oriente y se propone reconstruir la antigua gloria de la civilización romana. Justiniano era un hombre ilustrado que supo apreciar el valor del legado jurídico de Roma. Así pues, reunió a un grupo de diez juristas encabezado por Juan de Capadocia e integrado, entre otros, por Triboniano, Ministro de Justicia y Consejero del Emperador. Esta primera comisión comenzó la labor que daría como fruto el **Corpus Juris Civilis**, encargándose de la compilación del **Código Justiniano (Codex Justinianus)**, es decir del compendio de las Constituciones de los Emperadores según se habían recogido en los Códigos de Gregorio, Hermógenes y Teodosio, antecesores de Justiniano en esta labor recopiladora. El 7 de abril del 529 se informa la terminación de este Código.

Luego Triboniano fue encargado de escoger a un grupo selecto para elaborar el **Digesto** una compilación sistemática en cincuenta libros de las opiniones de los grandes juristas conocidos como Jurisprudentes. Este trabajo titánico se culminó en tres años y salió a la luz el 16 de diciembre del 533. Al Digesto se lo conoce también con el nombre griego de Pandectas.

Triboniano se encargó también de un Manual que facilitara a la juventud el estudio del Derecho en general y del Digesto en particular : las **Instituciones**. Triboniano fue ayudado en esta ocasión por dos profesores: Teófilo de Constantinopla y Doroteo de Berito. Las instituciones de Gayo (que proceden del siglo II) sirvieron de base para este texto que se hizo público el 21 de noviembre del 533. Al igual que las de Gayo estas Instituciones estaban divididas en cuatro libros: personas, cosas (Libros 2do y 3ero.) y Acciones.

La publicación del Código Justiniano hizo evidente la necesidad de que se dirimieran las opiniones de jurisconsultos que no eran compatibles a través de la emisión de Constituciones Imperiales. Se requería ahora que este nuevo material jurídico formara parte del Código y nuevamente fue llamado

Triboniano para la tarea . Con la ayuda de de Doroteo y tres abogados de Constantinopla expidió el **Nuevo Código Justiniano** el 16 de noviembre del 529.

Para cuando concluyó el reinado de Justiniano la actividad legislativa había continuado y se hicieron nuevas codificaciones, no oficiales, de las Constituciones Imperiales no tomadas en cuenta en el Código. Estas agrupaciones se llaman: **Novelas** y se entienden como parte del Corpus Juris Civilis.

Acotaciones históricas

Para una mejor comprensión de lo dicho conviene agregar algunos datos históricos sobre el propio Imperio Bizantino.

“La imagen de continuidad del Imperio de Bizancio, que, en parte, se apoya en el carácter de las fuentes más abundantemente conservadas, las doctrinales, las jurídicas y las hagiográficas, se halla inevitablemente reforzada por el balance de la historia de los siglos V y VI, en que, a diferencia de la disgregación y barbarización del espacio occidental, el oriental no sólo sigue dando muestras de unidad interna sino que aspira a reintegrar los dos grandes espacios del antiguo Imperio Romano en beneficio del más notable de los emprendedores bizantinos: Justiniano (...) La base política del Imperio se asentaba en la solidez de las instituciones y en la fortaleza de la cosa pública, empezando por el emperador y siguiendo por el derecho y por el ejercicio de las competencias fiscales, judiciales y militares. Su base económica (y, en buena parte, social) residía, en última instancia, en la existencia de una amplia capa de pequeños propietarios campesinos instalados en numerosas aldeas, proveedores de los mercados de las grandes ciudades que son, en cambio, las que dan el tono al Imperio Bizantino, al constituir importantes centros de comercio, de administración y de enseñanza”¹².

11. ¿Cómo influyeron las leyes romanas en España y Francia?

El medioevo español, en el aspecto jurídico, estuvo signado por dos vertientes principales: El derecho foral y las Siete Partidas. El derecho foral estaba compuesto por los fueros de diversas regiones, es decir por normas que mezclaban las tradiciones del Derecho Romano con las costumbres jurídicas de cada región y que tenían aplicación exclusiva en las circunscripciones territoriales que les dieron origen. Las Siete Partidas, en cambio, constituyen un fenómeno jurídico único que ha sido comparado al Corpus Juris. Alfonso X, un Rey de Castilla llamado “El Sabio” se impuso la tarea enorme de regularizar el derecho de su época emprendiendo en una codificación sistemática dividida en siete partes o libros. Esta codificación es de profunda raigambre romanista y según señala su prólogo se nutre del Código Justiniano,

del Digesto, de las opiniones de los Jurisconsultos Romanos y de los Glosadores, además del Derecho Canónico y de los criterios de la Iglesia. Las Siete Partidas constituyeron parte fundamental del Derecho Español hasta fines del siglo XIX cuando se expidió el Código Civil de ese país. Lo cual quiere decir que la influencia jurídica romana en España ha sido decisiva.

En cuanto a Francia la influencia romanística se extendió durante la edad media a través del Código de Alarico (expedido por Alarico II en el 506) que se fundaba en diversas leyes romanas, opiniones de Paulo y Papiniano y las Institutas de Gayo. Durante la monarquía Franca convivieron las *leges barbarorum* con las *leges romanorum*, estas últimas son adaptaciones de las leyes romanas puestas en práctica por autoridad de los reyes . Cuando se logró la unificación francesa bajo un solo reinado la influencia del Derecho Romano continuó siendo determinante como el Derecho Civil por excelencia pese a los variantes organismos de gobierno y de administración de justicia. Hay que aclarar que el Derecho Romano prevaleció en el sur mientras que en el norte el derecho consuetudinario (con influencias románicas y germánicas) seguía teniendo preeminencia. En el siglo XVIII Roberto José Pothier continúa sus trabajos romanistas (como habíamos visto en la pregunta 8). Pothier nació en 1699 y murió en 1772 fue profesor de la Universidad Orleáns y Magistrado en la misma ciudad , en sus obras expuso sistemáticamente todos los asuntos del Derecho Privado tomando en cuenta el Derecho Romano y las costumbres jurídicas de las diversas regiones de Francia. Los estudios de Pothier y de otros juristas como Bourjon y Pocquel de Livonnière influyeron en la codificación Napoleónica por que establecieron un sistema de principios¹³. Por esta vía las leyes romanas entraron también en la codificación Napoleónica.

12. ¿Que es el Código de Napoleón?

La obra revolucionaria de Napoleón no hubiera quedado completa sin la expedición del Código Civil de los franceses que el Gran Emperador consideraba como el más importante de sus logros. Hay que recordar que la persistencia del derecho consuetudinario en el norte y de las normas romanas en el sur había llevado a Francia a un estado que se podría calificar de anarquía legal ya que bajo el Antiguo Régimen¹⁴ 400 códigos de leyes se utilizaban en diversas regiones, además, las autoridades revolucionarias expidieron alrededor de catorce mil leyes de manera que la necesidad de tener una compilación civil clara y eficiente se tornó perentoria. Ya desde 1790 se venían preparando las labores necesarias para la nueva codificación pero recién once años después

Jean Marie Portalis encabezó una comisión que inició sus labores en el segundo semestre de 1801 habiéndose reunido 87 veces. En 36 de estos encuentros Napoleón intervino personalmente en las deliberaciones. El Código fue publicado el 21 de marzo de 1804. La influencia romana en este Código es bastante clara, incluso su ordenación refleja (siquiera parcialmente) la ordenación de las Institutas. Las Institutas estaban divididas en personas, cosas y acciones, el Código Napoleónico tiene tres libros el primero dedicado a las personas, el segundo a la propiedad y sus modificaciones y el tercero a los diferentes modos de adquirir la propiedad entre los cuales se encuentran las sucesiones. Esta ordenación con algunas modificaciones ha sido seguida por las muchas codificaciones realizadas con base al Código Napoleónico, entre ellas el Código Español de 1889. Este plan ha sido llamado por los expertos “Plan Romano Francés”.

Acotaciones históricas

Como es bien conocido los años en los cuales se redactó y se expidió el Código Napoleónico fueron de gran conmoción en toda Europa. Napoleón tomaba los primeros pasos que lo llevarían a proclamarse gobernante absoluto y a la vez continuaba los intentos expansionistas de Francia con grandes éxitos. Curiosamente en los años previos a la promulgación del Código aparecen numerosas reminiscencias romanas que no pueden considerarse meramente superficiales.

“En Europa la República francesa aparecía como centro de todos los territorios que antiguamente formaron parte del Imperio romano de Occidente. (...)Excepto España, estos territorios, desde el siglo XVIII, habían sufrido la misma evolución liberal que, emancipando a la persona humana, volvía a los conceptos individualistas sobre los que Roma constituyó su gran imperio. Es cierto que la República, renunciando a sus principios idealistas, había inaugurado en los países anexionados y ocupados una política opresiva y de exacciones, pero no lo es menos que también instauró un régimen basado en los derechos del hombre, estableció la igualdad civil y abolió, con las instituciones del antiguo régimen, los privilegios y demás vestigios del derecho señorial y feudal y el corporativismo.”¹⁵

13. ¿Quién fue Don Andrés Bello?

Andrés Bello fue un jurista y literato de origen Venezolano nacido en noviembre de 1781 y muerto en octubre de 1865. Se dedicó desde muy joven al estudio de los clásicos griegos y latinos. Participó como diplomático en el gobierno revolucionario de Bolívar. Sin embargo, para nuestros propósitos nos interesa de manera especial la etapa vital de Bello como Jurista. En 1827 el

gobierno de Chile lo invita a ocupar un cargo oficial. Durante su permanencia en este país concibe y ejecuta un proyecto de Código Civil que ha tenido gran influencia en la historia jurídica de Hispanoamérica. Bello fue, además, un romanista que estudio los textos del Corpus Juris sin descuidar la investigación del derecho español: los fueros y las partidas. La labor codificadora de Bello no fue fácil duró desde 1833 hasta 1855 es decir alrededor de veintidós años, se han encontrado hasta seis proyectos y revisiones del Código Civil de Bello. En su trabajo tuvo influencia innegable el Código Napoleónico, aunque como bien dice Rafael Euclides Silva: “el genio de Bello lo redujo al tamiz de influjos acondicionados para no caer en servil subordinación de copia, sino, al igual que de otras codificaciones, disponer de elementos referenciales de sustentación doctrinaria o de innovación”¹⁶

Por supuesto el Código de Andrés Bello tuvo también influencia notable en nuestro país. Antes de los procesos independentistas regían en América como leyes de obediencia general: una normativa llamada “Recopilación de Indias” que contenía la legislación dispersa que sobre las Colonias había emitido la Corona Española; una “Novísima Recopilación” con normas no integradas a la anterior; y, por supuesto Las Siete Partidas que, como hemos visto, son la versión hispana de leyes romanas. Durante la Gran Colombia regían estos mismos cuerpos legales precedidos por las leyes dictadas por el Poder Legislativo de Colombia. Con la constitución de nuestra República ya desde 1831 se veía la necesidad de un Código Civil y así se hicieron varios intentos de codificación. En 1855 la Corte Suprema de Justicia fue encargada de formar un proyecto con base en el Código Francés. En 1857 la Corte Suprema conoció el texto del Código de Andrés Bello y decidió adoptarlo diciendo: “La Corte, que no abriga sentimiento de orgullo ni vanidad, y que cree que no hay mengua alguna en adoptar lo bueno que ya se encuentra hecho, no ha vacilado en volver sobre sus pasos”¹⁷ Así, con algunas modificaciones el Código de Andrés Bello pasó a ser el Código Civil Ecuatoriano que conocemos y cuya primera edición data de 1860.

Tal es el camino que une a las leyes romanas con nuestras leyes actuales.

D. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

14. ¿Qué entendemos por Fuentes del Derecho?

El concepto de fuentes del derecho varía según los diversos autores de manera tal que trataremos de aclarar esta idea en las siguientes líneas . Es evidente que

al referirnos a las fuentes del derecho podemos tener en mente dos cuestiones diferentes: a) las causas que dieron origen a las normas del derecho; y, b) los documentos en los cuales estas normas se encuentran plasmadas y que permiten que tengamos conocimiento de ellas. Como el presente texto se limita al estudio del Derecho Romano optaremos por un camino diferente de los anteriores y ya probado, decidiendo que para nosotros constituyen fuentes del Derecho Romano los mecanismos jurídicos y los textos legales que han dado origen al cuerpo de estudios que constituye el objeto de nuestra asignatura. Pero aunque tengamos este primer pie como guía en las cuestiones atinentes a las fuentes del derecho ello no nos exime de conocer la opinión de otros autores así como las clasificaciones en que han considerado conveniente dividir a las fuentes del derecho.

Acotaciones doctrinarias

Marcel Planiol y Georges Ripert en su Derecho Civil realizan una interesante diferenciación entre las fuentes del derecho antiguo y de un derecho que se encuentra en vigencia:

“La palabra fuente se emplea, en el lenguaje jurídico, con dos sentidos diferentes.

Cuando se trata del **derecho antiguo**, se entiende por *fuentes*, **los documentos en los cuales una legislación derogada puede estudiarse**. Es natural que con el tiempo disminuya el número de estos documentos: poseemos muy pocos de derecho griego o egipcio, más de derecho romano y mucho más de las instituciones de la Edad Media. Tomadas en este sentido, las fuentes tienen una gran importancia para el historiador; le proporcionan su materia prima.

Por el contrario cuando se trata de una **legislación vigente**, lo único que ha de hacerse es buscar el texto de las leyes, el cual se consigue tan fácilmente como conseguimos un objeto usual; y la búsqueda de las fuentes deja de ser una cuestión de erudición. Pero, la palabra recibe entonces otro sentido. Se entiende por *fuentes del derecho* **las diferentes formas por medio de las cuales se establecen las reglas jurídicas**¹⁸....

15. ¿ Que clases de fuentes existen?

Existen dos clasificaciones que es conveniente tener en cuenta: a) aquella que divide las fuentes en materiales y formales, y b) aquella que divide las fuentes en formales, históricas y reales. La clasificación a) considera que son fuentes materiales las causas que dan origen a la ley de las cuales hablábamos en la cuestión anterior. De igual manera considera que son fuentes formales las manifestaciones de la voluntad de crear el derecho (entendido como norma) por parte de quien detenta el poder de decisión en el estado (los reyes en las monarquías y los representantes del pueblo en las repúblicas). En cuanto a la

clasificación b) las fuentes formales se definen de la manera ya expresada; las fuentes históricas se entienden como los documentos que permiten la difusión del derecho; y, las fuentes reales se corresponden con la definición dada para las fuentes materiales.

A continuación estudiaremos con algún detenimiento las fuentes del Derecho Romano que consideramos de mayor importancia y que pueden ser adscritas a cualquiera de los órdenes de clasificación anteriores.

16. ¿Qué entendemos, en derecho, por costumbre?

La definición dada por Ulpiano parece ser clara y suficiente: “el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso”. De aquí podemos inferir que dos son los elementos que integran la costumbre: el consentimiento de las personas y el transcurso del tiempo. El grado en que estos dos elementos están presentes otorga mayor o menor fuerza a las costumbres y logra su eventual asimilación en las leyes.

El período de la monarquía se caracteriza por tener un derecho esencialmente basado en la costumbre, como ocurre con todos los pueblos primitivos. Así los romanos llamaron **mores majorum** (costumbres de los mayores) a los hábitos de organización social que por su uso continuado –y nunca cuestionado- regían la vida social política y jurídica de los ciudadanos.

El consentimiento unánime del pueblo es el mejor fundamento en que pueda basarse una ley, garantía de respeto al derecho y de paz social, pero, conforme las relaciones jurídicas se multiplican y la vida social se torna más complicada, ¿quién puede asegurar con certeza que tales o cuales costumbres son de cumplimiento obligatorio? En un momento determinado de la historia de los pueblos surge la necesidad ineludible de consignar por escrito las bases regulatorias de la vida de la comunidad.

Acotaciones doctrinarias

Los citados Planiol y Ripert respecto del derecho basado en la costumbre dicen: “El derecho consuetudinario es aquél que nunca ha sido objeto de una promulgación legislativa. Se compone de **reglas tradicionales**, establecidas poco a poco con el tiempo, y a menudo difíciles de comprobar (...) La naturaleza de la **fuentes** o **autoridad**, de la cual deriva el derecho consuetudinario, es objeto de interminables controversias. Unos pretenden hallar la fuente del derecho consuetudinario en su uso general y prolongado de los particulares, unido a la creencia de que existe una sanción social (**opinio necessitatis**), y niegan a la jurisprudencia toda función creadora del derecho (...) Otros reservan un lugar a la jurisprudencia y le conceden un

papel preponderante (y hasta único) en la elaboración del derecho consuetudinario. No creo en la posibilidad del establecimiento de reglas consuetudinarias que tengan valor obligatorio, independientemente de la jurisprudencia”¹⁹

El otorgar a los jueces el poder de establecer una suerte de derecho consuetudinario, de aplicación obligatoria en casos posteriores y similares, es una característica del derecho anglosajón que trae no pocas complicaciones por la multiplicidad de opiniones de cada uno de los jueces y tribunales. El fundamento mismo de esta idea se basa en la falsa concepción de que todos los administradores de justicia tienen una capacidad inmanente para realizar una labor creadora del derecho. La triste verdad es que, en casi todos los países del mundo, la dudosa preparación jurídica de los jueces lleva en numerosas ocasiones a lamentables errores, confusas interpretaciones y fallos ininteligibles cuando no francamente absurdos. La administración de justicia, que debería ser más o menos uniforme, se transforma, entonces, en una montaña inaccesible de precedentes y hace necesaria la proliferación de abogados especialistas. Esta degeneración del derecho lleva a que, frecuentemente, existan abogados especializados sólo en casos con unas características determinadas, por ejemplo, abogados que se ocupan sólo de atropellamientos en la vía pública.

17. ¿Qué eran las doce tablas?

Las doce tablas son disposiciones normativas expedidas por los decenviros (integrantes de un organismo colegiado, conformado por diez hombres, que gobernó Roma por algún tiempo). Como ya se ha visto antes existían desigualdades profundas entre los patricios y los plebeyos, por lo tanto, estos últimos trataban siempre de mejorar su situación. Como fruto de estas luchas lograron que entre los magistrados romanos existiesen los llamados Tribunos de la Plebe funcionarios encargados de defender a los plebeyos, pero, la inactividad de estos funcionarios irritaba a los plebeyos que pronto comenzaron a exigir nuevas leyes. Según Tito Livio con este motivo se envió una embajada a Grecia : “con la orden de copiar las célebres leyes de Solón y estudiar las instituciones de otras ciudades de Grecia, sus costumbres y derechos”²⁰ Cuando estos delegados regresaron de Atenas los tribunos de la plebe instaron para que se procediese sin demora a la creación de nuevas leyes para lo cual se creó el decenvirato como magistratura suprema. Según Tito Livio esto ocurrió en el año trescientos uno de la fundación de Roma. Así los decenviros gobernaban pero: “No descuidaban la redacción de las leyes. Para

satisfacer la expectación que mantenía en suspenso a la República, por fin las presentaron en diez tablas (...) en seguida corrieron rumores de que existían dos tablas más cuya adición a las otras completaría en cierto modo el cuerpo del Derecho Romano”. ²¹ Estas dos tablas fueron finalmente agregadas para concluir este cuerpo normativo que fue aprobado en un comicio por centurias.

Según los fragmentos que se ha logrado reconstruir las tablas I, II y III contienen las normas procesales fundamentalmente relacionadas con la comparecencia a juicio. La tabla IV se refiere a asuntos de familia. La V asigna tutores a las mujeres y regula cuestiones hereditarias. Las tablas VI y VII regulan las obligaciones, la propiedad y lo atinente a las cosas. Las tablas VIII y IX son esencialmente sancionadoras, es decir penales. La tabla X se encarga de la disposición del cuerpo después de la muerte. Las tablas XI y XII contienen materias variadas como ocurre siempre que se agrega algo a un cuerpo jurídico ya formado.

Nótese que en este antiquísimo grupo de leyes ya existe la división de normas entre las referentes a las personas, a las cosas y propiedad, a la sucesiones, etc. División que han consagrado muchos códigos posteriores.

18. ¿Qué eran las leyes comiciales?

Las Instituciones de Justiniano lo establecen claramente: “Ley es lo que el pueblo romano constituía, interrogado por un magistrado senatorial, a manera de Cónsul”. El Cónsul interrogaba al pueblo pero este, como entidad política, para poder responder debía constituirse en **comicios**, es decir en asambleas que podían ser convocadas por curias (reunión de diez gens), por centurias o por tribus. Las asambleas por centurias se basaban en una división centrada en el patrimonio de las familias. Existían 5 clasificaciones, cada una dividida en centurias (cien hombres). La primera clasificación (la de los más ricos) tenía siempre predominio sobre los demás. En los comicios tribales cada una de las tribus tenía un voto.

Las leyes sancionadas en comicios se llamaban **leges rogatae** para diferenciarlas de las **leges datae** (que regían en las provincias) y las **leges dictae** (dirigidas a la administración pública y de los municipios) .

Las **leges rogatae** tenían tres partes: **praescriptio**, **rogatio** y **sanctio**. La **praescriptio** a más de indicar el magistrado que propuso la ley y la fecha , anotaba la curia, centuria y tribu que votó primero y el nombre del ciudadano

porque se creía que este primer voto indicaba la voluntad de los dioses. La **rogatio** contenía el texto normativo; y, la **sanctio** señalaba las formalidades que aseguraban la promulgación de la ley conforme a derecho, así como su vigencia, interpretación y ejecución.

Queda claro que los comicios eran exclusivamente para los Patricios.

19. ¿ Que eran los plebiscitos?

Los plebeyos, al igual que los patricios, tenían también sus asambleas para decidir cuestiones comunes. Estas asambleas se llamaban **concilia plebis** o **plebiscitos**. Por supuesto los patricios no podían consentir en que estas reuniones tuvieran poder decisorio y sancionador de leyes, sin embargo cuando fueron nombrados cónsules Valerio y Horacio, una ley que lleva su nombre (**Lex Valeria Horatia**) decidió que los plebiscitos –que antes obligaban sólo a los plebeyos- obligarían ahora a todos los habitantes de Roma. Pero los patricios precavidamente se reservaron el derecho de que las leyes votadas por la plebe sólo pudieran entrar en vigencia si eran autorizadas por el senado. Esta última traba fue eliminada por la **Lex Hortensia**, promulgada ciento sesenta y dos años después de la Lex Valeria Horatia, consagrándose así el valor legislativo de los plebiscitos.

Estos concilios de la plebe se reunían por tribus y procedían de modo análogo a los comicios de los patricios. El Tribuno de la Plebe interrogaba a las tribus plebeyas sobre la puesta en vigencia de determinada ley y cada tribu votaba según creía conveniente.

Acotaciones históricas

La división entre patricios y plebeyos afectó de manera ostensible el orden jurídico de Roma y por tanto la atribución de derechos y de la calidad de ciudadanos. Es importante recordar que los derechos conseguidos por los plebeyos fueron fruto de largas luchas como podemos leer en el siguiente fragmento:

“Las clases más pobres de la plebe fueron cada vez más olvidadas y tuvieron que librar sus propias batallas. Sus penurias debieron llegar hasta los últimos extremos cuando, a pesar de la intervención del Estado para aliviar el hambre del 299 y las pestes del 295 y 293 y a pesar de las multas y otros cargos impuestos a los usureros, la lucha estalló de nuevo con tal violencia que, en el 287 la plebe se apartó Quinto Hortensio logró aplacarlas con la seguridad de que el senado daría su artificación preliminar a todos los plebiscitos , que así adquirirían la fuerza de

leyes. El primer plebiscito que se convirtió automáticamente en ley de este modo fue uno que interesó a las clases más pobres, en cuanto canceló ciertas deudas y redujo otras.”²²

20. ¿Qué eran los senado consultos?

Los romanos consideraban como leyes a las normas votadas en los comicios o en los plebiscitos. Sin embargo, según se ha visto, el senado tenían influencia legislativa y por el prestigio de sus integrantes expedía resoluciones que, durante la república, no tenían fuerza de ley pero que en el imperio adquirieron tal calidad. Así el Emperador proponía leyes al senado y éste las votaba y decidía sobre su vigencia.

Las resoluciones de este órgano se llamaban **senatus consulta** o senado consultos y constituyen importantes fuentes del Derecho Romano. Se suelen dividir entre senado consultos “últimos” (referentes al derecho público) y “comunes” (atinentes al derecho privado).

Al inicio del imperio la autoridad senatorial se vio disminuida y sometida a la autoridad del Emperador, luego esta situación fue superada. Hay que recordar que en muchas épocas de la historia la voluntad de quien encabeza el poder ejecutivo ha logrado someter las voluntades de los cuerpos consultivos o consultivos del Estado.

Los senado consultos, análogamente a las leyes, se dividen en una parte preliminar (**prefacio**); el cuerpo normativo propuesto al senado (**relatio**) y lo resuelto por este órgano (**sentencia**).

Acotaciones históricas

En el siguiente fragmento podemos conocer la composición y facultades del senado romano en la República:

“Desde la Ley Ovinia votada a fines del siglo IV antes de J.C., los trescientos puestos de que se componía el Senado eran cubiertos por designación de los censores, elegidos cada cinco años, los cuales redactaban una lista denominada *Album senatorial* en la cual eran incluídas las personas que hubiesen desempeñado magistraturas superiores (...)En teoría, el Senado careció de poder de decisión; este correspondía solamente a los magistrados, herederos de los antiguos reyes. Sus funciones eran tres, *interregnum*, *consilium* y *auctoritas*. Por la primera le correspondía designar a la persona que provisionalmente hubiese de cubrir una vacante producida por fallecimiento hasta que, en nueva elección, aquella fuese cubierta. La *auctoritas patrum* se redujo a la costumbre, no obligatoria, de sancionar previamente cualquier propuesta que hubiera de ser hecha al voto del pueblo.

En el *consilium* residía la verdadera fuerza del senado. Por él podía deliberar sobre cualquier cuestión y resumir luego las opiniones en un *senatusconsultum* que, aunque teóricamente no poseía fuerza coercitiva, nadie se atrevía a desobedecer.”²³

21. ¿En que consistían los edictos de los magistrados?

En tiempos de la República se estableció un magistrado llamado **pretor** que estaba encargado, fundamentalmente, de administrar justicia. Para esta tarea podía suplir y hasta corregir el Derecho Civil que se encontraba vigente y que, como cualquier orden normativo, tenía fallas y vacíos que dificultaban la decisión en las causas. El trabajo de los pretores conformó el llamado **Derecho Honorario**.

Al inicio de cada año cada pretor debía exhibir ante el pueblo las normas bajo las cuales se regiría su tarea así como las clases de reclamaciones que serían oídas también llamadas acciones. El derecho de un magistrado de expedir esta clase de normas se llamaba **Ius Edicendi**.

Esta expresión de los pretores se llamaba **edicto**. La dignidad de pretor duraba un año y su sucesor frecuentemente encontraba que no era necesario cambiar el edicto con el cual ya se había impartido justicia. Sin embargo cuando ocasiones singulares lo precisaban el pretor podía, en el transcurso de su período, emitir un **edicto repentino** para afrontar las cosas no previstas que se sometían a su consideración.

22. ¿Porqué eran tan importantes las respuestas de los juristas?

La respuesta a esta pregunta se relaciona con la esencial cuestión del conocimiento de la ley. En los principios de la historia romana sólo los sacerdotes y el colegio de pontífices, que ya hemos mencionado, tenían exacto conocimiento del derecho, especialmente en su aspecto procesal de orden eminentemente práctico. Habrían de pasar algunos siglos y varios acontecimientos históricos trascendentales para que el conocimiento del derecho y del arte de su interpretación surgieran entre laicos, es decir entre personas que no eran sacerdotes del culto romano.

Los jurisprudentes fueron sacerdotes o laicos que tenían tres funciones principales: a) **cavere** es decir la redacción de documentos fundadores de relaciones jurídicas –que hoy podríamos entender como contratos-; b) **agere** (este verbo significa obrar y es el origen de la palabra acción) que es la

colaboración en la redacción de los documentos judiciales según las fórmulas que se utilizaban; y, c) **respondere**: función que consiste en opinar sobre cuestiones de derecho que eran sometidas al conocimiento de los jurisprudentes.

Como se ve estas funciones pueden equipararse a las que realizan los abogados modernos pero los jurisprudentes libre y gratuitamente enseñaban también el derecho. La recopilación de sus enseñanzas ha permitido que trascienda su arte de interpretación jurídica: la **jurisprudencia**.

Augusto, el primer Emperador, concedió a algunos jurisprudentes el llamado **ius publici respondendi** es decir la capacidad de dar respuestas públicas que dilucidan puntos específicos de derecho.

En el ámbito práctico las opiniones de los jurisprudentes tenían influencia decisiva en los pleitos, de allí su gran importancia.

23. ¿Qué eran las constituciones imperiales?

Conforme avanzó el imperio como sistema político romano la autoridad del Emperador creció en prestigio e importancia y en la misma proporción decreció el uso de las antiguas formas de creación del derecho de manera especial los comicios y los senadoconsultos. Surgieron entonces las **constituciones imperiales** como expresión legislativa de la simple voluntad del Emperador.

Las constituciones imperiales se han clasificado de cuatro maneras: a) **edicta** en las que el Emperador utilizando el Ius Edicendi formulaba leyes que habrían de tener vigencia mientras durase su mandato.; b) **decreta** que no eran sino las resoluciones imperiales en los casos que, en cumplimiento de su potestad de administrar justicia, eran sometidas a su consideración. Estas resoluciones podían ser de cumplimiento obligatorio en casos similares; c) **rescripta** es decir las respuestas que el Emperador daba a las consultas que le eran elevadas por los funcionarios imperiales o por los particulares; y, d) **mandata** en las cuales el Emperador emitía instrucciones específicas respecto de algún asunto administrativo.

En la amplitud de temas que estas constituciones abarcaban podemos ver las abundantes facultades que poseían los emperadores y podemos imaginar la dificultad de cumplirlas en los vastos confines del Imperio Romano.

E. CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ROMANO

24. ¿Qué era el Jus?

Normalmente se entiende por jus lo que actualmente entendemos por derecho, es decir, un conjunto de normas que son de cumplimiento obligatorio y que regulan la vida en la sociedad, esta significación es correcta. Pero el término jus tiene además otras connotaciones que también se dan a la palabra derecho, como por ejemplo la facultad de exigir que se cumpla determinada prestación y de acudir a los tribunales para este efecto.

Por otra parte el jus era para los romanos esencialmente una elaboración de los hombres por contraposición al fas. Hay que recordar que la religión tuvo siempre inmensa influencia en las ideas jurídicas romanas, de tal manera que las nociones de normas divinas y de justicia divina estuvieron presentes siempre.

Frente a este concepto simple y directo de conjunto de normas humanas surgió luego la idea del jus como algo eterno e inmutable que existió antes de los hombres y que perdurará después, es decir la idea de un derecho natural. Adicionalmente se aproxima el concepto de jus a la moral con Ulpiano quien lo define como : “ el arte de lo bueno y equitativo”.

Podemos resumir expresando que el jus para los romanos era el ordenamiento normativo del estado acompañado de la facultad de exigir su cumplimiento.

Acotaciones doctrinarias

Por supuesto el concepto del “Derecho” da lugar a numerosas ideas algunas de las cuales (talvez las más interesantes) las expresa Alexander Demandt en el siguiente fragmento:

“El concepto de derecho no pertenece, como el concepto de poder, a la esfera de lo fáctico, sino a la esfera del deber. Derecho es aquello que me es permitido. Triboniano (*Inst.*, I,1,1) define los *iuris praecepta* de una triple manera: vivir decentemente (*honeste vivere*), no perjudicar a nadie (*alterum non laedere*), dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). El derecho regula la acción interhumana y de esa forma tanto el poder del individuo como el de la comunidad, y con la doble intención de hacer la vida soportable y mantener la comunidad.

El derecho pone límites a la voluntad, tiene originalmente carácter proscriptivo. ‘No matarás, no robarás, no cometerás adulterio’ dicen los Diez Mandamientos que realmente deberían llamarse las ‘Diez prohibiciones’. De esa forma la educación de los niños comienza con la frase ‘No hagas eso’. Se ha de moderar la intervención en la propiedad de los otros, que se constituye justamente así. El ordenamiento jurídico protege los débiles frente al fuerte”.²⁴

25. ¿Que se entiende por fas?

Como se explicaba anteriormente las concepciones religiosas de los romanos influían de manera directa en los asuntos de estado, de manera especial en lo que al ordenamiento jurídico se refiere. Así surgió la noción de fas: la ley divina, la ley que los dioses han previsto para los hombres y cuya violación acarrea castigos directos durante la vida terrena.

Los dioses romanos heredados de los griegos reunían todos los defectos humanos de manera tal que era muy difícil decidir cual era su voluntad, para ello se necesitaba la asistencia de un experto: el sacerdote. Es necesario recordar que los sacerdotes fueron durante mucho tiempo los depositarios del saber jurídico y los únicos que conocían tanto las leyes humanas (jus) como las leyes divinas (fas).

26. ¿Cómo entendían los romanos la equidad?

Como se ha visto con frecuencia el Derecho Civil de los Romanos beneficiaba a los Patricios pero perjudicaba a los otros grupos humanos que habitaban Roma, de manera que, en algunos casos, sufría de un defecto esencial: no era equitativo. Por ello algunos magistrados romanos se vieron en la obligación de ofrecer a las partes una posibilidad de igualdad mayor a la que constaba en la ley.

Los romanos creían que cada persona tiene en su interior un sentido de la justicia que le es propio y consideraban a la equidad como fruto de este sentido de lo justo. Siguiendo con este concepto se definió a la equidad como un conjunto difuso de principios muy amplios y generales del derecho que pueden y deben aplicarse para suplir la ley. En este sentido la equidad tiene un ámbito filosófico y puede referirse al esencial sentido ético y estético de igualdad.

Ciertos funcionarios llamados pretores peregrinos que se encargaban de la administración de justicia para los extranjeros en Roma para aplacar los rigores del Derecho Civil tomaron como costumbre el aplicar los principios de la equidad aún cuando estos estuvieran en contra de lo que había preceptuado la ley civil. El producto de esta dedicación es un nuevo derecho llamado **derecho de gentes (ius gentium)** que tenía aplicación con los extranjeros.

27. ¿Qué entendían los romanos por justicia?

La expresión de Ulpiano sigue siendo muy válida: “la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo que le corresponde”. En esta idea es importante resaltar que al tratarse de una *voluntad*, se entiende que es un producto de la decisión humana, es el resultado del querer de alguien. Sin duda se trata de una virtud loable, pero de una virtud que no existe por sí sola sino porque existe un hombre que desea ser justo en sus relaciones con los demás.

Pero no es suficiente tener la voluntad de ser justo, esta voluntad debe ir acompañada de la constancia, debe ser permanente, porque no es posible ser justo en algunos actos de la vida e injusto en otros, es necesario ser constantemente justo y sobre todo alentar siempre esta voluntad de dar a cada cual lo suyo.

Finalmente, la voluntad de justicia debe ser permanente, no puede tener un plazo determinado, no sería justo quien decidiese serlo sólo los primeros treinta años de su vida.

Es importante resaltar que esta idea de justicia de los romanos no tenía mayor relación con la religión que tanto influía en el derecho sino más bien con la naturaleza humana.

Acotaciones doctrinarias

Carlos Nino nos aclara el sentido de la palabra justicia con referencias a las diversas interpretaciones históricas y modernas:

“ Autores como John Rawls distinguen entre *concepto* de justicia y las diversas *concepciones* de justicia. Sobre la base de esta distinción, Rawls caracteriza el concepto de justicia indicando que él se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales (...) Algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia ‘es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra’ (...) Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre diversos individuos de un grupo social, como vimos en la caracterización explícita de Rawls”²⁵

28. ¿ Que entendían los romanos por jurisprudencia?

El término jurisprudencia debe ser analizado a varios niveles. En primer lugar refiriéndose al concepto clásico de los romanos, es decir la opinión de los juris prudentes de los conocedores del derecho que daban opiniones expertas sobre determinados asuntos y que tenían para tal efecto tanto el conocimiento como

el arte de interpretación. De allí que se definiera la a la jurisprudencia como “el conocimiento de las cosas divinas y humanas. La ciencia de lo justo y de lo injusto”.

Pero, en otro nivel, es necesario decir que en la actualidad llámase también jurisprudencia a la ciencia del derecho en general así como a los diversos fallos de los tribunales que, dependiendo de la legislación de cada país, pueden ser de acatamiento obligatorio por los jueces inferiores o no.

Adicionalmente se llama también jurisprudencia a la enseñanza doctrinal que puede obtenerse de las sentencias de los tribunales superiores.

29. ¿Como diferenciar el derecho público y el privado?

Siempre se consideró muy clara la diferencia entre derecho público y derecho privado. El primero regula la organización estatal y el segundo las relaciones entre los particulares.

Durante muchos años, el derecho por excelencia fue el derecho privado, de manera especial el Derecho Civil. La división entre derecho público y derecho privado establecida por los romanos ha subsistido hasta nuestros días y ha permitido que cada una de estas ramas tenga reglas y principios particulares, así por ejemplo es fundamental en el derecho público el *principio de legalidad* es decir que los funcionarios públicos sólo pueden actuar de la manera que la ley señala, lo cual limita el libre arbitrio de quien detenta cierta parte del poder del estado y establece reglas claras sobre lo que pueden esperar los ciudadanos de la actuación de sus representantes en el gobierno.

Por otra parte la distinción entre derecho público y derecho privado ayuda a mantener la acción del estado dentro de los límites que le corresponden sin que intervenga más de lo necesario y conveniente en las esferas de la vida íntima de las personas. En efecto, cuando el campo del derecho público crece entonces normalmente mengua la libertad de los individuos dentro de una sociedad determinada.

Además es importante anotar que el derecho privado es siempre vivo y cambiante, talvez más flexible que el derecho público, porque las tendencias de este último obedecen normalmente a exigencias motivadas por cambios sociales.

Una consecuencia muy importante de la distinción entre derecho público y derecho privado es la existencia de personas jurídicas de derecho público (como los municipios) y personas jurídicas de derecho privado (como las fundaciones o las compañías).

Acotaciones doctrinarias

Pero la distinción anotada, si bien es la más difundida y aceptada no es totalmente concluyente como Manuel de Jesús Moro e Ignacio Sánchez nos hacen notar:

“Sin embargo, el Estado, la administración puede, como decíamos antes, intervenir como un particular más, aunque precisar en que casos actúa con sometimiento al Derecho privado, es difícil al no existir una norma o criterio que lo determine. Ante ello, la doctrina señala tres casos o supuestos:

1º. Conflictos de propiedad: cuando se trata, por ejemplo, de un litigio promovido entre un particular y la Administración acerca de la titularidad de un terreno, se considera un conflicto privado.

2º. En el caso de daños producidos a los particulares como consecuencia de la actuación que sea imputable a la administración.ç

3º. Cuando se trate de contratos celebrados por la administración siempre que no persigan un interés público.” ²⁶

Entre estos últimos los autores citan los que la Ley Española señala entre ellos: compraventa, donación, permuta, arrendamiento.

30. ¿Qué diferencias existen entre Derecho Civil, derecho de gentes y derecho natural?

Comencemos por el Derecho Civil. Como se ha visto el Derecho Civil era el derecho de los cives (ciudadanos) romanos y constituye el pilar del derecho privado, es decir de las normas, principios y doctrinas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos particulares. El Derecho Civil ha sido la base del derecho en general y se afirma (con toda razón) que el estudio del Derecho Civil abre las puertas de todo el ordenamiento jurídico.

El derecho de gentes, ya lo hemos visto, fue consecuencia de los trabajos de los pretores peregrinos que en su labor de administrar justicia debían proteger también los intereses de los extranjeros aún frente a disposiciones expresas del ius civile. Algunos juristas romanos han ennoblecido esta labor señalando que el derecho de gentes es un derecho común practicado en todos los pueblos y establecido por la razón natural para el uso de todos los hombres; esta justificación parece adecuada dado que no justifica la violación del Derecho

Civil ni admite las desigualdades que llevaron a la aparición de derecho de gentes. Francisco de Vitoria, en el siglo XVI fue un propugnador del derecho de gentes y le dio una nueva dimensión al afirmar que este derecho tiene fuerza de ley en todo el mundo porque la comunidad humana es de algún modo una república. Vitoria afirmó que forman parte del derecho de gentes el derecho a una ciudadanía, aun domicilio, a la sociabilidad y al libre comercio.

El derecho natural fue también una concepción romana. Los romanos creían que en el orden natural de las cosas, al igual que existen leyes físicas que no dependen del hombre deben existir normas jurídicas que la naturaleza enseña al hombre.

Esta idea lleva a la noción de un ordenamiento superior y suprahumano que según afirma Cicerón “llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por medio de sus amenazas” y que está constituido “por la recta razón inscrita en todos los corazones”.

Tomás de Aquino, por su parte, diferenciaba la ley eterna de la ley natural y de la ley humana señalando que la ley natural es la participación humana de la ley divina a través de la razón.

Los filósofos de la ilustración han sostenido ideas parecidas. En definitiva el derecho natural puede conocerse por el simple uso de la razón humana, así cualquiera puede determinar sus normas con un poco de reflexión porque forman parte consustancial de nuestra naturaleza.

Quienes participan de la escuela del derecho natural afirman que este constituye un marco que rodea a cualquier legislación positiva y que de una manera u otra influye en el ordenamiento jurídico de todos los pueblos.

Por otra parte, ha habido ocasiones en que, con cierta justificación, se ha confundido la noción de derecho natural con la Filosofía del Derecho, siendo esta última la indagación de las causas finales de las normas y principios jurídicos.

Cuando aún no se concretaban ninguno de los grandes documentos que garantizan los derechos humanos básicos, la única argumentación jurídica a la que podía acudir para defender estos derechos era el derecho natural. Hoy afortunadamente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otros muchos acuerdos internacionales proporcionan un marco positivo a los derechos humanos.

Acotaciones doctrinarias

Existen numerosas críticas a la idea del Derecho Natural. Consignamos aquí, algunas de ellas, recogidas por Eusebio Fernández, a fin de que el lector se forme su propia opinión:

“Las críticas (...) proceden de Hans Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio (...) Kelsen caracteriza la doctrina del Derecho natural como el intento de deducir de la naturaleza humana un conjunto de reglas de conducta (...) *opera con un método que contiene errores lógicos y permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Desde el punto de vista de búsqueda de la verdad este método carece por completo de valor (...) Es mentira que la dictrina iusnaturalista sea capaz de determinar de modo objetivo lo que es justo, como pretende hacerlo; pero los que la consideran útil pueden utilizarla como mentira útil.*

Por otra parte, Ross no ahorra agudos argumentos y acusaciones a las teorías del Derecho Natural (...) ‘*la oposición entre la filosofía del derecho natural –escribe Ross– y una teoría jurídica realista de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica.*’

En tercer y último lugar Bobbio representa una postura crítica, pero mucho más moderada y comprensiva a las teorías del Derecho Natural (...) Así, el ‘*Derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia, ‘no garantiza ni la paz ni la seguridad’, ‘la noción de ‘naturaleza’ es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos’ e ‘incluso si fuera unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo e injusto’*²⁷

31. ¿Qué diferencias existen entre Derecho Civil y derecho honorario?

La diferencia principal está en el gradual advenimiento y aceptación del derecho honorario cuando el Derecho Civil ya se encontraba establecido desde hace tiempo entre los romanos. Constituye uno de los fenómenos más interesantes de la historia jurídica de la humanidad la convivencia de estos dos sistemas jurídicos durante gran parte de la historia romana.

El sistema del Derecho Civil con su formalismo arraigado en costumbres ancestrales que se remontan a los primeros habitantes del valle del Lacio no tuvo la flexibilidad suficiente para lidiar con todas las nuevas situaciones jurídicas creadas por el crecimiento de la ciudad y del estado romano. Pero, sobre todo, si su utilidad se limitaba a sólo una parte de la sociedad era natural que necesitase un complemento que aumentara su alcance y enmendara todas las desigualdades e injusticias que el Derecho Civil podía tener. El derecho honorario constituyó pues el complemento indispensable del Derecho Civil.

Existe otra gran diferencia respecto a los comienzos diversos de los dos sistemas: el Derecho Civil tuvo su origen en costumbres ancestrales que luego se cristalizaron en leyes, mientras que el derecho honorario surgió del tráfico diario de la administración de justicia en los despachos de los pretores y del calor de las diversas disputas y problemas que estos funcionarios debían resolver. Así que, el derecho honorario es, de alguna manera, la expresión jurídica palpitante de lo que constituía la vida de la roma antigua.

De cierta forma esta partición entre Derecho Civil y derecho honorario fue una muestra temprana del poder de la sociedad para modificar el ordenamiento jurídico aún en contra de modos muy arraigados. Con la codificación de Justiniano el Derecho Civil y el derecho honorario se fusionaron de manera tal que el derecho honorario alcanzó prestigio similar al antiguo y venerable ius civile.

2. PERSONAS Y FAMILIA

A. LAS PERSONAS EN EL DERECHO ROMANO

32. ¿Cómo inician su existencia las personas físicas?

Para comenzar es importante aclarar que al referirnos a las personas físicas hablamos de los seres humanos en general por contraposición a las personas jurídicas cuyas características se explican más adelante.

Por un simple razonamiento y siguiendo a la naturaleza, podemos inferir que la existencia de las personas físicas se inicia con su nacimiento. Pero, para los romanos era necesario un hecho fundamental: el haber nacido con vida. Para determinar este hecho algunos confiaban en la respiración mientras que otros exigían que el niño llorase. Adicionalmente el recién nacido debía tener forma humana.

Nuestro Derecho Civil actual exige simplemente el hecho del nacimiento y la separación completa de la madre.

Ahora bien, el nacimiento de un ser humano no significaba que este adquiriera la calidad de persona, para ello debía reunir una serie de estados que le atribuían la libertad, la pertenencia a una familia y la calidad de ciudadano.

Como bien se sabe la esclavitud fue una constante durante gran parte de la historia romana. Los esclavos no eran considerados **sujetos de derecho**, es decir personas sino más bien **objetos de derecho** es decir cosas. Fácilmente se

puede inferir que en cualquier ordenamiento jurídico sólo los seres humanos somos capaces de exigir derechos mientras que todo el resto de la creación constituye el objeto sobre el cual versan las relaciones jurídicas.

33. ¿Qué se entendía por estado de libertad?

La sociedad romana basó su economía en la esclavitud. Los esclavos realizaban no sólo las tareas más duras sino casi todos los trabajos necesarios. Para el siglo I Roma tenía casi un millón de esclavos tratados con mucha dureza dado que los romanos no los consideraban como seres humanos sino como objetos. Pero en la época imperial, según afirma Jorge Luis Borges , la situación era otra:

“Contrariamente a lo que comúnmente se cree , los esclavos ocupaban en la familia antigua un lugar más importante que el de los criados de hoy. Los dueños no hacían nada sin ellos y no había secretos, aunque íntimos, que los esclavos no conocieran.”²⁸

Como quiera que sea la división entre individuos libres y esclavos persistió durante toda la historia romana. Esta división estaba fundada, precisamente en el llamado “estado de libertad” es decir la condición de individuo libre. Esta condición podía venir desde el nacimiento, cuando alguien era hijo de padres libres o podía lograrse mediante la manumisión.

Por el contrario, podía carecerse del estado de libertad por ser hijo de esclavos, por haber sido tomado prisionero o por sentencia penal.

34. ¿Qué se entendía por estado de ciudadanía?

Fundamentalmente el estado de ciudadanía consistía en ser o no ciudadano de Roma. El ser ciudadano de Roma permitía que alguien se amparase en sus relaciones jurídicas bajo el Derecho Civil que, como ya se ha mencionado, se aplicaba exclusivamente a los ciudadanos romanos.

Por otro lado el acceso a los honores y a los cargos públicos era exclusivo para los ciudadanos romanos.

Para entender lo desventajoso que resultaba el no ser ciudadano romano hay que recordar que los peregrinos no podían comprar, vender o tener propiedades. Tampoco podían contraer matrimonio o establecer un negocio. Estaban prohibidos de testar o de ser instituidos como herederos y aún de participar como testigos en actos jurídicos. Así pues el tener el acceso vedado a todas las actividades económicas de una ciudad como Roma que era el centro

del mundo antiguo constituía una lamentable desventaja por lo cual, a manera de gran honor, se concedía a ciertos extranjeros la calidad de ciudadanos romanos, lo que traía consigo no sólo una cierta honra implícita sino evidentes ventajas de carácter financiero.

El estado de ciudadanía se extendió primero a todos los ciudadanos libres patricios o plebeyos y luego a todos los habitantes de Italia.

Quedaban marginados del estado de ciudadanía los esclavos y los peregrinos (extranjeros).

35. ¿Qué se entendía por estado de familia?

La posición que los romanos ocupaban dentro de su familia era fundamental para determinar su capacidad jurídica. Se podía ser *sui juris*, es decir no estar sometido a la patria potestad de otra persona o *alieni juris* lo que equivale a estar bajo aquella potestad. Así el *pater familias* (padre) era una persona sui juris mientras que el *filius familias* (hijo) era alieni juris.

Ahora bien, sólo los ciudadanos romanos sui juris podían comerciar y tener bienes, mientras que los alieni juris simplemente podían contraer obligaciones. El patrimonio de una familia se concentraba en el pater que era el único con capacidad jurídica para tener propiedad, entonces si su hijo o su esposa adquirían bienes, estos pasaban automáticamente a ser propiedad del pater familias.

Por otra parte los alieni juris no estaban impedidos de participar en la vida política y podían ocupar tranquilamente cualquiera de los honores y magistraturas del estado romano.

Con el tiempo se concedió al filius familia la capacidad de disfrutar de ciertas clases de patrimonio a través de los llamados peculios que eran los bienes que el hijo adquiría por herencia de su madre, por su labor como militar o por su trabajo como servidor civil.

36. ¿Qué se entiende por “capitis deminutio”?

Los romanos establecieron la noción de capacidad jurídica, es decir de la aptitud para ejercer derechos y para contraer obligaciones. A esta capacidad jurídica la llamaron *caput*. La capacidad jurídica estaba conformada por los estados de libertad, ciudadanía y familia que ya hemos revisado.

Ahora bien estos estados podían modificarse y cambiarse la capacidad jurídica de las personas a través de la **capitis deminutio** .

La capitis deminutio podía operar en tres formas diferentes:

Como capitis deminutio máxima: Sucedió cuando se perdía el estado de libertad; cuando alguien dejaba de ser persona libre y pasaba a ser un esclavo. En esta desgraciada eventualidad los otros dos estados (de ciudadanía y de familia) también se perdían de manera que la capacidad jurídica del sujeto se extinguía completamente y aún su personalidad. Conforme fue evolucionando el derecho también cambiaron las causas por las cuales un hombre libre podía caer en la esclavitud. En el derecho antiguo se encontraban, por ejemplo, el no acudir al servicio militar, no inscribirse en el censo para evitar los impuestos, ser atrapado flagrantemente como ladrón, ser deudor sin bienes para responder. Finalmente en el Corpus Juris quedan como causas de la esclavitud entre otras la ingratitud del esclavo que había sido manumitido (llamado liberto); cierta clase de venta ficticia que constituía una estafa por la cual un hombre libre se hacía vender como esclavo por un cómplice para después de recibido el dinero reclamar su libertad demostrando que nunca fue esclavo; y, el cautiverio.

Como capitis deminutio media o magna: Podía ocurrir que el estado de ciudadanía (con todas las ventajas que conllevaba) se perdiese y el individuo pasase a ser un simple extranjero en Roma. La pérdida del estado de ciudadanía era consecuencia de la pena del destierro y a su vez originaba que se perdiese el estado de familia, si bien el sujeto conservaba aún su libertad. Podía perderse también la ciudadanía cuando alguien se trasladaba a residir en una colonia.

Como capitis deminutio mínima: Traía efectos ya no en cuanto al derecho público sino simplemente en cuanto al derecho privado. Consistía fundamentalmente en abandonar la familia a la cual se pertenecía y pasar a pertenecer a otra familia o formar su familia propia. Por ejemplo: la hija que contraía nupcias pasaba a ser parte de la familia de su marido. El hijo emancipado dejaba de estar bajo la patria potestad de su padre y abandonaba la familia. El padre podía también dar un hijo suyo en adopción a otra familia. Había casos en que un padre de familia con todos los que dependían de él, por necesidad, pasaba a depender de otra familia con mejores posibilidades económicas esta figura de llamaba *adrogación*.

37. ¿Qué entendían los romanos por persona jurídica?

La noción de persona jurídica tuvo una evolución gradual en las diversas etapas del derecho romano. En los tiempos primitivos sólo se concebía la existencia de personas particulares, y si bien existían agrupaciones humanas con fines propios se entendía que el patrimonio que estas colectividades pudieran tener era un patrimonio que no pertenecía a nadie y que, por tanto, se encontraba fuera del comercio.

Fue en el Imperio cuando se reconoció la idea de personas jurídicas entendida en el sentido de una persona moral o ficticia integrada por varias personas individuales y cuyo patrimonio, derechos y obligaciones son diferentes de los de cada uno de sus miembros. Por ejemplo un gremio de carpinteros se entendía (y se entiende) como una persona diferente de cada uno de los carpinteros que integran esta corporación. De igual manera en el Imperio se reconoció la idea de personas jurídicas de derecho público, comenzando por los municipios y terminando por el *fisco* que no era sino el patrimonio del Emperador destinado para fines públicos.

El aporte fundamental de los romanos fue el de crear este instrumento conceptual, esta ficción jurídica mediante la cual nos imaginamos que se ha creado una nueva persona a través de la unión de los aportes, económicos y humanos, de varias personas individuales y suponemos que esta nueva persona es totalmente diferente de los miembros que la integran y que puede realizar negocios jurídicos que no siempre comprometen a sus integrantes.

38. ¿Qué eran las corporaciones?

El fundamento de la sociedad humana en todas las épocas ha sido la colaboración, así que nada más natural que el reunirse para realizar un fin determinado. Esta reunión de personas para alcanzar un cierto objetivo podemos llamarla corporación. Durante la república existían diversos tipos de corporaciones destacándose entre ellas los gremios y los colegios sacerdotales.

Los gremios agrupaban gente dedicada a algún oficio (albañiles, herreros, etc.) mientras que los colegios sacerdotales agrupaban a los ministros del culto dedicados a una tarea específica entre los cuales se destacaban los pontífices y los flámines, estos últimos eran los sacerdotes de los dioses magnos y se encargaban de encender el fuego para la adoración.

Las corporaciones eran lo que hoy entendemos como personas jurídicas de derecho privado, es decir que tenían las características antes enunciadas para las

personas jurídicas: su patrimonio era diferente del de sus miembros; tenían un representante que actuaba en nombre de la corporación; y, en definitiva, eran entidades diferentes de sus componentes.

Para constituir una corporación se requerían por lo menos tres personas, tener un fin lícito y reglas generales expresadas en un estatuto.

39. ¿Qué eran las fundaciones?

Si las corporaciones se entendían como la agrupación de individuos unidos con un objetivo común en cambio las fundaciones eran personas jurídicas cuya existencia estaba basada en un patrimonio que había sido destinado a un fin determinado por un individuo que actuaba como fundador de esta entidad.

El fin al que se destinase este patrimonio debía ser, necesariamente, lícito y de carácter altruista y no lucrativo.

Por ejemplo un cierto ciudadano romano poseedor de muchos bienes decidía que todos sus haberes o una parte de ellos se dedique al cuidado de las viudas y los huérfanos, entonces, este patrimonio que ya no pertenecía al fundador se constituía en un ente con vida jurídica propia distinto de la persona del fundador.

Las fundaciones tuvieron su auge con el advenimiento del cristianismo.

B. LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

40. ¿Qué entendían los romanos por familia?

En los primeros años de este siglo XXI ha variado el concepto de familia que se tenía a mediados del siglo XX, han surgido diversos tipos de familia con muchas variaciones respecto de la organización monogámica considerada normal. No es de extrañarse, pues, que los romanos hayan tenido ideas radicalmente diferentes.

En efecto para los romanos la familia, al menos en los tiempos primitivos, constituía el nexo que ligaba a los ciudadanos con Roma y se la entendía como una organización jerárquica y patriarcal en la cual el Pater Familias tenía amplísimos derechos sobre todos los que se encontraban bajo su dependencia. Ya se ha explicado que el único ciudadano sui juris era el pater mientras que todos los demás integrantes de la familia eran alieni juris . En los tiempos primitivos esta potestad era tan rigurosa que se consideraba de vida o muerte.

Los poderes del pater familias eran de orden político y de orden eclesiástico, en primer lugar era el gobernante del hogar y disponía de las cosas materiales según creía conveniente, porque además era el único propietario de todo, administraba justicia, decidía conflictos e imponía castigos; en segundo lugar era el sacerdote del hogar que guardaba el culto a los dioses domésticos.

El clásico pater familias era un ciudadano romano adinerado cuya ocupación estaba fundamentalmente constituida por los negocios públicos, de manera que en las mañanas atendía a los clientes y en la tarde acudía al Foro.

Las familias servían también como centro inicial de formación de los jóvenes aristócratas, así que entre sus miembros frecuentemente se contaban pedagogos y filósofos que se ocupaban de enseñar normas básicas de urbanidad dado que por la observancia de estas normas se reconocía a quien pertenecía a una familia poderosa. El papel principal en la educación de los hijos lo tenía el padre a tal punto que el contacto de la madre con los hijos estaba restringido según se colige de un edicto pretoriano en donde: “ De la madre, se dice solamente (lo que hace suponer que no tiene la custodia del hijo) que se le dejará visitar a su niño cada dos meses hasta el año.(...) La madre desaparece cuando el niño sabe hablar. ²⁹

En definitiva la familia romana (especialmente la patricia) era un grupo de personas que compartían una casa (*domus*) y que, siendo parientes consanguíneos o no, se encontraban bajo la autoridad de un jefe llamado “pater”. Como se ve se trataba de un órgano político de carácter muy práctico. Los romanos no eran dados al sentimentalismo.

Pero esta clase de familias no eran las de la mayoría de los romanos: “Ciertamente no para los pobres, para esa plebe baja de Roma de la que L. Ross Taylor ha mostrado que se vivía en la promiscuidad entre personas libres, libertos y esclavos. De las uniones consideradas provisionales nacían hijos naturales (...) llevaban el nombre de su madre y no reconocían otro padre que, en todo caso, el de la naturaleza o el afecto (...)”. Además “inscripciones romanas dejan ver que el matrimonio legítimo, unión celebrada entre ciudadanos sólo correspondía a una tercera parte de las familias”.³⁰

Acotaciones históricas

Un libro de Florence Dupont, “El Ciudadano Romano”, revela interesantes detalles de la vida familiar, especialmente sobre la relación entre los cultos a los dioses menores, la tierra, la casa y la familia:

“El lar y el genio, asociados en el culto celebrado por el padre de familia, dan testimonio de que, en Roma, familia y casa son indisociables. En esa civilización todo pasa por el suelo, hasta el poder paterno y el parentesco.

Para el latino, la *familia* coincide con la población de la casa sometida al poder del padre, *pater familias*: hijos, esclavos y a veces esposa (según su régimen matrimonial). Una casa es una familia y un padre, que veneran juntos al *Lar familiaris*. La autoridad del padre de familia no se define por separado en términos de propiedad o genealogía sino, más globalmente, en términos de residencia, aunque sea efectivamente el padre o el antepasado de los niños y el propietario de los esclavos que viven en la casa”.³¹

41. ¿Cómo estaba conformada la familia romana?

Como ya se ha visto el concepto de familia que tenían los romanos difiere de lo que lo que la tradición cristiana entiende como unidad familiar.

El integrante principal de la familia era el pater que se encontraba a la cabeza de todo aquel grupo humano. El pater era el varón de mayor edad de la familia. En cuanto a parientes consanguíneos podían integrar la familia hasta tres generaciones, reconociéndose parentesco en línea colateral hasta el sexto grado. Cuando se exceden estos límites los parientes más lejanos deben salir para fundar otras casas. Esto tenía como consecuencia que, en cuanto al culto a los antepasados, también se debía honrar a “tres padres”, es decir todo romano recordaba por lo menos a su bisabuelo y tras él existían muchos antepasados ignotos e innominados a quienes igualmente se honraba.

Pero la familia romana no se conformaba solamente con los parientes consanguíneos, existían otras muchas personas que formaban parte de la casa y que estaban sometidas a la potestad del pater familias. Precisamente el estar sometidos bajo esta potestad constituía un vínculo de unión entre las diversas personas que vivían en el *domus* (casa). Así Ulpiano define a la familia como “personas que, por naturaleza o por derecho están bajo la misma potestad”.

De manera que los clientes y los esclavos formaban también parte del núcleo familiar. Por supuesto con las diferencias que las costumbres romana establecían.

Acotaciones históricas

“El genio es el dios de la genealogía doméstica. Es en la casa donde se engendran y nacen los niños. El modelo ideal de familia reúne bajo un mismo techo a tres generaciones, cuyos hombres siguen sometidos a la autoridad del bisabuelo. A su muerte la familia se divide en tantas nuevas familias como hombres haya en la generación siguiente. Por lo tanto, el ideal es

una casa habitada por todos los hijos, nietos y bisnietos con sus esposas, de un antepasado común, mientras este viva.

¿Por qué tres generaciones? Porque ese lapso corresponde a lo que los romanos llaman una *memoria*. Es el tiempo que cada uno recuerda personalmente (...) La familia romana así definida por tres generaciones se extiende horizontalmente hasta los parientes del sexto grado, es decir los primos segundos.” ³²

42. ¿Qué potestades tenía el “pater familias”?

Para comprender todas las funciones que tenía el pater familias debemos recordar que no se lo puede asimilar al actual “padre de familia” sino más bien a un monarca que, con rigor, regía sobre un grupo humano que constituía la base fundamental de la sociedad romana y que se llama familia.

Como ya se ha visto, en cuanto a Monarca Familiar el Pater Familias tenía poderes políticos para regir el destino de cuantos estaban sometidos a su potestad, tenía además poderes de administración de justicia en cuanto a imponer castigos (no siempre suaves y “paternales”) a sus sometidos, así como para resolver los conflictos que se presentaran. Y por supuesto guardaba celosamente la religión del hogar.

Pero estos poderes del pater familias estaban divididos en varias potestades específicas para los diversos miembros de la familia: por ejemplo:

La manu maritalis que se tenía sobre la esposa.

La patria potestas que se ejercía sobre los hijos.

La dominica potestas ejercida sobre los esclavos

La mancipium sobre las personas libres que pertenecían por una razón u otra la familia.

Por otra parte el pater familias era el único miembro de la familia con capacidad jurídica para tener la propiedad sobre cosas es decir para hacer uso del dominium.

Por supuesto el pater debía responder ante la sociedad por el uso que hiciera de los poderes que le fueran concedidos así como por la paternidad sanguínea. Entre las cualidades que eran parte de las virtudes que debía exhibir el ciudadano romano estaba la paternidad: “Ser padre es un deber cívico y por ende una virtud celebrada por una oración fúnebre: ‘Quiso ser un guerrero de primer rango, orador excelente, general victorioso; dirigir bajo sus auspicios grandes asuntos; ser investido de los mayores honores, ser muy sabio, estimado como un senador eminente, enriquecerse de manera honorable, ser muy

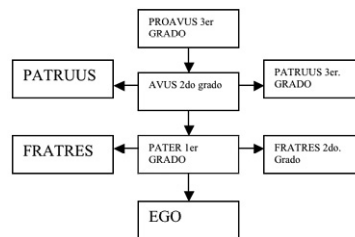
célebre en la ciudad' (*Laudatio funebris* de L. Cecilio Metelo, pronunciada en 221 a.C. por su hijos, citada en Plinio, *Historia Natural*, VII,140)”³³

43. ¿Qué clases de parentesco existían en Roma?

Existían dos líneas de parentesco: el parentesco cognaticio fundado en los vínculos de la sangre y el parentesco agnaticio basado en la ley.

Hablado de manera muy básica y dejando de lado otras consideraciones puede decirse que el parentesco cognaticio originalmente ocurría sólo por la vía materna. El parentesco agnaticio estaba, en cambio, relacionado con la sujeción común a la autoridad del pater familias y se establecía con relación a él.

Ahora bien el parentesco de la sangre, tiene dos líneas: la línea recta que va de ascendientes a descendientes y la línea colateral que elevándose hasta el tronco baja nuevamente hasta el pariente en línea horizontal que corresponda. La mejor forma de explicar esta situación es un gráfico³⁴:



La línea que va desde el Ego (yo) hasta el Avus (Abuelo) y Proavus (Bisabuelo) corresponde al parentesco en línea recta. Cada generación cuenta un grado. La línea que corre entre los Fratres (hermanos) o entre los Patruus (tíos) representa al parentesco colateral. Como ya se dijo para contar el parentesco en esta línea es necesario subir al antecesor común y luego bajar al pariente colateral que corresponda. Por ejemplo si quiero saber en que grado colateral son parientes míos mis tíos subo hasta nuestro ancestro común que es mi abuelo, (es decir cuento un grado para mi padre y otro grado para mi abuelo) y luego bajo a mis tíos (un grado más) de donde resulta que mis tíos son mis parientes en el tercer grado.

Acotaciones doctrinarias

Gayo, Institutas, Libro I

“Se llaman agnados (*agnati*) a personas emparentadas (solamente) a través de la línea masculina como si fueran consanguíneos por el padre, por ejemplo un hermano nacido del mismo padre, su hijo o su nieto; como un tío por el lado paterno, su hijo o su nieto.

Pero las personas que están emparentadas por el lado femenino no son agnados, por el contrario, son parientes cognados (*cognati*) por el derecho natural. Así la relación entre un tío y el hijo de su hermana no es de agnados sino de cognados; de igual manera el hijo de una tía sea de la rama paterna o materna no es mi agnado sino mi cognado y viceversa yo estoy emparentado con él en la misma forma. Los recién nacidos entran en la familia de su padre no en la de su madre.

1. Agnados.- El parentesco consanguíneo se expresa en latín por la palabra *cognatio* la cual es lo suficientemente amplia como para incluir a todos aquellos que normalmente consideramos hoy como nuestros parientes. De todas maneras la lengua latina y el derecho Romano dibujan una distinción que normalmente no hacemos entre consanguíneos únicamente por línea masculina y aquellos emparentados por línea femenina o masculina. Los miembros del primer grupo se describen como ‘agnados’. Entre dos individuos existe una relación de agnados si descienden en línea masculina de un común ancestro varón. Así un hermano y una hermana son agnados entre sí; y cada uno de ellos es un agnado de la hermana o hermano de su padre (un tío o una tía paternos) y de los hijos e hijas de sus tíos paternos (primos). La relación de agnados es crucial en la constitución de la familia; y especialmente en el derecho temprano. Los parientes a través de la mujer son llamados en ocasiones ‘enates’ pero este término no es importante para el derecho.

2. Clasificando a los parientes.- Trate de clasificar a sus propios parientes consanguíneos basado en si ellos son o no sus agnados. Uno de los resultados más sorprendentes que, sin embargo, fluye directamente de la definición de la relación agnaticia, es que su padre es su agnado pero su madre no; de igual forma, su abuelo paterno es un agnado, pero tu abuela paterna y abuelos maternos no lo son. ¿Qué factores sociales o políticos pudieron haber impulsado a los antiguos romanos para hacer tal distinción? El latín siempre diferencia entre tíos y tías: paternos (*patruus, amita*) y maternos (*avunculus, matertera*)”³⁵.

44. ¿Cómo se ingresaba a una familia romana?

Existían algunas formas de ingresar a la familia romana, entre ellas resaltan: el nacimiento, el matrimonio, la adopción, la adrogación, la legitimación.

Desde nuestra actual óptica el nacimiento es la forma lógica y natural por la cual se agrega un nuevo miembro a una familia. En Roma sucedía algo similar pero con algunas importantes diferencias. Así el hijo varón ingresaba a la familia de su padre, pero la hija mujer ingresaba a la familia de su madre, puesto que la línea femenina seguía perteneciendo a la familia del padre de la esposa. Adicionalmente, para ingresar a una familia el hijo debía ser procreado en *justas nupcias* y en tal virtud constituía un hijo *justus*. Más adelante aclararemos en que consistían las justas nupcias y las diversas clases de filiación.

A través de la adopción ingresa a la familia una persona que hasta ese momento es ajena a ella y lo hace bajo la condición de hijo. El adoptado suele ser un *alieni juris* y mantiene esta condición al ingresar a la nueva casa. Es decir que abandona totalmente los vínculos que tenía con su antigua familia inclusive los que corresponden al nombre. Los Romanos pensaban que la adopción era una forma legal de imitar a la naturaleza. El procedimiento de la adopción comenzó siendo complicado, por que existía el delicado problema del cambio de potestad de un pater a otro. Así, como las XII Tablas autorizaban la emancipación de los hijos que eran vendidos tres veces se creó un procedimiento que básicamente consiste en lo siguiente:

- 1) El padre vendía a un tercero su hijo por tres ocasiones consecutivas con lo cual pierde su patria potestad sobre él.
- 2) El tercero sigue una acción para reivindicar su potestad patriarcal sobre el hijo.
- 3) Se otorga dicha patria potestad y el hijo pasa a formar parte de la familia del tercero.

Justiniano simplificó este procedimiento limitándolo a una acta en la cual comparecían el pater familias que entregaba su hijo en adopción, el pater que lo recibía y el mismo hijo. No era indispensable que este último diese su consentimiento, bastaba con que no se opusiera. Justiniano dispuso además que entre el adoptante y el adoptado debía existir por lo menos dieciocho años de diferencia y prohibió la adopción para los castrados o cuando dicha adopción perjudicara los derechos de otros hijos.

Se puede definir a la *adrogación* como la adopción que se realiza sobre un ciudadano que no es *alieni juris* sino *sui juris*. Este ciudadano *sui juris* podía, a su vez, tener bajo su patria potestad a una familia completa, entonces, esta familia se extinguía, se extinguía su patrimonio y el culto de sus dioses. Todos los miembros de la familia del adrogado pasaban a pertenecer a la nueva familia. Es evidente que una institución de esta naturaleza debía ser tratada con mucho cuidado. Por ello los pontífices debían realizar las averiguaciones pertinentes y someter el asunto a la respuesta de un comicio por curias, así como a las respuestas del adrogante y el adrogado. De manera que se requerían tres condiciones: a) que el adrogante aceptara por *filius familias* al adrogado; b) que el adrogado acepte por pater al adrogante; y, c) que el pueblo (reunido en el comicio por curias) autorice este cambio de status.

Con respecto al matrimonio en determinados casos la mujer ingresa a la familia del marido siempre y cuando su matrimonio se haya efectuado bajo el modo *in manu* con lo cual pasaba a tener la calidad de hija.

Podía suceder que los padres tuvieran hijos fuera del matrimonio nacidos de un concubinato que eran llamados hijos naturales. Entonces, durante el Imperio se permitieron tres formas de elevar estos hijos a la categoría de legítimos:

- a) Por matrimonio con la concubina
- b) Cediendo a la curia el hijo natural para que preste servicios como recaudador de impuestos con lo cual a su vez se premiaba al pater otorgándole la patria potestad sobre este hijo.
- c) Por concesión del Emperador a través de un rescripto.

Acotaciones históricas

Respecto del objeto de la cesión de un hijo natural para que preste servicios como recaudador de impuestos, Thomas Cahill hace una aguda aclaración:

“Pero ahora debo pedirle al lector que me haga una enorme concesión: que tenga piedad del pobre cobrador de impuestos cuya vida era mucho más miserable que la de quienes padecían sus exacciones. El cobrador de impuestos o *curialis*, heredaba su condición: ¿Pueden comprender el horror que sentían aquellos hombres al comprender que habían nacido miembros de una casta de gusanos destinada a pasar toda la vida adulta cobrando impuestos a sus vecinos más próximos...y que no tenían alternativa?

Y esto era sólo el comienzo del horror lo que los *curiales* no lograban recolectar tenían que abonarlo de su propia cosecha. ¿Quiénes eran estos pobres diablos y como les era asignado este infierno? Pues bien, cobrar impuestos era obviamente una actividad por debajo de la dignidad de los grandes terratenientes como Ausonio, de modo que la responsabilidad de cobrarlos recaía sobre la clase inmediatamente inferior, los pequeños propietarios (...) Lo que en sus comienzos fuera el primer peldaño en la escalera que subía a mejor posición social, el oficio de *curialis*, para la época de Ausonio se había convertido en una trampa cruel de la que difícilmente se podía escapar” ³⁶

45. ¿Cómo entendían los romanos a la filiación?

Para los romanos la filiación podía tener diferentes matices. Por supuesto, la filiación de los hijos en relación a la madre no presentaba problema alguno por el hecho evidente del parto. Sin embargo, la filiación por línea paterna presenta algunas peculiaridades.

Los hijos nacidos dentro del matrimonio se consideraban hijos *iustus* si es que nacían entre los ciento ochenta días posteriores al inicio del matrimonio y

antes de que se cumplieran trescientos días de la culminación del matrimonio. Es decir no podía considerarse como nacido dentro del matrimonio a un niño venido al mundo antes de cumplirse los seis meses de la celebración del matrimonio porque esto significaría que fue concebido **antes** del matrimonio. Ni podía considerarse procreado dentro del matrimonio a un hijo que había nacido después de los nueve meses de terminarse el vínculo conyugal porque esto significaría también que fue concebido con posterioridad a la terminación del matrimonio. En el derecho justiniano los iustus se llaman también *legítimos*.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio tenían algunas categorías. Se encontraban, en primer lugar, aquellos fruto de una unión amorosa no permanente; estos hijos se denominaban *espurios o vulgo concepti*. Luego estaban los hijos habidos en el concubinato que se llamaban *liberii naturales*. Se consideraban además los hijos *adulterinos* que eran el fruto de la unión entre una mujer casada y cualquier hombre que no fuera su marido. Finalmente a los hijos habidos entre hermanos o entre ascendientes y descendientes se llamaba hijos *incestuosos*.

La legitimación, se permitía sólo para los hijos naturales.

Acotaciones históricas

Los romanos conocían o suponían el mecanismo de la procreación y la herencia genética como hace suponer este fragmento de Lucrecio:

“Cuando se mezclan las dos simientes, si la mujer, con un súbito esfuerzo, vence la energía del hombre y se hace dueña de ella, los hijos se parecen a la madre gracias al semen materno, tal como el paterno los hace semejantes al padre. Pero los hijos que ves parecidos a ambos, que juntan en su cara los rasgos de sus progenitores, proceden a la vez de la sustancia del padre y de la madre, cuando los gérmenes excitados en los órganos por los estímulos de Venus corren el uno contra el otro, arrastrados en un ardor concorde y no hay entre ellos ni vencedor ni vencido” ³⁷

C. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

46. ¿Cómo entendían los romanos el matrimonio?

Podemos afirmar que la concepción actual del matrimonio como un contrato solemne que une a un hombre y una mujer con la finalidad de vivir juntos y procrear no tiene gran semejanza con la idea romana de matrimonio.

Los romanos tenían en cuenta dos aspectos fundamentales para considerar la existencia de un matrimonio: en primer lugar un elemento de carácter objetivo que era la convivencia conyugal. Esta convivencia podía consistir en la cohabitación o simplemente en guardarse consideración y respeto entre los cónyuges lo cual se llamaba *honor matrimonii*. De igual manera se consideraba que existía convivencia cuando el marido estaba ausente pero la mujer entraba en la casa de éste (*deductio in domum mariti*). Por otra parte existía un elemento de carácter subjetivo que se llamaba *affectio maritalis* que era la voluntad de ser marido y mujer. Este elemento era de mayor importancia puesto que se consideraba que primaba sobre la cohabitación o aún sobre la unión sexual. La intención recíproca de ser marido y mujer debía ser duradera y continua. La existencia de estos dos elementos determinaba el matrimonio sin necesidad de ceremonias ante las autoridades civiles o eclesiásticas.

Pero, para que existiera matrimonio las personas que se unían debían gozar de una capacidad llamada *connubium* que es la facultad de poder casarse.

Acotaciones históricas

Cicerón, por su parte, pondera la utilidad del matrimonio para la conservación de la República:

“Respecto, en cambio, a la manera de vivir de las personas, se estableció un orden para el matrimonio conforme a derecho, para la legitimidad de los hijos, la santidad de la instalación de los dioses penates y los lares familiares, de suerte que todo el mundo puede servirse de los bienes comunes y de los propios, y no puede vivirse bien sin una buena república, y no hay mayor felicidad que la de una ciudad bien constituida.”³⁸

47. ¿Qué entendían los romanos por justas nupcias?

Cuando concurrían todos los factores que se han enumerado en la cuestión anterior se entendía que existían justas nupcias. Esto implica dos consideraciones.

En primer lugar las justas nupcias sólo podían existir entre ciudadanos romanos es decir que estaban excluidos los esclavos y los peregrinos.³⁹

En segundo lugar de las justas nupcias dimanaba la patria potestad y el parentesco agnaticio.

Las Institutas de Justiniano definen las nupcias como unión de hombre y mujer que consienten en vivir en comunidad de por vida. Mientras que más

poéticamente Modestino señalaba que las nupcias son la unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano.

48. ¿Qué requisitos se necesitaban para las justas nupcias?

Se requerían fundamentalmente cuatro requisitos para poder contraer justas nupcias: capacidad jurídica, capacidad sexual, consentimiento de los contrayentes y consentimiento del padre de familia en el caso de personas que se encontraban bajo su potestad.

La capacidad jurídica para unirse en matrimonio se llamaba *ius connubii* o *connubium*. Para tener esta capacidad se necesitaba el status civitatis y el status libertatis. Como ya se ha dicho sólo los ciudadanos romanos eran titulares de este derecho, aunque con posterioridad se lo concedió también para los peregrinos.

La capacidad sexual se entendía llegada con la pubertad conforme a las reglas que la misma naturaleza ha establecido, entendiéndose que los varones alcanzaban esta etapa a los catorce años y las mujeres a los doce años.

El consentimiento, igual que ahora, era un aspecto crucial para la celebración de las nupcias. Esto es lógico si pensamos que el consentimiento es un presupuesto básico del affectio maritalis que constituye el núcleo del matrimonio romano.

Normalmente muchas de las personas que deseaban contraer matrimonio eran alieni juris es decir se encontraban bajo la patria potestad de otra persona, en estos casos era el pater familias quien debía otorgar este consentimiento. El silencio del pater se entendía como consentimiento. Con el tiempo se estableció que un magistrado podía suplir este consentimiento cuando injustificadamente el pater se negara a darlo. Las mujeres aunque fueran sui juris requerían consentimiento de su tutor.

49. ¿Qué impedimentos matrimoniales existían en Roma?

Fue en la edad media cuando el Derecho Canónico estableció la teoría de los impedimentos clasificándolos en absolutos y relativos, pero en tiempos de los romanos ya existían: “una suerte de requisitos que se caracterizan por estar formulados en modo negativo”⁴⁰ que equivalen a lo hoy denominamos impedimentos.

Se conocen como impedimentos absolutos (es decir que no permiten el matrimonio con persona alguna):

- ✓ La existencia de un vínculo matrimonial no disuelto
- ✓ La esclavitud de uno de los cónyuges
- ✓ Los votos de castidad y la pertenencia a órdenes mayores (esto cuando el Imperio Romano adoptó el Cristianismo).

Se conocen como impedimentos relativos (que no permiten el matrimonio con determinadas personas):

- ✓ La cognación o parentesco sanguíneo. Sin límite en línea recta (entre ascendientes y descendientes) y hasta el tercer grado en línea colateral.
- ✓ El parentesco de espíritu (entre padrino y ahijada)
- ✓ El parentesco por afinidad (con los parientes del cónyuge). Sin límite en línea recta. En cuanto a la línea colateral el Derecho Cristiano prohibió el matrimonio entre cuñados.
- ✓ El adulterio y el rapto. Está prohibido el matrimonio entre adúltera y correo así como entre raptor y raptada.

Otros impedimentos relativos:

- ✓ Se prohibió en tiempos de Marco Aurelio el matrimonio entre tutor y pupila mientras no se hubiesen rendido cuentas.
- ✓ Se prohibió el matrimonio entre el Gobernador de una Provincia y una mujer nacida o residente en el territorio en donde ejerce su mandato.
- ✓ Se prohibió a los senadores casarse con mujeres libertas o de condición abyecta.
- ✓ Las viudas no podían contraer matrimonio sino hasta cuando habían pasado diez meses de la muerte del marido (para que, en el caso de que estén embarazadas, se pueda atribuir correctamente la paternidad).
- ✓ Hasta el siglo segundo d.C. los soldados tenía prohibición total de casarse.
- ✓ Con el advenimiento del Cristianismo se prohibió el matrimonio entre judíos y cristianos.

50. ¿Qué efectos traía el matrimonio?

Los derechos y deberes que eran consecuencia del matrimonio se pueden clasificar en dos órdenes: a) con respecto de los propios cónyuges y b) con respecto de los hijos.

Respecto a los cónyuges:

En primer lugar la mujer estaba subordinada al marido; su domicilio legal estaba en la casa del marido y el adulterio de la mujer se castigaba con severidad mientras que el del marido no constituía ni siquiera causal de divorcio. Tal vez esto se deba a que el adulterio femenino, especialmente en las familias patricias, no era infrecuente. Colleen Mc. Cullough una autora moderna de novelas históricas sobre Roma dice acerca de las matronas romanas: “a la mayoría las tiene sin cuidado el marido porque han hecho un matrimonio de conveniencia debido a que el padre necesita más apoyos políticos (...) Apenas ha pasado el esposo un año fuera de casa, que ya están decididas a engañarle (...) Las más prudentes se contentan con recurrir a esclavos, pero las más tontas se enamoran”⁴¹.

Por su parte el marido está obligado a proteger a su mujer y defenderla ante la justicia. De igual manera el marido puede reclamar su mujer a quien la tenga retenida indebidamente. Se prohibían las acciones judiciales entre cónyuges cuando éstas trajeran como consecuencia una pena infamante. Los cónyuges se debían mutuamente alimentos. Si es que existía juicio entre cónyuges, en materia civil, el vencido gozaba del beneficio de competencia (es decir no se le privaba de lo necesario para subsistir). Finalmente los cónyuges tienen derecho a la sucesión hereditaria del otro.

Se prohibían las donaciones entre cónyuges para evitar que el interés por el dinero se entrometiera en el matrimonio.

Podían existir dos formas de régimen patrimonial: si la mujer entraba en la familia del esposo el patrimonio de ella pasaba ser parte de esa familia; si no lo hacía cada cónyuge conservaba sus propios bienes.

Respecto de los hijos:

Como se ha visto los hijos nacidos dentro del matrimonio se consideraban hijos legítimos y debían respeto y obediencia a sus progenitores lo cual implicaba que no podían seguir contra sus padres acciones judiciales cuya consecuencia fuera una pena infamante.

Los hijos tenían derecho de alimentos. Este derecho era recíproco para los padres. Los hijos no podían pedir por alimentos más de lo que los medios de subsistencia de los progenitores podían brindarles.

Por supuesto los hijos quedaban sometidos a la patria potestad de la casa paterna y siguen la condición social, el nombre y el domicilio de su padre. Los hijos son también herederos legítimos.

51. ¿Cómo concluía el matrimonio en Roma?

Son cinco las causas por las cuales terminaba el matrimonio en Roma: la muerte la *capitis deminutio* máxima y media, impedimentos supervinientes y divorcio.

Es evidente que la muerte de uno de los cónyuges termina el matrimonio. La *capitis deminutio* máxima también lo hace porque termina jurídicamente la personalidad del individuo al degradarse a esclavo. La cautividad daba lugar a la *capitis deminutio* máxima y a la terminación del matrimonio. Aún si el cautivo lograba escapar no se reanudaba el matrimonio. Para reiniciar su vida conyugal los cónyuges debían contraer nuevas nupcias.

Recordaremos que el *status civitatis* era uno de los requisitos para contraer matrimonio de manera que si este estado se perdía por la *capitis deminutio magna* el matrimonio terminaba.

Podía ocurrir que durante el matrimonio sobrevenga un impedimento, por ejemplo que los cónyuges se convirtieran en hermanos si el padre adoptaba como hija a la esposa lo que daría lugar a incesto. Esto se evitaba emancipando a la hija adoptada antes del matrimonio.

En cuanto al divorcio se entendía como tal la ausencia de *affectio maritalis* por parte de cualquiera de los dos cónyuges o de ambos. En el Derecho Clásico la declaración simple de cualquiera de los cónyuges manifestando su voluntad de extinguir la unión conyugal realizada en forma verbal o escrita y comunicada al otro cónyuge era suficiente para terminar con el matrimonio. Esta figura se llamaba *repudium*. En un principio bastaba que la comunicación la realizase un mensajero (*nuntium*). Luego la Lex Iulia de Adulteriis estableció que el repudio se hiciera con la participación de un liberto y de siete testigos.

Justiniano clasificó al divorcio en cuatro categorías:

a) Por justa causa cuando existía culpa de la otra parte:

- ✓ Por conjura contra el emperador o por ocultar esta conjura.
- ✓ Por adulterio de la mujer declarado judicialmente
- ✓ Por malas costumbres de la mujer
- ✓ Por alejamiento de la casa del marido
- ✓ Por insidias al otro cónyuge
- ✓ Por acusación falsa de adulterio por parte del marido
- ✓ Por lenocinio intentado por el marido
- ✓ Por comercio sexual frecuente del marido con otra mujer en la casa conyugal o en otro sitio.

b) Sin ninguna causa (*sine causa*) Como un acto unilateral que no era lícito. Pero la ilicitud no significaba necesariamente la invalidez del divorcio.

c) Por común acuerdo (*communi consensu*)

d) Por causas no imputables a ninguno de los cónyuges (*bona gratia*): cuando sucedía una larga cautividad o sobrevenía una impotencia incurable o se hacían votos de castidad.

52. ¿Qué eran los esponsales?

El Digesto los define como la mención y promesa de matrimonio futuro. Intervenían tanto los novios como sus padres. Inicialmente esta promesa daba lugar a una obligación judicialmente exigible, pero los romanos razonaron acertadamente en la inconveniencia de cualquier apremio para la realización del matrimonio y se dejó sin efecto cualquier cláusula de este tipo.

Como se trata de una promesa pueden realizarla los niños desde la edad de siete años, y la viuda antes de que haya transcurrido el año de luto.

Con el tiempo se admitieron las arras, es decir regalos que se daban con las promesas. Si alguien incumple la promesa pierde las arras entregadas y debe restituir las recibidas en el duplo según el derecho justiniano y en el cuadrúplo según señalaba el derecho anterior a Justiniano.

53. ¿Qué se entendía por concubinato y contubernio?

El concubinato consistía en la unión duradera de hombre y mujer sin *affectio maritalis* es decir sin que entre las personas que se unían existiera la voluntad recíproca de ser marido y mujer. Debían recurrir a esta clase de unión quienes deseaban unirse con personas con quienes no se podía contraer matrimonio

por razones jurídicas o sociales tales como los libertos o las mujeres que habían caído bajo la tacha de infamia.

Se requiere que esta unión sea duradera y no un unión sexual casual.

Como se puede imaginar fácilmente, por su misma condición marginal el concubinato no fue durante mucho tiempo objeto de legislación alguna, puesto que se trataba de una situación de hecho que no trae las consecuencias del matrimonio, (es decir lazos jurídicos entre los cónyuges y sus hijos) y que además servía para que personas que no podían contraer matrimonio pudieran mantener una unión monogámica y estable.

Pero durante el Imperio las nuevas costumbres cristianas reprobaron esta clase de unión, entonces se prohibió que el hombre casado tuviera concubinas y que el soltero tuviera más de una. Se estableció además que para esta clase de unión los hombres debían tener por lo menos catorce años y las mujeres por lo menos doce. Por otra parte una concubina no podía serlo de varias personas en una familia, al menos dentro de los ascendientes y descendientes.

La concubina no tenía el *honor matrimonii* y no tenía la consideración de la esposa.

D. TUTELA Y CURATELA

54. ¿Qué se entiende por tutela?

La tutela constituye un poder que se otorga a alguien para que cuide de una persona que, aún siendo libre, no puede cuidarse por sí misma, generalmente en razón de su edad.

Las tutelas se concedían normalmente a favor de los infantes y de los impúberes. Se denominaban infantes a los menores de siete años e impúberes a las mujeres menores de doce años y los varones menores de catorce años.

La tutela constituía una facultad diferente de las potestades del Pater Familias que ya se han revisado anteriormente.

Existían las siguientes clases de tutelas:

- a) Tutela Testamentaria. Se considera la tutela por excelencia. La realizaba el Pater Familias en su testamento para otorgarle protección y guarda a su hijo impúber que pasaría a ser sui juris a su muerte. La potestad del padre fue ampliada luego a otros parientes con las siguientes características: si el padre

realizaba el nombramiento de tutor este nombramiento era confirmado por la autoridad sin ninguna clase de averiguaciones; si el nombramiento de tutor lo había hecho la madre la autoridad lo confirmaba informándose sobre la honradez y la habilidad del tutor; si el nombramiento lo hacían otras personas como un extraño o el patrono del impúber la autoridad podía confirmar el nombramiento previas las mismas averiguaciones que el caso anterior y bajo la certeza de que el impúber no tenía más fortuna y había sido instituido heredero por el testador.

- b) Tutela legítima. Se otorgaba a falta de la tutela testamentaria. En el derecho prejustiniano se prefería a los agnados pero con Justiniano se dio prioridad a la familia de sangre.
- c) Tutela dativa. A falta de agnados y de gentiles el magistrado designaba al tutor. Constituía un cargo público excusable sólo bajo determinadas circunstancias. En un principio la otorgaba el pretor urbano, luego los cónsules y en la época del Imperio podían otorgarla los pretores en Roma y los prefectos urbanos en las provincias.
- d) Existen otros casos de tutela prevista por la ley:
 - ✓ los libertos están bajo la tutela del patrono y de sus descendientes;
 - ✓ el hijo emancipado queda bajo la tutela del ascendiente que lo emancipó;
 - ✓ el hijo emancipado, a la muerte del padre emancipador, quedaba bajo la tutela de los hijos agnados de éste. Si fue emancipado por un extraño (en el caso de emancipación por tres ventas sucesivas) quedaba bajo la tutela del extraño, a esta clase tutela se llamó tutela fiduciaria.

55. ¿Quiénes eran los tutores?

Los tutores eran las personas que, designadas de las formas que se han visto anteriormente, se ocupaban de la fortuna de su pupilo encontrándose excluidos de todas las cuestiones atinentes a la salud y a la educación del impúber.

56. ¿Quiénes no podían ser tutores?

Los tutores debían ser personas de honradez y habilidad suficientes como para desempeñar el cargo. Originalmente estaban excluidos de el ejercicio de esta dignidad los peregrinos, los latinos y, por supuesto, los esclavos.

Adicionalmente el derecho justinianeo prohibió este cargo a quienes fuesen acreedores o deudores del pupilo.

57. ¿Qué hacía un tutor?

Podemos dividir las labores del tutor en tres momentos: antes de entrar en funciones, durante el ejercicio de la tutela y después del ejercicio de la tutela.

En el primer momento el tutor debía realizar un inventario de los bienes del pupilo y de ser necesario otorgar una *satisfactio* es decir la promesa, bajo una modalidad contractual llamada estipulación, de conservar intacto el patrimonio del pupilo que le era confiado. La omisión del inventario de los bienes del pupilo hacía al tutor culpable de fraude. Adicionalmente el tutor debía declarar ante el magistrado si era o no deudor o acreedor de su pupilo.

Durante el ejercicio su cargo el tutor tenía dos funciones principales: la *auctoritas* y la *gestio*.

Los romanos entendían que el tutor debía completar la personalidad del pupilo en la realización de ciertos negocios y en este sentido se aplicaba la *auctoritas*. Es decir era el pupilo quien realizaba el negocio pero con la presencia del tutor a quien se preguntaba sobre su consentimiento para la transacción; este consentimiento debía ser voluntario y no sujeto a condiciones o términos. Además este consentimiento se confirmaba con fórmulas sacramentales.⁴² En el caso de que existieran varios tutores de orígenes diversos se requería el consentimiento de todos. Si existía un tutor testamentario era suficiente su consentimiento.

Por otra parte el tutor podía realizar personalmente negocios con la fortuna del pupilo a través de la *gestio*, en estos negocios él se hacía responsable de las consecuencias y asumía para sí la propiedad o las ganancias de la operación. Es decir no actuaba como mandatario o en representación de su pupilo sino por sí mismo. Pero no estaba libre de responsabilidad porque al final de su cargo debía rendir cuentas a su pupilo, ceder los derechos adquiridos y devolverle las ganancias. Si existían varios tutores el pretor decidía cual de ellos debía administrar a través de la *gestio*.

Cuando el pupilo era infante (hasta los siete años) el tutor debía valerse de la *gestio* para la realización de los negocios que fueran necesarios. Se admitió excepcionalmente que el tutor reemplazase a su pupilo en el procedimiento judicial llamado “de acciones de ley”, así como en la aceptación o repudio de

una herencia, pese a que estos eran actos que necesitaban la comparecencia personal del interesado. Lo propio ocurría en los casos de compraventas por *mancipatio*. Para evitarse este problema se permitió que en cuanto el infante pudiera expresarse se realizara una *auctoritas* para convalidar estos actos.

La *auctoritas* se utilizaba cuando el pupilo era *major infantia* es decir cuando había sobrepasado los siete años.

Los tutores tenían prohibido enajenar los predios rústicos de sus pupilos excepto cuando esto se hubiera ordenado en el testamento del padre de familia del pupilo, cuando la enajenación fuese necesaria para el bienestar del patrimonio del pupilo o cuando era indispensable pagar deudas inexcusables. Los tutores tenían prohibido además utilizar de forma personal las ganancias o rentas del patrimonio, estos dineros debían reinvertirse. El descuido en el empleo de las rentas acarreaba la obligación de pagar intereses.

Cuando concluye el ejercicio de su cargo el tutor (como se ha dicho) tiene la obligación de rendir cuentas. Esta obligación estaba vigilada con algunas acciones. Por ejemplo la Ley de las XII Tablas tenía la *crimen suspecti tutoris* que permitía separar del cargo al tutor deshonesto y tacharlo de infamia. Por otra parte el pupilo podía seguir un acción *rationibus distrahendis* con la cual se imponía una multa equivalente al duplo del valor del faltante. Con el avance del derecho se dieron las acciones de *tutela directa* y *tutela contraria*; la primera servía para exigir cuentas al tutor y la segunda era útil al tutor para pedir el reembolso de gastos en los que hubiese incurrido en su cargo.

58. ¿Por qué las mujeres, en Roma, tenían tutela?

Existen dos órdenes de razones que se aducen para otorgarle a la mujer púber una tutela perpetua:

- a) Textos antiguos alegan la existencia de ligereza de carácter en la mujer e inexperience en los negocios.⁴³
- b) Gayo señala directamente en sus institutas que la tutela se dirige a evitar que la mujer perjudique a sus presuntos herederos legítimos a través de enajenaciones de sus bienes o de disposiciones testamentarias.

Desde nuestro punto de vista actual la tutela perpetua para las mujeres constituye una situación discriminante altamente repulsiva, pero si se tienen en

cuenta algunas consideraciones que atenúan su rigor encontraremos un cierto grado de coherencia de en esta institución.

Al igual que la tutela de impúberes esta tutela podía ser testamentaria, legítima, dativa o fiduciaria. Pero las mujeres gozaban de ciertas ventajas que no poseían los menores, por ejemplo, podían vender por su cuenta cosas que no requerían el procedimiento de mancipación (*res nec mancipi*), podían hacer pagos y recibirlos, así como prestar dinero.

Por otra parte las mujeres con hijos (tres en el caso de una mujer libre desde su nacimiento y cuatro en el caso de una liberta) estaban dispensadas de la tutela.

Con el tiempo esta institución decayó y se permitió que en ciertos casos el marido otorgase un tutor por testamento o que la mujer escogiese su tutor.

Quienes tenían la tutela legítima de la mujer eran sus agnados, pero mediante una venta y una posterior emancipación existía la posibilidad de escapar a la tutela.

La tutela de la mujer desapareció en el año 410 de nuestra era.

59. ¿Que era la Curatela?

Se trataba de una guarda cuya diferencia con la tutela es que el curador administra los bienes de su pupilo pero no da la *auctoritas*, es decir, no completa la personalidad del incapaz en ciertos actos.

Se otorgaba curatela a las siguientes personas:

- a) Los *furiosi* es decir enfermos mentales con o sin intervalos de lucidez. Se considera una condición accidental. En este caso el curador cuida tanto de la persona como del patrimonio del incapaz.
- b) Los *mente captus* cuya inteligencia está seriamente disminuida, no tienen intervalos de lucidez y no pueden valerse por sí mismos. Se puede presumir que esta se consideraba una condición congénita.
- c) Los pródigos, es decir las personas con tendencias a disipar sus bienes. En un principio se refería sólo a los bienes hereditarios pero luego se extendió a toda clase de bienes. En este caso la misión del curador consistía fundamentalmente en administrar.
- d) Se otorgaba también curatela a los sordos y a los mudos.

- e) Tenían curatela los menores de veinticinco años porque se consideraba que cuando terminaba la tutela aún no se habían desarrollado suficientemente las facultades intelectuales del varón púber.
- f) Adicionalmente se otorgaba curatela a los pupilos que se encontraban bajo una tutela cuando el tutor sostenía un juicio con su pupilo, cuando el tutor se ha excusado de forma temporal y cuando el tutor ha mostrado incapaz en la solución de un asunto que concierne al pupilo.

La curatela originalmente se otorgaba sólo a los *furiosi* y a los pródigos.

3. EL PROCESO CIVIL EN ROMA

A. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

60. ¿Cómo evolucionó la protección de los derechos de los individuos?

Esta pregunta, en apariencia sencilla, tiene relación directa con el origen mismo del Derecho e inclusive en su naturaleza última: “el análisis descubre que el Derecho consiste en una relación establecida por el juego fecundo de ciertas actividades, entre exigencias y prestaciones, necesidades y medios para satisfacerlas”⁴⁴ Este juego, evidentemente, origina conflictos entre las personas. La solución de este tipo de conflictos ha cambiado con la evolución de la sociedad humana desde el uso de la violencia indiscriminada hasta la aparición del Derecho como regulador de la convivencia.

Existen dos vertientes del Derecho en general, por un lado se encuentra el Derecho Sustantivo que señala y limita el campo de nuestros derechos y por otro está el Derecho Adjetivo que nos señala lo que debemos hacer para efectivizar aquellos derechos. “ Para obtener un efecto cualquiera, requiérense, por una parte, una fuerza o poder capaz de producirlo, y, por otra, un mecanismo que ponga en acción esa fuerza. Para mover una rueda o una piedra de molino, dice gráficamente Ortolán, se necesitan, primero, el agua o el vapor, y, segundo, el aparato mecánico mediante el cual pueda obrar esta potencia. (...) Así también, para producir el efecto que el Derecho Adjetivo se propone, es menester una fuerza apropiada para declarar el derecho y hacerlo efectivo, y, además, una combinación o mecanismo que regule la acción de aquella fuerza, y asegure su adecuado y eficaz ejercicio.(...) Esta fuerza o poder, atribuida en el organismo social a la autoridad del juez, se llama **Jurisdicción**; y esa combinación o mecanismo, **Enjuiciamiento o Procedimiento**.”⁴⁵

61. ¿Cómo se protegía en Roma los derechos de los ciudadanos?

Recordemos, en primer lugar, que no todos los habitantes de la Roma antigua eran ciudadanos. Los ciudadanos romanos estaban protegidos, desde las etapas más arcaicas, por el Derecho Civil basado originariamente en la costumbre y cristalizado por primera vez en normas escritas a través de las XII Tablas. Ahora bien, las XII Tablas contenían aún disposiciones brutales que no se avienen con nuestra idea actual de protección de los derechos de los ciudadanos, por ejemplo: La Tabla III prescribía el encadenamiento del deudor ; en la Tabla VII se admitía la Ley del Talió y en la Tabla XI se prohibían los matrimonios

entre Patricios y Plebeyos, si bien en aquel tiempo se reconoció de inmediato que esta norma era absolutamente inaceptable.

Como quiera que sea las XII Tablas aplicaron la noción de proceso, es decir de una serie de pasos lógicos que conducen un fin determinado, en este caso garantizar los derechos de quien requiera el auxilio de la justicia. Esta idea de proceso estaba mezclada con lo que hoy llamamos “procedimiento” es decir el mecanismo que asegura que los pasos del proceso sean equitativos para las partes y eficaces para la correcta administración de justicia.

El procedimiento constituye el dispositivo que permite que el poder de administrar justicia actúe (según la idea de Víctor Manuel Peñaherrera que vimos en la cuestión anterior).

En la cuestión 63 volveremos al concepto de proceso y sus relaciones y diferencias con el procedimiento.

B. PROCESOS JUDICIALES EN ROMA

62. ¿Qué se entiende por acción?

“Es la reclamación propuesta ante el juez para que declare o haga efectivo un derecho”⁴⁶ nos dice Víctor Manuel Peñaherrera. Esta definición debería ser suficiente pues explica con claridad total la idea de “acción” y abarca los dos objetivos principales de las acciones judiciales: **declarar un derecho** que aún no ha sido reconocido o **hacer efectivo un derecho** cuando éste ya se encuentra reconocido ante la ley.

El concepto eminentemente jurídico de Peñaherrera se complementa con el que da la Real Academia: “Posibilidad o facultad de hacer alguna cosa, y especialmente de acometer o defenderse”.

Las acciones en Roma podían ser civiles u honorarias según estuviesen previstas por el Derecho Civil o el derecho honorario. Podía ser además acciones reales si el derecho sobre el que versaban era un derecho real o acciones personales si el derecho sobre el que recaían era un derecho personal. Con relación al tiempo de prescripción podían ser perpetuas o temporales. Sin embargo aún las acciones perpetuas prescribían a los treinta años.

Acotaciones doctrinarias

Juan Iglesias nos informa de las concepciones jurídicas que tenían los romanos sobre las acciones (en latín *actio*):

“La palabra *actio* es empleada por los romanos en un doble sentido:

- a) En sentido *formal*, esto es, como instrumento que abre puertas al proceso. Trátase de un acto de las partes enderezado al logro de la tutela jurisdiccional.
- b) En sentido *material*, es decir, cual reclamación de un derecho – de un Derecho Civil obligatorio. *Actio* que se traduce aquí por lo que los modernos llamamos *pretensión*⁴⁷

Más adelante Iglesias lamenta la ausencia de un concepto unitario de acción, de una acción general útil para todos los casos (o “denuncia” o “reclamo”) dado que sólo se sabe que a cada derecho correspondía una acción determinada sin la cual no se podía acceder a los tribunales.

Nos encontramos aquí frente al caso de las acciones innominadas, es decir, de la posibilidad de hacer valer un derecho sustantivo aún sin que un procedimiento específico se encuentre determinado en el derecho procesal. En nuestro Derecho Civil, así como en el de muchos países, existe el procedimiento “ordinario” que, se entiende, sirve para hacer valer cualquier reclamación frente a la administración de justicia. Es decir no existe un sistema de acciones limitadas.

Sin embargo César Rascón argumenta que:

“Los autores no se han puesto plenamente de acuerdo sobre el verdadero significado de la acción procesal en la concepción que de ella tuvieron los romanos. Por otra parte la única definición que nos han legado los juristas de su época se debe a Celso (posiblemente retocada en época posterior) que consideraba que la acción no era otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que le deben a uno. En todo caso podemos afirmar que en el derecho romano, *actio* expresaba el acto realizado por el demandante ante el magistrado, aunque en algunas ocasiones se refería más concretamente al procedimiento ante el juez como cuando se decía que el pretor daría acción”⁴⁸

63. ¿Qué se entiende por proceso?

Ya habíamos dicho con anterioridad que entendíamos por proceso una serie de pasos lógicos que conducen un fin determinado. Si se trata de un proceso judicial estos pasos ordenados y racionales deberán conducir hasta una decisión que otorgue o niegue un derecho o que acepte o niegue la efectivización de un derecho ya declarado.

Para saber que pasos lógicos y secuenciales debemos dar en un caso determinado, nos hace falta un procedimiento, es decir una serie de reglas que aseguran tanto la coherencia lógica del proceso como su dirección al fin deseado.

Según lo dicho proceso y juicio son sinónimos. Son concreciones materiales de un procedimiento.

En Roma existieron tres clases principales de procedimientos: por acciones de ley, formulario y extraordinario.

Acotaciones históricas

Posiblemente el proceso más importante en la historia humana sea el proceso a Jesucristo. Este proceso, necesariamente, debió seguirse bajo los procedimientos romanos. Klaus Rosen aclara las razones por las que fue condenado Jesús a muerte en este juicio.

“Para el historiador los evangelios que cuentan la detención, interrogatorio y crucifixión de Jesús son cuatro fuentes narrativas. Los acontecimientos descritos tuvieron lugar en la provincia romana de Judea, cuando el emperador Tiberio (14-37 d.C.) gobernaba el Imperio Romano y su gobernador Poncio Pilatos administraba la provincia(26-36 d.C.). Fuentes no cristianas, en particular los Anales de Tácito 15,44,3, afirman que Cristo fue ejecutado por Poncio Pilatos. A eso se adecua el tipo de ejecución. La crucifixión era una pena romana, no judía. (...) en la historia de la antigüedad no hay otro acontecimiento que se haya investigado tanto como el proceso de Jesús (...) Ya Juan parece responder a un debate que ocupa todavía a los críticos modernos: ¿de cuanta información fiable dispusieron los seguidores de Jesús sobre sus últimas horas? Había bastantes observadores en el marco exterior: los delegados de los sumos sacerdotes y escribas con quienes Jesús había tenido varios conflictos, lo detuvieron por la noche de una fiesta de Pascua (...) A la mañana siguiente los sumos sacerdotes entregaron maniatado a Jesús al gobernador. La misma mañana Poncio Pilatos lo hizo conducir por sus soldados al Gólgota y ordenó que lo crucificaran allí, con lo cual se vió que había sido torturado. El fallo del proceso debió de producirse incluso delante de un público numeroso: los Evangelios son unánimes en que el resultado no lo decidió el derecho, romano o judío, sino el poder (...) Pilatos inicia el proceso como era habitual, formulando la acusación como pregunta: ‘¿Eres tú el rey de los judíos?’. Jesús responde: ‘Tu lo dices’ (...) En vano intenta Pilatos sonsacarle otras manifestaciones sobre acusación tan notoriamente falsa (...) Realmente tal comportamiento ante un gobernador era *contumacia* se incluía expresamente que un acusado callara ante las preguntas del juez (*Digesta*,11,1;4). En el caso de los provinciales que no tenían derecho de ciudadanía romana y por tanto derecho de apelación, el gobernador podía imponer la pena de muerte ante la *contumacia*. Eso hacía el Plinio grabado en madera , que como gobernador de Bitinia juzgaba a provinciales, como Cristo, acusado por sus conciudadanos. Les exhorta varias veces a negar su cristianismo, les amenaza incluso con la pena de muerte en el caso de que no

abandonen su necesidad (...) Pero un grupo se resistió y, puesto que no pudo moverles a retractarse, se vio obligado a ejecutarlos por *contumacia*, probablemente crucificados.”⁴⁹

64. ¿Qué jueces y magistrados existían en Roma?

Un enjuiciamiento, en Roma podía ser de carácter público, cuando se iniciaba aduciendo la representación de la sociedad (asuntos de carácter penal), o de carácter privado referente a una controversia entre personas particulares.

Para resolver estas controversias privadas podían intervenir los siguientes magistrados, pese a que tenían otras funciones políticas muy importantes:

- a) El Rey (durante la monarquía)
- b) Los Cónsules (durante la República)
- c) Pretor Urbano
- d) Pretor Peregrino
- e) Procónsules (en las provincias)
- f) Propretores (en las provincias)
- g) Tribunales especiales para Italia que se llamaban *Quatuorviri* (cuatro hombres) o *duumviri* (dos hombres).

En cuanto a los jueces:

- a) El Iudex: un ciudadano particular que conocía un asunto determinado.
- b) El Arbiter: Un ciudadano que emitía sus resoluciones con base a la equidad⁵⁰
- c) Los recuperadores: especializados en dos clases de controversias entre ciudadanos y peregrinos y entre Roma y pueblos vecinos.
- d) Tribunales de varios miembros: *decemviri* (diez) que decidían sobre el *status libertatis* y *status civitatis* además presidían a los *centumviri* (cien) por su parte estos últimos se ocupan de asuntos de familia, derechos reales, *status* de las personas y sucesiones.

65. ¿Qué era el procedimiento por acciones de ley?

Se trataba de un procedimiento esencialmente formalista que estuvo en uso hasta al aplicación del procedimiento formulario, sus características son las siguientes:

- a) Verbal
- b) Participaban magistrados y jueces

- c) Era solemne
- d) Los términos que se utilizaban debían ser sumamente precisos
- e) Sólo se realizaba en los días fastos⁵¹
- f) Era indispensable que las partes estuvieran presentes

Se desarrollaba de la siguiente manera:

- a) Comenzaba con la comparecencia del demandante, acompañado o no del demandado. Si el demandado no comparecía podía ser llevado por la fuerza o exigírsele un fiador que garantizase su comparecencia.
- b) Las partes acudían a una audiencia ante el magistrado en la que se exponían preliminarmente las cuestiones atinentes al asunto, se expresaban los testigos que comparecerían y se nombraba un juez.
- c) El juez concluía el procedimiento oyendo a los testigos, despachando las pruebas, escuchando los alegatos y emitiendo su fallo.⁵²

Existían las siguientes acciones de ley:

- a) *Per sacramentum*: podía ser *in rem* cuando se refería a derechos reales (sobre cosas) o *in personam* cuando se refería a derechos personales (o créditos). Es la acción de mayor amplitud y la más antigua.
- b) *Per Iudicis arbitrive postulationem* : era un procedimiento simplificado que tenía parecido con los que hoy llamamos “confesión judicial”, tras una determinada afirmación del demandante el demandado debía aceptarla o negarla. En caso de negativa se nombraba un juez o un árbitro.
- c) *Per condictionem*: Se aplicaba para los asuntos que versaban sobre sumas o cosas ciertas y determinadas consistía en un emplazamiento al demandado y la designación de un juez.
- d) *Per manus iniunctionem* : Se trataba, literalmente, de prender al deudor y llevarlo ante el magistrado para la ejecución de obligaciones. Si existía sentencia previa podía encadenarse al deudor⁵³ e inclusive venderlo como esclavo más allá del Tíber. Existía la posibilidad de presentar un fiador que respondiera por el deudor.
- e) *Pignoris captionem*: Era el secuestro privado de los bienes del deudor aún sin la intervención del magistrado. Requería palabras solemnes y estaba restringido a deudas relacionadas con el fisco, con la milicia o con los asuntos sacros. También se aplicaba a deudas de forraje o de caballos.

66. ¿Qué era el procedimiento formulario?

El procedimiento formulario constituía un avance frente al procedimiento anterior y tenía las siguientes características:

- ✓ Dos fases: *in jure* ante el magistrado y *apud iudicium* ante el juez, árbitro o recuperadores.
- ✓ No se requería que las partes compareciesen personalmente podían ser representadas por un abogado o por un mandatario.
- ✓ En este procedimiento el magistrado redactaba una fórmula escrita que se dividía en varias partes.

El proceso se desarrollaba de la siguiente manera:

Momento *in jure*

- a) El actor comparecía ante el magistrado con el demandado este último podía hacerlo voluntariamente o por la fuerza. El actor expresa la acción que va a ejercitar y escoger la fórmula que considera apropiada . La acción podía variar hasta antes de la contestación.
- b) El magistrado califica la demanda pudiendo rechazarla si no cuenta con los requisitos.
- c) El demandado podía allanarse a la demanda con lo que terminaba el proceso en esta etapa.
- d) Esta etapa terminaba con la redacción de la fórmula y el inicio de la etapa *apud iudicium*.
- e) La fórmula constaba de las siguientes partes:
 - a) *Demonstratio*: Indicaba que objeto tenía la acción y expresaba los hechos.
 - b) *Intentio*: Señalaba la pretensiones del actor con respecto del demandado.
 - c) *Condemnatio*: Otorgaba al juez el poder para decidir la causa.
 - d) *Adjudicatio*: Facultaba al juez para trasladar la propiedad de bienes.
 - e) *Praescriptio*: Limitaba los efectos del juicio estas *praescriptiones* podían ser a favor del actor encaminándose a dar precisión a la demanda o en favor del demandado es decir advertencias sobre cuestiones de resolución previa que habían sido alegadas por el reo.

f) *Exceptio*: Otorgaba al demandado la posibilidad de alegar hechos que limitaran al juez su facultad de condenar. Puede referirse tanto a las pretensiones del actor como a los poderes del juez otorgados por el magistrado. El actor podía oponer a la *exceptio* una nueva excepción llamada *replicatio* a esta el demandado podía oponer otra excepción (*duplicatio*) y el actor otra (*triplicatio*). No estaban previstos límites para esta guerra de excepciones. La gran ventaja de la *exceptio* es que permite al juzgador determinar si el actor ha probado sus afirmaciones o el demandado ha probado sus excepciones y decidir en consecuencia.

Era el pretor quien se encargaba de redactar una *litis contestatio* que dejaba claros e inamovibles el objeto de la causa y las partes que intervenían; le otorgaba al actor los derechos que se le concedan en la sentencia; y, sujetaba al demandado al proceso a través de una obligación hasta el momento en que se dictara la sentencia. Esta *litis contestatio* era necesaria porque al igual que la concesión del *imperium* al juez constituía parte de la intervención del Estado en un pleito que en lo posterior quedaría bajo el arbitrio de jueces privados. Es muy importante recordar que tanto el procedimiento de acciones de ley como el procedimiento formulario pertenecieron a **ordo iudiciorum privatorum** es decir a un orden de administración de justicia de carácter privado.

Momento *apud iudicium*

- a) Tres días después de la *litis contestatio* las partes debían presentarse ante el juez so pena de que se siga el juicio en rebeldía, la no comparecencia del actor eximía al demandado.
- b) El juez escuchaba los alegatos de las partes y las pruebas testimoniales, instrumentales, o de presunciones en base a indicios reconocidos por el juez que quisieran aportar.
- c) El juez emitía su sentencia aceptando o negando las pretensiones del actor según la fórmula.
- d) En tiempos del imperio se concedieron recursos para esta sentencia llamados *intercessio* cuando un cónsul ejercía un especial derecho de veto; *revocatio in duplum* cuando existían vicios en la sentencia se ordenaba la devolución del doble de lo pagado; *restitutio in integrum* si la sentencia aún siendo legal era contraria a la equidad podía ordenarse que las cosas regresasen al estado

jurídico anterior al proceso; *apellatio* cualquiera de las partes podía interponerla ante el magistrado para que un superior decidiera.

67. ¿Qué era el procedimiento “cognitio extra ordinem” o extraordinario?

Este procedimiento, a diferencia de los anteriores no pertenece a un orden judicial privado sino a uno público. En esta etapa histórica el Estado asume de manera exclusiva las tareas de la justicia. Tenía las siguientes características:

- a) Quienes administran justicia son los magistrados estatales.
- b) Tiene una sola etapa.
- c) Es fundamentalmente escrito .
- d) Prevé la apelación.

El proceso se desarrollaba de la siguiente manera:

- a) Se realizaba la citación por un funcionario público entregando una copia de la demanda (en los procedimientos anteriores la realizaba el mismo demandante).
- b) El citado contesta la demanda con un *libellus contradictionis*.
- c) Se practicaban las pruebas (las mismas que en el procedimiento formulario) y se recibían los alegatos. Todas las actuaciones judiciales se registraban por escrito.
- d) Se pronuncia sentencia que es apelable ante un juez superior y tiene una instancia final ante el emperador.

NOCIONES COMPLEMENTARIAS: COSAS, OBLIGACIONES, SUCESIONES.

1. COSAS OBLIGACIONES Y SUCESIONES

A. PRIMERA UNIDAD: COSAS

1. En este primer punto es necesario recordar la tradicional división entre sujetos de derecho y objetos de derecho. Sabemos bien que las personas somos los sujetos de derecho por excelencia y que ejercemos nuestro poder sobre todos los objetos que la naturaleza o la propia industria del hombre ponen a nuestro alcance. Pues bien este es el concepto de cosa: todo ente que puede ser objeto de un derecho por parte del hombre.
2. Adicionalmente se exige que este ente que será objeto de un derecho tenga un carácter lícito, es decir que su tenencia y uso no se encuentren prohibidos por la ley. Por otra parte se entiende que las cosas que no se encuentran al alcance del hombre no pueden ser objetos de derecho y por tal razón quedan excluidas de la definición precedente. Los romanos se ocuparon de clasificar a las cosas en modos diversos según veremos a continuación.

1.1 Corpóreas e incorpóreas

3. Es necesario diferenciar a la cosa propiamente dicha (como objeto definido en el espacio) de la relación jurídica que la liga a un sujeto determinado. La relación jurídica se llama *derecho* (por ejemplo el *derecho de propiedad* sobre una finca que es distinto de la finca en sí misma). Los romanos basándose en esta diferencia llamaron cosas corpóreas a las que se pueden tocar y que existen en nuestra realidad y cosas incorpóreas a los derechos que sobre ellas recaen.

1.2 Divisibles e indivisibles

4. Esta clasificación se relaciona directamente con la posibilidad de dividir una cosa sin que deje de ser tal. La mejor manera de explicarlo es un ejemplo: Una tonelada de un cereal cualquiera es esencialmente divisible, una vez

partida entre varios sujetos cada uno de ellos aún tendrá para sí cereal, la esencia de la cosa se ha preservado. En cambio, si es que entre varios individuos debiera partirse un asno, los pedazos obtenidos no constituyen un asno sino sólo carne, la esencia de la cosa ha desaparecido con la división. En el primer caso nos encontramos frente a una cosa divisible y en el segundo frente a una cosa indivisible. También se consideran indivisibles las cosas que pierden su utilidad con la partición. Es evidente que los animales son rigurosamente indivisibles y que los terrenos son generalmente divisibles.

1.3 Simples y compuestas

5. Una cosa puede estar hecha de una sola materia como un diamante o estar hecha de varias materias como un anillo de diamante. En el primer caso hablamos de una cosa simple y en el segundo caso de una cosa compuesta. Pueden tenerse también como cosas compuestas las que constituyen una universalidad por ejemplo una herencia o una dote y aquellas que se parecen a una universalidad por ejemplo un rebaño de ovejas o una colmena. En las primeras vemos que se trata de cosas de distinta índole cuya unión sólo es jurídica, en la segunda vemos que se trata de cosas similares cuya unión la dicta el instinto natural.

1.4 Consumibles e inconsumibles

6. Esta clasificación se basa en la duración de la utilidad que las cosas pueden reportar al hombre. Las cosas cuya utilidad termina con el primer uso se llaman consumibles. Así la comida termina su utilidad al ingerirla y lo propio ocurre con el dinero cuando se lo entrega. Por otra parte, la ropa o un vehículo pueden utilizarse muchas veces es decir son cosas inconsumibles.

1.5 Fungibles y no fungibles

7. Hay cosas que pueden ser reemplazadas unas por otras y hay cosas que son únicas. Un saco de trigo puede ser reemplazado, sin mayor detrimento, por otro saco de trigo; quinientas monedas de curso legal pueden cambiarse sin pérdida por otras quinientas monedas de curso legal. Sin embargo mal haría quien cambiase un cuadro de Da Vinci por un lienzo en blanco. Los romanos llamaban a las primeras cosas fungibles (unas pueden *fungir* como

otras) y a las segundas cosas no fungibles. En general las cosas fungibles son también cosas consumibles.

8. Aprovechando esta clasificación podemos diferenciar entre dos términos de uso habitual en el derecho: *género* y *especie*. Llámase género a una agrupación de cosas que son similares (el trigo, el dinero). Se entiende por especie al individuo determinado (una cierta oveja dentro del rebaño). Entonces se puede adeudar en género un saco u otro de trigo. Y se puede adeudar en especie una determinada oveja de características específicas.

1.6 Muebles e inmuebles

9. Esta división no tiene ninguna complicación. Las cosas muebles pueden moverse de un lugar a otro, sea por sí mismas (semovientes) o por intermedio de la fuerza humana (muebles propiamente dichos). Los inmuebles son bienes inamovibles por su misma naturaleza o porque tienen un vínculo físico o jurídico con otro inmueble. La tierra es el principal bien inmueble pero los Romanos reconocían como tal también al subsuelo y a las *superficies* es decir los sembríos y las construcciones.

1.7 In patrimonium y extra patrimonium

10. Existen cosas que un particular puede hacer suyas y otras cuya propiedad no está permitida a las personas privadas, sean físicas o morales. Es decir cosas que pueden estar en el patrimonio de los particulares (*res in patrimonium*) o cosas que definitivamente se encuentran fuera del patrimonio de los particulares (*res extra patrimonium*). Las divisiones que siguen a continuación se incluyen en esta clasificación general.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas⁵⁴

En el libro anterior habíamos expuesto el derecho de las personas. Ahora procedamos con el derecho que recae sobre las cosas. De aquellas algunas admiten la propiedad de los particulares mientras otras no pueden pertenecer a los individuos. Algunas cosas, por el derecho natural, son comunes a todos, algunas son públicas, algunas pertenecen a sociedades o corporaciones y algunas no pertenecen a nadie. Pero, la mayoría de las cosas pertenecen a los individuos, siendo adquiridas por varios títulos según aparecerá de lo que sigue.

1.7.1 De derecho humano y de derecho divino

11. La religión y el derecho siempre estuvieron muy ligados en la Roma antigua. Así existían cosas consagradas a los Dioses y que estaban bajo cuidado de los pontífices (*de derecho divino*) y otras cosas comunes que no pertenecían a la primera clasificación (*de derecho humano*).
12. Las cosas de derecho divino se clasificaban a su vez en: *cosas sacras* es decir las que estrictamente estaban dedicadas al culto de los dioses en etapa pagana y las del culto cristiano con posterioridad; *cosas religiosas* que eran principalmente las tumbas (el verbo *reliquo* significa abandonar); y, *cosas santas* cuya denominación viene de sanción porque se castigaba con la muerte su traspaso no autorizado, entre ellas se encontraban las puertas de las ciudades y sus muros.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

7. *Las cosas que son sacras, religiosas o santas, no pertenecen a nadie porque lo que está sujeto al derecho divino no es propiedad de nadie.*
8. *Son sacras las cosas que han sido ritualmente consagradas a Dios por los pontífices, como templos y ofrendas votivas las cuales han sido, según el rito, dedicadas a Su servicio; y, aquellas que nuestra constitución prohíbe sean enajenadas o comprometidas excepto para redimir a cautivos de su tortura. Si alguien intentara consagrar una cosa a sí mismo y por su propia autoridad, su carácter permanecería inalterado y no se vuelve sacra. El suelo en el cual un templo ha sido edificado permanece sacro aún después de la destrucción del edificio como fue declarado también por Papiniano.*
9. *Cualquiera puede dedicar un lugar a usos religiosos, por su propia voluntad, inhumando un cadáver en su propia tierra. No es lícito inhumar [un cadáver] en tierra de propiedad conjunta y que hasta el momento no había sido usada con ese propósito sin el consentimiento del otro [condómino] aunque alguien puede ser lícitamente enterrado en un sepulcro común aún sin tal consentimiento. No puede el propietario dedicar un lugar a usos religiosos si sobre tal lugar existe un usufructo y no se ha dado consentimiento por parte del usufructuario. En terreno ajeno, si el propietario consiente, puede enterrarse un cadáver y el terreno se torna religioso. Es lícito el consentimiento posterior que hace, también, que el terreno se vuelva religioso.*
10. *Las cosas santas, como los muros de las ciudades y las puertas están, en cierto sentido, sujetas al derecho divino y no pueden estar bajo propiedad particular.*

Decimos que los muros son santos porque cualquier ofensa contra ellos se castiga con la muerte. Es por esta razón que llamamos sanciones a aquellas partes de las leyes en las cuales establecemos penalidades para los transgresores.

13. Las cosas de derecho humano podían ser *comunes* si no existían restricciones para su uso y no existía propiedad determinada sobre ellas, por ejemplo el aire y el mar; y, *públicas* cuando son de propiedad del pueblo y su uso está destinado al público en general. Las cosas de las corporaciones⁵⁵ se llamaban *res universitatis* y eran de uso común como los baños públicos o los teatros. En contraposición a todas estas clasificaciones se encontraban las cosas netamente pertenecientes al patrimonio de los particulares : *res singulorum* , también conocidas como *bona* o *pecunia*.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

1. *Entonces, las siguientes cosas son por derecho natural comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y consecuentemente, la costa. Nadie tiene prohibido el acceso a la costa estableciéndose que debe abstenerse de dañar las casas, monumentos y edificios en general. Aquellas no están, como el mar, sujetas al derecho de gentes.*
2. *Por otro lado, todos los ríos y puertos son públicos y todas las personas tienen el derecho de pescar en ellos.*
3. *La costa se extiende hasta el límite del punto más alto de la marea en tiempo de tormenta o invierno.*
4. *El uso público de los bancos de un río o del río mismo es parte del derecho de gentes consecuentemente cualquiera está autorizado a traer su barca a la rivera y templar cables a los árboles que allí crezcan y usar el lugar para dejar la carga; así como libremente puede navegar el río mismo. Pero la propiedad de la rivera pertenece al propietario de la tierra adjunta y consecuentemente, también la propiedad de los árboles que allí crecen.*
5. *Además, el uso público de las cosas como del mar mismo, es parte del derecho de gentes, consecuentemente, cualquiera es libre de construir una cabaña sobre la costa para retiro o para secar sus redes y arrastrarlas fuera del mar. Pero no puede decirse que [que tal cabaña] pertenezca a alguien como propiedad privada pero, en parte, está sujeta a la misma ley que el mar con el suelo y la arena que hay debajo de él.*

6. *Como ejemplos de cosas que pertenecen a una sociedad o corporación y no a los particulares, pueden citarse los edificios en las ciudades, los teatros, los estadios y otras cosas similares que pertenecen a las ciudades en su capacidad de corporación.*

1.7.2 Mancipi y nec Mancipi

14. Entre las *res singulorum* o cosas privadas existían cosas que podían adquirirse mediante la compraventa romana llamada mancipación y que se denominaban *res Mancipi* y cosas que no se podían adquirir mediante esta modalidad llamadas *res nec Mancipi*. La mancipación estaba destinada a los patricios y originalmente vedada a los plebeyos. Siendo un procedimiento solemne se adquirían por mancipación las cosas más preciadas: los fundos situados en Italia, las servidumbres que les correspondían, los esclavos y las bestias útiles para la carga y el tiro de carretas. Las cosas que los romanos no apreciaban tanto no requerían la mancipación: y entre ellas se encontraban -asombrosamente- el dinero y las joyas, los otros animales, y todas las demás cosas no comprendidas en la primera clasificación.

1.8 In commercio y extra commercium

15. Esta división puede confundirse con aquella que divide las cosas en patrimoniales y extra patrimoniales, porque se entiende que las cosas que pueden ser parte del patrimonio de los particulares pueden, también, ser objeto de comercio y aquellas cuya propiedad no puede estar en manos de particulares necesariamente se encuentran fuera del comercio. Sin embargo, José Ignacio Morales hace una precisión muy importante: “Los romanos entendían por comercio no precisamente el tráfico de mercancías sino *la celebración de negocios jurídicos quiritarios* , tanto en la facultad de hacer testamento (...) como para ser instituido heredero (...),y además en la facultad para celebrar contratos romanos”⁵⁶. Con base en esta importante advertencia y aceptando el razonamiento de Morales, podemos concluir que *res in commercio* eran aquellas cosas que podían ser objeto de sucesiones y contratos y a su vez podían incluirse dentro de un patrimonio particular, mientras que por *res extra commercium* se entendían las cosas que no podían formar parte de una sucesión o ser objeto de un contrato y que no podían considerarse como parte del patrimonio de una persona.

B. LA PROPIEDAD Y LA POSESION

2.1 Derechos reales y derechos personales

16. Es importante diferenciar los derechos reales de los derechos personales. Los *derechos reales* son aquellos que surgen de nuestro poder sobre las cosas. Jurídicamente podemos exigir que esta capacidad nuestra de disponer de determinada cosa sea respetada por los demás . Todos deben abstenerse de perturbar nuestro uso y disfrute de la cosa sobre la cual poseemos un derecho real. Son derechos reales, entre otros, la propiedad, el usufructo y las servidumbres.
17. Los derechos de crédito, en cambio, aparecen por nuestra relación con otras personas por eso se llaman también *derechos personales*. Estos derechos están dirigidos contra determinada persona quien está *obligada* a realizar en nuestro favor una cierta prestación.

A continuación nos concentraremos de los derechos reales. En la tercera parte de este texto profundizaremos en los derechos personales al tratar de su principal consecuencia: las obligaciones.

2.2 Dominio y posesión

18. Dominio y Posesión son dos conceptos fundamentales en el Derecho. Los romanos establecieron una clara distinción entre ellos. La mayor utilidad de esta división está en la clarificación de la idea de dominio.
19. Pero antes de tratar sobre el dominio es necesario señalar que durante la historia romana existieron dos clases de derechos reales: aquellos que provienen del Derecho Civil y los que nacen del derecho honorario. El Derecho Civil contaba entre los derechos reales al dominio, a las servidumbres y a la prenda. El derecho honorario estableció otros derechos reales como la propiedad bonitaria (que simulaba el dominio para los que no estaban amparados por el ius civile), la enfiteusis, la hipoteca, etc.
20. ¿Como definir el dominio? El dominio equivale a lo que entendemos como propiedad. Es decir el derecho absoluto sobre la cosa que nos permite usarla (*ius utendi*), aprovechar sus frutos (*ius fruendi*) y darle otros usos que no son los comunes para la cosa, por ejemplo abandonarla (*ius abutendi*).
21. El dominio era una consideración especial prevista originalmente sólo para los ciudadanos romanos por el Derecho Civil. Esto quiere decir que se trata de una abstracción netamente jurídica de la cual dimana la protección del

Estado en favor del propietario. En otras palabras: **el dominio es un derecho.**

22. La posesión, en cambio, es el ejercicio material de nuestro poder sobre las cosas con o sin el derecho de dominio. En definitiva: **la posesión es un hecho.**⁵⁷
23. Para caracterizar a determinado acto humano como posesión se requieren dos requisitos: el *corpus* que es la tenencia material de la cosa y el *animus* que es el ánimo de dueño con el que se procede. Petit señala certeramente: “Quienes reúnen estos dos elementos poseen en realidad. Tales son: el propietario; el que había adquirido una cosa recibiendo tradición a *non domino*; y el mismo ladrón toda vez que con la retención material de la cosa robada, manifiesta su voluntad de disponer de ella como si fuese el amo.”⁵⁸.

2.3 Modos de adquirir el dominio

24. Los romanos entendían que existen dos órdenes de modos de adquirir el dominio: según el derecho natural y según el Derecho Civil. El primero permitía que los que no eran ciudadanos romanos tuvieran también formas de adquirir que no estaban previstas en el Derecho Civil.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Título I De las diferentes clases de cosas

11. *Las cosas se vuelven de propiedad de los individuos en muchas formas. De algunas el dominio nace por el derecho de gentes también llamado derecho natural y de otras por el Derecho Civil. Será conveniente referirse primero a la ley más antigua, que es la ley natural, establecida por la naturaleza en el origen del género humano mientras que el Derecho Civil apareció cuando se fundaron las ciudades, se crearon las magistraturas y se escribieron las leyes.*
25. Según el derecho natural el primer modo como se puede adquirir el dominio es *la ocupación*, es decir tomando las cosas que no tienen dueño. La primera idea que sugiere este modo de adquirir el dominio es la cacería de animales. Por supuesto se requiere que estos animales no tengan un dueño anterior. Es necesario recordar la importancia que la caza y la pesca, como actividades económicas, tenían en siglos anteriores y la necesidad de reglas precisas respecto a la captura de las presas. Existen otras ocasiones en las que se aplica la ocupación, por ejemplo con respecto a los tesoros y al botín de guerra. Los romanos llamaban a las cosas sin dueño *res nullius*. También se

encontraban entre las res nullius cosas que un individuo común no se encuentra normalmente en su camino, por ejemplo, una isla surgida en el medio del mar, piedras preciosas arrancadas a la tierra, o el coral y las perlas que se extraen del mar o se encuentran en las playas.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

12. *Animales salvajes, pájaros y peces y todos los otros animales que en tierra, mar y cielo nacen en el momento en que son capturados se vuelven propiedad del captor por el derecho de gentes. Si no han tenido dueño previo es natural que sean del primer ocupante. No interesa que las aves o animales salvajes hayan sido capturados en un fundo propio o ajeno porque se entiende que el dueño del predio ajeno le dio autorización a quien ingresa cazando o hubiera impedido su entrada. El animal capturado se considera de tu propiedad mientras se encuentre completamente bajo tu control pero tan pronto escapa y recupera su libertad cesa de ser tuyo y pertenece al siguiente que lo capture. Se entiende que recupera su libertad cuando se pierde de vista o cuando, aún viéndose, se torna imposible la persecución.*
18. *También las piedras preciosas y las gemas y las otras cosas encontradas en las costas, por el derecho natural, son propiedad de quien las encuentra.*
26. Nuestro Código Civil reconoce a *la accesión* como uno de los principales modos de adquirir el dominio. Se puede considerar a la accesión como derivada del derecho natural. En verdad, resulta lógica la idea de que las cosas que se unen a nuestra propiedad resulten ser nuestras. Lo que ya resulta un poco extraño es que en el Derecho Romano no se reconozca expresamente a la accesión como modo de adquirir el dominio, si bien sus efectos se mencionan en las fuentes. Según se ha dicho la accesión considera que cuando se incorpora una cosa a otra se unifica la propiedad. Así el dueño de la cosa principal pasa a ser dueño de la cosa accesoría. Ahora bien, hay varias clases de accesión como veremos a continuación.
27. En primer lugar podemos mencionar *la adjunción* que es una forma de accesión mediante la cual dos cosas muebles se unen de forma que una de ellas se incorpora a la otra, nuestro Código Civil da un ejemplo muy claro (y muy romano): “ como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra o en el marco ajeno se pone un espejo propio” (Artículo 673).

Por supuesto para que pueda haber adquisición del dominio es necesario que ambas cosas tengan diferentes dueños .

28. Dentro de esta figura podrían considerarse también la escritura y la pintura, en este caso podría suponerse que el autor de la obra es propietario de ella, porque normalmente se entiende que dicha obra vale más que los materiales (naturalmente dependiendo de la calidad artística o académica del escribano o pintor). Las Institutas sin embargo dicen lo contrario.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

33. *Lo escrito, aunque fuera hecho en oro, cede a la hoja de pergamino como suele ceder al suelo lo edificado o sembrado. Por esta razón si en tu hoja de pergamino Tito escribe un encantamiento o una historia o una oración, enteramente te pertenece y no a Tito lo que aparezca . Así si demandas a Tito tus libros o tus pergaminos, sin pagar el costo de la escritura, puede Tito defenderse con la excepción de dolo malo; si obtuvo de buena fe la posesión de las hojas de pergamino.*

34. *Si uno pinta una tabla ajena alguno puede decir que la pintura cede a la tabla otros ven que la tabla cede a la pintura cualquiera que esta sea . Esto último parece mejor, que la tabla ceda a la pintura. Es ridículo que una pintura de Apeles o de Arcadio⁵⁹ ceda a una vil tabla. Si el dueño de la tabla, posesor de la imagen, es demandado por el pintor sin pagar el precio de la tabla, puede oponer la excepción de dolo malo. Y si es el pintor quien posee se sigue que puede demandársele en acción adversa de dominio, en cuyo caso, si no se paga el precio de la pintura, se puede repeler [la acción] por la excepción de dolo malo si fuera de buena fe la posesión del pintor. Quede claro para todos que, sea el pintor quien sustrae la tabla, o o sea otro, compete al dueño de la tabla la acción de hurto.*

29. La *especificación*, en cambio, es una forma de accesión que consiste en utilizar materia ajena para crear una cosa nueva, los ejemplos poéticos que Don Andrés Bello tomó de las Institutas y que se encuentran en nuestro Código Civil aclaran la situación: “como cuando de uvas ajenas se hace vino o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave”⁶⁰. Se ha discutido mucho sobre la propiedad en un caso como éste, la solución romana señalaba que si la materia original no puede volver a su antigua forma entonces se entiende creado un objeto nuevo que pertenece a quien lo hizo

por ocupación⁶¹ , si sucede lo contrario entonces la materia original permanece en poder de su antiguo dueño. Nuestro Código Civil, por otra parte, pone como regla que el dueño de la materia es el dueño de la cosa que con ella se fabrica con la excepción de que la cosa hecha valga más que el material con que se la fabricó.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II, Título I De las diferentes clases de cosas

25. Cuando alguien hace un nuevo objeto de materiales que pertenecen a otro, una pregunta surge, ¿a cuál de ellos, por la razón natural pertenece el nuevo objeto, a quien lo hizo o al propietario de los materiales? Como si alguien de uvas ajenas o aceitunas o espigas obtuviera vino, aceite o grano; o de oro, plata o bronce ajenos [hiciera] un vaso; o de vino y miel ajenos hiciera ambrosía⁶²; o compusiera de medicamentos ajenos un emplasto o un colirio; o de lana ajena hiciera una vestidura; o de madera ajena hiciera una nave un armario o un banquillo. Después de muchas ambigüedades entre Sabinianos y Proculianos, adoptando un punto medio estimamos: si las especies pueden reducirse a materias esas materias pertenecen a quien tenga su dominio si no se pueden reducir pertenecen a la persona que las hizo. Por ejemplo, un vaso puede ser derretido y así reducido a su materia primera sea oro, plata o bronce. Por otra parte el vino, o el aceite o el grano no se pueden revertir a uvas, aceitunas o espigas como tampoco la ambrosía puede volverse al vino y la miel.

30. La *confusión* se da cuando dos materias líquidas se mezclan para formar un compuesto nuevo. La *mezcla* se da cuando las materias que se unen son sólidas (por ejemplo maíz de diferentes propietarios). Pueden darse los siguientes casos:

a) si las materias pueden separarse cada dueño toma lo suyo; b) si no pueden separarse y ha existido acuerdo previo, la nueva cosa es común; c) si no ha existido acuerdo y las materias no pueden separarse la cosa también es común. Nuestro Código Civil señala además que cuando el valor de una cosa fuere superior a la otra, pagando el precio necesario, el dueño del material de mayor valor puede hacerse dueño de la nueva cosa.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II, Título I De las diferentes clases de cosas

27. Si materias que pertenecen a dos personas diferentes por voluntad de sus dueños se confunden el resultado les pertenece en común, como si confundieran sus vinos o derritieran juntos el oro de uno y la plata de otro. Lo mismo ocurre si los materiales son de diferentes clases y resulta un nuevo objeto; como de vino y miel la ambrosía o del oro y la plata el ámbar amarillo.⁶³ El derecho es el mismo: sin duda la cosa pertenece en común a los dueños de las materias. Y si la confusión fuera fortuita y no por voluntad de los dueños se aplica el mismo derecho sea que las materias sean diferentes o de géneros similares.
28. Si el grano de Tito se mezclara con tu grano por voluntad mutua la cosa singular les pertenece en común porque los granos separados que pertenecieron a uno y otro se han hecho voluntariamente propiedad conjunta. Si la mezcla fuera accidental o Tito hiciera una mezcla sin tu voluntad no se considera una cosa común porque los granos separados permanecen distintos y su sustancia no ha sido alterada; y en estos casos el grano no se vuelve de propiedad común como ocurre si se forma un rebaño por la mezcla accidental de las ovejas de Tito con las tuyas; pero si cualquiera de los dos retiene todo el grano mezclado el otro tiene una acción real para recuperar la parte que le pertenece quedando al arbitrio del juez el estimar el grano que es de cada uno.
31. Por otra parte, la accesión puede ocurrir por causas naturales no imputables al hombre. Por ejemplo, cuando el curso de un río va depositando materiales en la orilla de un terreno e imperceptiblemente lo acrecienta; en este caso, que se llama *aluvión*, el propietario del predio es el dueño del terreno que se acrecienta. Pero, si violentamente se separa un trozo de terreno y se une a otro (*avulsión*), sigue siendo propietario el dueño original del trozo arrancado por la corriente. Cuando el río cambia de cauce y deja terreno libre en sus orillas, este terreno se reparte proporcionalmente entre los dueños ribereños extendiendo una línea perpendicular entre los predios. Si por división del cauce aparece una isla en medio de un río la propiedad de aquella corresponde al dueño del terreno dividido por el cauce; puede ocurrir, en cambio, que surja una isla en el medio del río sin que éste haya variado su cauce, en este caso la isla pertenece en partes iguales a los propietarios ribereños.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

19. *Además el suelo que se agrega a tu tierra por aluvión lo adquieres por el derecho de gentes. El aluvión es la adición imperceptible, paulatina, de manera que no se puede determinar cuanta tierra y en que momento se agrega.*
20. *De todas maneras, si la violencia de la corriente arranca una parcela de tu terreno y la lleva a un terreno vecino, dicha parcela permanece en tu propiedad. Aunque si, con el transcurso del tiempo, el terreno arrancado se afirma y los árboles que trae echan raíces se considera ya parte del fundo vecino.*
21. *Cuando una isla aparece en el mar, por un raro accidente, pertenece al primer ocupante. En cambio sí, como frecuentemente ocurre, aparece una isla en el río y descansa en el medio de la corriente, pertenece en común a los propietarios de cada ribera en proporción a la extensión de sus intereses ribereños. Pero sí está más cercana a una orilla que a la otra pertenece, solamente, al propietario de esta orilla. Si un río se divide en dos canales y al unirse de nuevo transforma un predio en una isla, el derecho de dominio permanece inalterado.*
22. *Pero sí un río deja enteramente su antiguo curso discurriendo por uno nuevo, el antiguo lecho pertenece a los propietarios ribereños en proporción a la extensión de sus orillas. El nuevo curso adquiere la calidad de río y se vuelve público. Pero sí después de un tiempo el río retorna a su curso original el lecho nuevo regresa bajo el dominio de los propietarios ribereños.*
23. *También, si un predio es enteramente inundado y la corriente no altera de manera permanente la naturaleza del terreno, entonces, si las aguas se retiran, el terreno pertenece a su dueño original.*
32. Merece mención especial la accesión de los frutos que produce una cosa; entre ellos se pueden mencionar los frutos naturales (como las cosechas o el parto de animales) y lo que se ha dado en llamar *frutos civiles* es decir el dinero que se produce por el alquiler que genere un inmueble o el interés que rinda un dinero. En todos estos casos se entiende que el dueño de la cosa productora es el dueño de sus frutos, a menos que existan situaciones jurídicas especiales que concedan el aprovechamiento de los frutos a otras personas, como se verá luego.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

19. *Las crías que nacen de tus animales están bajo tu derecho.*

33. En cuanto a los esclavos, el razonamiento normal del Derecho Romano haría suponer que sus hijos puedan considerarse como frutos, pero a la larga, la evidente condición humana de aquellos prevaleció y se entendió que los hijos de los esclavos no podían ser atribuidos como meros frutos. Finalmente conviene decir que la accesión también puede darse de inmueble a inmueble. En cuanto a esta clase específica de accesión sucede normalmente con las edificaciones o los sembríos realizados en terreno ajeno.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Titulo I De las diferentes clases de cosas

29. *Si un hombre construye en su propio terreno con materiales de otro se entiende que el edificio es de su propiedad porque el edificio accede al terreno. No por esto el dueño de los materiales deja de tener dominio pero mientras viva no puede reivindicarlos o demandar su exhibición porque las doce tablas prevén que nadie será obligado a tomar maderos de su casa, aunque pertenezcan a otro, una vez que se han unido; pero por la acción [llamada] de “madera añadida” puede recuperar el duplo de su valor (se entiende como madera cualquier material del cual el edificio fuere construido). El objeto de esta provisión es evitar que un edificio sea derribado . Pero, si por alguna causa la edificación se derrumba, el dueño de los materiales puede, si no ha conseguido el duplo, reivindicar o accionar por la exhibición.*
30. *Por otro lado si alguien en terreno ajeno edifica con materiales de su propiedad lo edificado pertenece al dueño del terreno. El derecho del dueño de los materiales se pierde porque se entiende que voluntariamente lo enajena pero únicamente si no ignoraba que estaba edificando en suelo ajeno, por lo mismo no puede reivindicar los materiales si el edificio es derruido. Pero si quien edifica tiene la posesión del terreno y el propietario reclama su dominio sobre lo edificado, sin pagar el precio de los materiales o el salario de los obreros, puede ser rechazado con la excepción de dolo malo siempre que la posesión de quien edifica sea de buena fe. Si conocía que el terreno era de otro puede oponérsele que, temerariamente, ha edificado en terreno que sabía ajeno.*
31. *Si Tito siembra la planta de otro en terreno propio se vuelve suya. Por el contrario si Tito siembra una planta suya en terreno de Maevio la planta será de Maevio. En mabos casos se mantiene la propiedad anterior mientras la planta no echa nuevas raíces. Hasta tal punto va [esta regla] que las raíces hacen que la*

propiedad de la planta cambie; o si un árbol de un vecino toca la tierra de Tito o hace raíces en su fundo decimos que es propiedad de Tito, la razón, en efecto, no permite considerar un árbol de propiedad ajena al dueño del predio en el cual ha echado sus raíces. Si un árbol, crece en los confines de un predio y echa [parcialmente] sus raíces en el predio vecino se vuelve de propiedad común.

Las institutas, en realidad, no diferencian entre las diferentes clases de accesión, más bien, se limitan a mencionar ejemplos concretos y a ofrecer la solución legal más adecuada como habrá podido observarse de las acotaciones doctrinarias.

34. Queda un modo más de adquisición del dominio en cuanto al derecho natural se refiere: *la tradición*. Consiste en la entrega material de una cosa de un propietario a otra persona. El primero se denomina *tradens* y el segundo *accipiens*. Según este modo de adquirir el dominio se requiere que exista un propietario anterior para que pueda transferir la propiedad a través de la posesión de la cosa; mientras que el requisito de la ocupación era precisamente la no existencia de propietario alguno sobre la cosa. Adicionalmente cabe decir que la tradición se efectuaba, en cuanto a los bienes muebles se refiere, mediante la entrega del objeto; en cuanto a los bienes inmuebles con algún acto simbólico, por ejemplo, la entrega de llaves o el mostrar el predio o la casa expresando tal entrega⁶⁴.

35. La tradición se aplicaba sobre las cosas consideradas *nec mancipi* porque para la venta de las cosas *mancipi* (las más apreciadas por los romanos)⁶⁵ se requería el procedimiento de la mancipación que era un modo de adquirir el dominio que competía al *Ius Civile* y por lo tanto sólo estaba facultado para los ciudadanos. Justiniano permitió que la tradición se utilizara para ambas clases de cosas. En la actualidad la tradición es el clásico modo de efectuar una compra venta.

36. Hemos visto hasta ahora los modos de adquirir el dominio atribuidos al Derecho Natural. A continuación se estudian los modos de adquirir el dominio propios del Derecho Civil y entre ellos se encuentra en primer lugar *la mancipación* que no era otra cosa que una venta realizada con solemnidades propias que requerían la presencia de un funcionario llamado *libripens* o portabalanza y de cinco testigos. Con estas personas se realizaba una ceremonia que representaba la venta y en la cual el comprador manifestaba ser el propietario de la cosa en virtud de la compra, luego tocaba con una moneda la balanza para figurar la entrega del precio. Los

testigos daban fe de lo actuado porque, siquiera de forma simbólica habían presenciado que el comprador tomaba posesión de la cosa y que el vendedor recibía el precio.

37. Otra forma de adquirir el dominio del Derecho Civil era la *in jure cessio* que se realizaba ante un magistrado. Simulábase en estas ocasiones un proceso de reivindicación⁶⁶. Una vez ante el pretor el comprador declaraba que era dueño de la cosa y el vendedor callaba, aceptando esa afirmación, en base a lo cual el magistrado otorgaba al comprador la propiedad de la cosa ficticiamente reivindicada⁶⁷.
38. Supongamos por un momento que existen varios propietarios de un predio y que desean tener cada cual su parte; para este efecto acuden ante el juez en un proceso de partición al final del cual se habrá otorgado la propiedad que corresponda a cada uno de los condóminos. Esta asignación de dominio realizada por el juez se llamaba *adjudicación* y constituía otro de los modos previstos por el Ius Civile para la adquisición del dominio.
39. *La usucapión* es un modo de adquirir el dominio que otorga la propiedad en virtud de un determinado lapso de posesión. Como se ha visto al tratar de la mancipación y la *in jure cessio* el consentimiento para la transferencia de dominio podía ser tácito. En este sentido tal vez pueda considerarse como otra forma de expresarlo el que el propietario original, durante el tiempo de la usucapión, no haya hecho uso de sus derechos. Petit señala: “La inacción prolongada del propietario equivalía al tácito abandono de su derecho” ⁶⁸.
40. Resulta más o menos evidente la relación que existe entre la usucapión y la posesión. Para lograr el dominio a través de la usucapión es indispensable la posesión acompañada de dos requisitos: *buena fe* y *justo título* . Con respecto a la buena fe se puede señalar que constituye un elemento subjetivo que se refiere a la inexistencia de intención dañosa con respecto a un tercero y a la conciencia de poseer legítimamente. El justo título, en cambio, presenta algunas complicaciones: alude a la existencia de un título anterior que acredite el derecho del poseedor , pero este título, por una razón u otra, no resulta suficiente para otorgar el dominio. Podía suceder que quien transfirió la propiedad no era el verdadero dueño. O podía ocurrir que se hiciera la tradición sobre una cosa que requería de mancipación para la correcta transferencia del dominio⁶⁹. En todo caso, habiendo justa causa para poseer,

esa causa, no alcanzaba a transferir el dominio por algún impedimento jurídico.

41. Rodolfo Sohm razona sobre la necesidad de probar la propiedad no sólo a través de un título derivativo sino a través de un título constitutivo⁷⁰ concluyendo que: “Los preceptos jurídicos tocantes a la usucapión tienen por objeto hacer *definitivo e independiente* del derecho del causante o antecesor el título derivativo (tradición) luego que haya transcurrido un período determinado de tiempo”⁷¹. Lo que equivale a decir que a través de la usucapión se consolida definitivamente la propiedad purgando los posibles vicios que pudieran devenir de los antecesores en el derecho de dominio.
42. La usucapión tenía una contraparte para quienes no se encontraban protegidos por el Ius Civile: la *praescriptio longi temporis* que tiene las mismas características de la usucapión, si bien sólo se la alegaba como una excepción frente a una acción reivindicatoria o cualquier otra que buscara hacer valer un derecho real sobre la propiedad poseída durante diez o veinte años según estuvieran presentes o ausentes los propietarios originales del predio.
43. Justiniano unió la usucapión del Derecho Civil con la prescripción del Derecho Pretorio dando lugar a la institución que ha evolucionado en la actual prescripción adquisitiva de dominio.
44. Finalmente, la ley fue también uno de los modos de adquirir el dominio que correspondían al Derecho Civil . Simplemente, en determinadas ocasiones, la ley atribuía la propiedad de un cierto bien a un ciudadano.

2.4 Servidumbres y otros derechos reales

45. Comencemos por definir a las *servidumbres* como derechos reales que, a diferencia de los que se han visto anteriormente, no recaen sobre cosa propia sino sobre cosa ajena; de tal manera que permiten usar o disfrutar una cosa sobre la cual no tenemos ni posesión ni propiedad. Se dividen en reales y personales.
46. Las servidumbres reales son aquellas que el Código Civil de Andrés Bello reconoce propiamente como servidumbres entendiéndose como tales las que se establecen sobre un predio determinado en favor de otro. Un ejemplo explica de mejor manera esta situación. Supongamos que una finca se

encuentra separada del camino por otro terreno y que sobre éste último se abre un sendero para que el propietario que se encuentra aislado pueda acceder a la vía, pues bien, este sendero constituye una servidumbre real en la cual el predio que presta la utilidad se llama *predio sirviente* y el predio que se beneficia (el alejado del camino) se llama *predio dominante*. Se entiende que la servidumbre está a favor del predio dominante porque sigue vigente aunque éste cambie de propietario, lo cual le da el carácter de perpetua.

47. También existía la servidumbre de acueducto para que se pudiera regar un predio alejado de las aguas. De lo dicho se puede inferir que para que exista la servidumbre real se necesitan dos requisitos esenciales: a) La vecindad de los predios; y, b) La utilidad de la servidumbre (sea para paso o para riego) sin la cual el predio dominante no puede utilizarse debidamente.

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro II Título III de las servidumbres

Los derechos que recaen sobre los predios rústicos son: iter, actus, via y acueducto. Iter (camino) es el derecho de paso para un hombre (no animales o vehículos). Actus⁷² es el derecho de conducir animales o vehículos; pero quien tiene iter no tiene actus; quien tiene actus tiene también iter y puede usarlo aun sin animales. Vía es el derecho de pasar, de conducir y deambular; contiene el derecho de iter y de actus. Acueducto es el derecho de conducir agua por un predio ajeno .

- 1. Las servidumbres de los predios urbanos son las inherentes a las edificaciones puesto que se llaman predios urbanos a todas las edificaciones aunque se trate de una casa de campo. Las servidumbres de los predios urbanos son: la carga de sostener el peso de la [edificación] del vecino; o permitir al vecino que introduzca una viga en la pared propia; o recibir goteras del canal que está en su casa o en su patio; o no permitirlo. No se puede levantar una edificación tan alta que obstruya la luz del vecino.*
- 2. En los predios rústicos también se cuentan entre las servidumbres el sacar agua, dar de beber al ganado, pastarlo, quemar cal y extraer arena.*
- 3. Estas servidumbres son llamadas servidumbres de inmuebles, porque no se pueden constituir sin inmuebles. Nadie puede adquirir una servidumbre de un inmueble urbano o rural sin tener un inmueble propio. Nadie debe una servidumbre a quien no tiene un predio [propio].*

48. Las servidumbres personales, como su nombre hace suponer, se dan en beneficio de ciertas personas y no de un predio determinado. La principal es el *usufructo* que permite utilizar una cosa ajena y percibir sus frutos bajo determinadas condiciones como la obligación de conservar la cosa, la prohibición de ceder el usufructo y el impedimento de legarlo a sus herederos porque el usufructo termina con la muerte del usufructuario⁷³.

Acotaciones doctrinarias

*Digesto, Libro VII*⁷⁴

PAULO, Libro tercero de Vitelio: usufructo es el derecho de usar y aprovechar los frutos, de una cosa ajena, sin alterar su sustancia.

CELSO, Libro 18 del Digesto: De hecho, el usufructo es un derecho sobre una cosa corpórea. Si es destruída el usufructo acaba.

GAYO, Libro Segundo de las aureas cosas cotidianas: Cualquier predio, por medio de un legado, puede constituirse en usufructo por el cual un heredero debe traspasar el usufructo a un tercero. (...) Si un hombre desea crear un usufructo sin testamento puede hacerlo mediante pactos o estipulaciones. Un usufructo puede ser creado no sólo sobre tierra y edificaciones sino también en esclavos y animales de carga y otras cosas. (...) El simple derecho de uso puede, en la práctica, ser creado y extinguido en la misma forma que el usufructo.

PAULO, Libro Segundo de los edictos: El usufructo, en muchos casos, parte el dominio y se mantiene conforme fue otorgado a la fecha o en un día futuro.

Institutas, Libro II, Título IV

Un usufructo puede ser constituido no solamente sobre tierras o edificaciones sino también sobre esclavos o bestias de carga y cualquier cosa excepto las cosas que se consumen con el uso, ellas ni por el Derecho Civil ni por el derecho natural son susceptibles de usufructo. Entre estas cosas están: el vino, el aceite, el trigo, vestimenta y también se cuenta el dinero porque su cambio es una forma de extinguirlo. Pero el senado pensó una medida que puede ser útil: el usufructo, aún sobre estas cosas últimas si hay precaución para traspasarlo al heredero. De manera que si es dado dinero al legatario se entiende que se le ha dado la propiedad completa pero debe dar caución [para asegurar] que le entregará una suma igual en el evento de muerte o capitis deminutio. Otras cosas también, en la misma forma son entregadas al legatario y se vuelven de su propiedad; pero debe estimarse su valor y dar fianza suficiente del pago del valor estimado en el caso de muerte o

capitis deminutio. El senado no ha creado un usufructo sobre estas cosas (nadie puede hacerlo) pero por las cauciones ha establecido un cuasi usufructo.

49. Otra servidumbre personal importante es la de *uso* también conocida como mero uso porque se puede utilizar una cosa ajena pero no percibir sus frutos. También se consideraban servidumbres personales una cierta clase de derecho de habitación y el derecho sobre los trabajos de los esclavos y de los animales.

Acotaciones doctrinarias

Institutas, Libro II, Título V

El nudo uso se constituye de las mismas formas que el usufructo; y termina en las mismas formas en que acaba el usufructo.

1. *Pero el derecho de uso es menos extenso que el de usufructo; quien tiene el nudo uso de tierras no tiene nada mas que el derecho de tomar las hierbas, las frutas, las flores (...) y madera, suficiente para sus necesidades diarias. Le es permitido vivir en el fundo hasta tanto cause molestia al propietario (...) No puede vender o arrendar o ceder gratuitamente su derecho a otro mientras que el usufructuario puede hacer todas estas cosas.*

50. En el párrafo 19 habíamos señalado que existen dos clases de derechos reales: los que estaban previstos por el Derecho Civil y los que el Derecho Pretorio (u honorario) concedió en su constante afán de suplir y modificar el Derecho Civil. A continuación examinaremos estos derechos reales pretorianos.

51. El usufructo tenía su contraparte en dos derechos reales pretorianos que tienen una parcial similitud de efectos: el *ius in agro vectigali* y la *enfiteusis*. El primero consistía en la utilización y el aprovechamiento de tierras que pertenecían a los municipios y que habían sido arrendadas a perpetuidad. El segundo se constituía por el arrendamiento perpetuo o a largo plazo de tierras del emperador. Estas dos figuras también se aplicaron para el caso de arriendos de tierras de particulares. Como era de esperarse Justiniano unificó estos dos derechos cuyas diferencias, en la práctica, son mínimas. Podemos suponer que los pretores permitieron estos derechos reales considerando que el uso y el aprovechamiento se concedían a perpetuidad y que debía existir un modo de defenderlos⁷⁵. Es importante anotar que el *ius*

in agro vectigali se diferencia del usufructo en que puede ser transmitido a los herederos y puede también cederse.

Acotaciones doctrinarias

Digesto, Libro VI, 3

1. PAULO, Edictos, Libro 21. *Algunas tierras que pertenecen a las ciudades son llamadas vectigales y otras no. Son llamadas vectigales cuando se dan en arrendamiento perpetuo, de manera que, mientras se pague la renta ni los tenedores originales ni sus sucesores pueden ser expulsados de la tierra. No son tierras vectigales si no son cultivadas como en nuestras tierras privadas lo hacemos. Los que arriendan tierra de un municipio, a perpetuidad, sin ser propietarios tienen una acción in rem en contra de quien quiera tomar posesión inclusive contra el mismo municipio.*

52. El derecho real de *superficie* tiene algunas características especiales. Sucede que, posiblemente, por la escasez de vivienda que es característica del entorno urbano, se concedía a particulares la posibilidad de edificar una especie de edificios de departamentos (*insulae*⁷⁶), sobre terrenos públicos, a través de arrendamiento a perpetuidad o a muy largo plazo y con la gran ventaja de que este derecho real podía transmitirse a herederos o cederse a terceros. El beneficiario de este derecho tenía acciones judiciales para defenderlo al igual que los anteriores además de una excepción especial contra la acción reivindicatoria del propietario.

53. El derecho real de *hipoteca* surgió como consecuencia directa de las relaciones crediticias. Originalmente la garantía de un crédito ofrecía pocas posibilidades entre ellas que se prendara algún objeto, pero esto no era posible cuando los objetos a prendarse eran necesarios para la supervivencia del deudor, por ejemplo los útiles de labranza. Entonces, los pretores concedieron este derecho real que, manteniendo la posesión de las cosas en manos del deudor, le permitía al acreedor reclamar la propiedad y la posesión cuando se incumplía el pago de la deuda. La utilidad de este instrumento jurídico resulta evidente en lo que a inmuebles se refiere.

C. LAS OBLIGACIONES

3.1 Concepto de obligación

54. Es evidente que el concepto de obligación tiene directa relación con los derechos personales o derechos de crédito de los cuales hablamos en el párrafo 16 y decíamos que estos derechos están dirigidos contra determinada persona quien está *obligada* a realizar en nuestro favor una cierta prestación. Se deduce entonces que la obligación es una consecuencia de un derecho de crédito. Si Lucio tiene un derecho de crédito contra Claudio entonces este último tiene una obligación en favor de Lucio. Las Institutas caracterizan a la obligación como un lazo o como un vínculo de derecho que, a través de los medios del Derecho Civil, compele a dar o hacer una cosa.

Acotaciones doctrinarias

Institutas, Libro III, Título XII

Pasemos a las obligaciones. Una obligación es un vínculo de derecho que necesariamente nos constriñe a entregar algo de acuerdo a las leyes de nuestra ciudad.

3.2 Clasificación

3.2.1 Según las Institutas

55. De acuerdo a las Institutas las obligaciones se dividen, en primer lugar, en *civiles* y *naturales*. Las obligaciones civiles facultan el exigir su cumplimiento a través de los medios judiciales previstos en el Derecho Civil, es decir tienen una acción. Las obligaciones naturales no gozan de esta protección jurídica.

56. Puede surgir una duda sobre las obligaciones naturales ¿si no tienen protección jurídica como puede considerárselas obligaciones? Larreátegui señala que las obligaciones naturales “se parecen a la falta de derecho”, porque no cumplían todos los requisitos exigidos por el formalismo del Derecho Civil y agrega que “en consecuencia, el acreedor de una obligación natural no podía demandar al deudor natural el pago, pero si este pagaba voluntariamente aquel gozaba de una excepción”⁷⁷. Esta excepción servía para el caso de que se le reclamara la devolución de lo pagado.

57. Por otra parte, siempre según las Institutas, las obligaciones también pueden ser civiles u *honorarias*. Para entender esta clasificación debemos recordar que frente al Derecho Civil estuvo el Derecho Honorario que lo

suplía y corregía. Las obligaciones civiles tenían una acción prevista en el Derecho Civil, las obligaciones honorarias basaban su fuerza legal en una concesión del pretor .

Acotaciones doctrinarias

Institutas Libro III, Titulo XII

1. *La principal división de las obligaciones es en dos clases: civiles o pretorianas. Las obligaciones civiles son aquellas legítimamente constituidas bajo las leyes o que pueden ser comprobadas bajo el Derecho Civil. Las obligaciones pretorias son aquellas que el pretor ha establecido bajo su propia autoridad. También se llaman obligaciones honorarias.*

58. Cabe agregar que, como se verá más adelante, las obligaciones pueden ser también principales o accesorias. Las obligaciones accesorias dependen para su existencia de las principales y en la actualidad se las conoce como garantías.

3.2.2 Otras clasificaciones modernas

59. Hemos visto algunas clasificaciones de las obligaciones pero es importante revisar otras clasificaciones más específicas que diversos autores modernos realizan por razones pedagógicas entre ellas la que divide a las obligaciones según su objeto y la que las ordena de acuerdo a los sujetos que en ellas intervienen.

60. Para clasificar a las obligaciones de acuerdo con su objeto debemos recordar que originalmente todas las obligaciones romanas debían consistir en *dare*, o *facere* (dar o hacer) si nos atenemos a la definición de las institutas que consta en el párrafo 54. Pero existía también como objeto de la obligación el *praestare* ⁷⁸. Adicionalmente conviene recordar que las obligaciones pueden consistir también en abstenerse de realizar alguna acción. Según su objeto las obligaciones pueden ser : a) divisibles e indivisibles; b) específicas y genéricas; c) alternativas y facultativas.

61. Las obligaciones son *divisibles* cuando pueden ser solucionadas de manera fraccionada, como ocurre con las obligaciones de dinero. Son, en cambio, *indivisibles* cuando su cumplimiento no puede ser dividido como ocurre con las obligaciones en las cuales se debe hacer algo, por ejemplo, el permitir el paso por una servidumbre.

62. Si alguien se compromete a entregar una cosa cualquiera de un género determinado, por ejemplo, una oveja, nos encontramos frente a una obligación *genérica*. Pero si alguien se compromete a entregar una cosa determinada, por ejemplo, una oveja genéticamente modificada que responde al nombre de *Dolly*, entonces nos encontramos frente a una obligación *específica*⁷⁹.
63. Supongamos que existen dos cosas, una de las cuales, escogida por el acreedor, servirá para satisfacer una obligación, por ejemplo, una mesa blanca y una mesa negra, cualquiera de ellas puede elegirse para que se cancele la obligación adquirida por un carpintero frente a un cliente, nos encontramos en este caso ante una obligación *alternativa*. En cambio si la obligación recae sobre una sola cosa, por ejemplo, un saco de trigo, existiendo la posibilidad de cancelarla con un objeto similar a elección del deudor, nos encontramos frente a una obligación *facultativa*.
64. En cuanto a la clasificación referente a los sujetos las obligaciones se dividen en a) fijas y ambulatorias; y, b) parciarias y solidarias.
65. Cuando la obligación no recae sobre un sujeto determinado, por ejemplo, cuando se trata de pagar los daños causados por un animal que puede cambiar de dueño, nos encontramos frente a una obligación *ambulatoria*. En cambio, cuando un sujeto determinado se ha comprometido a pagar una deuda existe una obligación *fija*.
66. La siguiente clasificación se basa en el hecho de que pueden existir múltiples sujetos acreedores y múltiples deudores. Entonces, si es que hay varios sujetos y cada uno de ellos sólo debe una parte o sólo tiene derecho a cobrar una parte de la obligación existe una obligación *parciaria*. Por el contrario si habiendo varios deudores o varios acreedores cada uno de ellos puede exigir o tiene el deber de pagar el total de la deuda entonces estamos frente a una obligación *solidaria*. Un ejemplo puede aclarar la situación: Cayo y Ticio le deben a Silvio 500 monedas, tratándose de una obligación solidaria, Silvio puede exigir a Cayo o a Ticio, a su elección, el pago de las 500 monedas; ni Ticio ni Cayo pueden alegar en este caso que sólo deben 250 monedas cada uno; como hay varios deudores se trata de una *solidaridad pasiva*. Otro ejemplo Silvio debe a Cayo y a Ticio 500 monedas; Cayo o Ticio pueden exigirle en su momento el pago completo de las 500 monedas; en este caso Silvio no puede alegar que sólo debe 250 monedas a

cada uno, sin embargo, si paga la totalidad a uno solo de sus acreedores se entiende que la obligación está cancelada; como hay varios acreedores se trata de una *solidaridad activa*.

67. Finalmente si la obligación contempla para su realización a un hecho futuro pero **incierto** llamado condición, nos encontramos frente a una obligación *condicional* y si contempla un hecho futuro pero **cierto**, también llamado plazo, estamos frente a una obligación *a plazo*. Queda por decir que la condición suspende la vigencia de la obligación hasta que se verifica; mientras que el plazo⁸⁰ señala la fecha en que la obligación ha de cumplirse o terminarse.

3.3 Fuentes

68. Cuatro son las fuentes de las obligaciones: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos.

3.3.1 Contratos

69. Un contrato ha de contemplar, en primer lugar, una convención, un acuerdo de voluntades sobre un asunto determinado. Los romanos escogieron ciertos asuntos y denominaron a cada una de las convenciones más importantes otorgándoles para su protección una acción judicial. A estas convenciones que estaban protegidas por el Derecho Civil llamaron *contratos*. Mientras que a las convenciones que no tenían un nombre ni estaban bajo la protección jurídica llamaron *pactos*. Eventualmente se reconocieron como contratos algunas convenciones que no gozaban de un nombre específico.
70. Existen varias formas de clasificar a los contratos, entre ellas, la tradicionalmente romana de antiguo e incierto origen que se encuentra ya en las Institutas de Gayo y que clasifica a los contratos en : verbales (*verbis*), literales (*litteris*), reales (*re*) y consensuales (*consensu*). Esta clasificación se refiere fundamentalmente a las formalidades que se necesitaban para considerar a la convención como un verdadero contrato. Los romanos también clasificaron a los contratos en de estricto derecho y de buena fe. Luego los comentaristas⁸¹ agregaron la clasificación de los contratos en bilaterales o sinalagmáticos y unilaterales. Adicionalmente autores modernos clasifican a los contratos en : principales y accesorios, onerosos y gratuitos.

71. Si un contrato se perfecciona por la mera expresión de ciertas palabras solemnes, entonces nos encontramos frente a un contrato *verbis*; este contrato se realizaba a través de estipulaciones (*stipulatio*) que consistían en preguntas y respuestas, por ejemplo, ¿prometes? ...prometo (*promitis?* ... *promitto*), la pregunta y la respuesta debían hacerse en un solo acto ; estas estipulaciones tuvieron inmensa difusión en muy diversos negocios, su objeto era precisar al máximo la obligación que se creaba con el contrato. Se entendían también como contratos verbales, aunque de carácter unilateral, la *dotis dictio* (promesa de dote de la mujer al marido); y, la *promissio iurata liberti* (promesa del liberto al antiguo patrón de prestarle servicios por razones de gratitud).

Acotaciones doctrinarias

TITULO XV DE VERBORUM OBLIGATIONE

Una obligación verbis es contraída por medio de una pregunta y una respuesta cuando estipulamos que daremos o recibiremos algo. Da lugar a dos acciones la condictio cuando la estipulación es cierta y la actio ex stipulatu cuando es incierta. El término estipulación es derivada de stipulum, una palabra empleada por los antiguos para significar “firme”. Esta palabra viene de estipes (tronco).

- 1. Antiguamente las palabras utilizadas para hacer esta clase de contrato fueron las siguientes: spondes?, spondeo⁸²; fideipromittis?, fideipromitto⁸³; fidejubes?, fidejubeo⁸⁴; dabis?, dabo⁸⁵; facies?, faciam⁸⁶. No importa si la estipulación se hace en latín, en griego o en cualquier otra lengua, si las partes se comprenden. Tampoco es necesario que la misma lengua sea usada por cada persona, es suficiente que la respuesta esté de acuerdo con la pregunta. Así dos griegos pueden contratar en latín. Antiguamente, en verdad, era necesario usar las palabras solemnes que se acaban de mencionar pero la Constitución Leoniana⁸⁷ estableció que no se requieren palabras solemnes, solamente que las partes se comprendan entre sí y quieran significar la misma cosa sin importar las palabras que usen.*
- 2. Toda estipulación se hace: o pura, o bajo plazo, o bajo condición. Pura como: ¿te comprometes a entregar cinco monedas de oro? En este caso se puede demandar el dinero de manera inmediata. A plazo con mención del día en el cual el dinero debe ser pagado, la estipulación sería: “¿te comprometes a darme diez monedas de oro el primero de las calendas de Marzo?” Lo que estipulamos dar en una fecha particular se vuelve inmediatamente una deuda pero no puede exigirse antes de que el día señalado llegue; y ni aun en ese día puede exigirse porque el*

día entero lo tiene el deudor para pagar y no hay certeza que el pago no ha sido hecho en el día señalado sino hasta que el día ha terminado.

3. Pero si estipulas “¿te comprometes a darme diez monedas de oro, anualmente, mientras viva?” Se entiende que se trata de una obligación pura y perpetua. Una deuda que no se debe sólo por un tiempo. Pero si el heredero demandara el pago puede ser repelido por la excepción de pacto.
 4. Una estipulación se hace bajo condición cuando la obligación se difiere hasta que ocurra cierto evento incierto, así tiene efecto si determinado hecho ocurre o no tiene efecto si no ocurre, la estipulación sería como sigue: “¿te comprometes a darme cinco monedas de oro si Tito fuera hecho Cónsul?”. En cambio una estipulación como: “¿te comprometes a darme cinco monedas de oro si no asciendo al Capitolio?” equivale a decir que cinco monedas de oro se darán al estipulador al tiempo de su muerte ⁸⁸. De una estipulación condicional solamente surge una esperanza de que el hecho se vuelva deuda, y transmitimos esta esperanza a nuestros herederos si nuestra muerte ocurre antes de que la condición se cumpla
72. Por otra parte podía suceder que se dejara constancia escrita de un acuerdo de voluntades lo cual da lugar a los contratos llamados *litteris*. La prueba escrita de la convención podía realizarse en un apunte privado, un libro de cuentas particular⁸⁹ y se llamaba *nomina transcriptia* al renglón en donde se encontraba consignada la obligación. Si no se llevaba un libro de cuentas particular entonces la obligación se consignaba por escrito en un papel simple llamado *singrapha* que se otorgaba en dos ejemplares cada uno con los sellos de las personas que se comprometían. Podía existir también un *chirographum*⁹⁰ que era una especie de recibo cuyo único ejemplar lo tenía el acreedor.

Acotaciones doctrinarias

TITULO XXI DE LITTERARUM OBLIGATIONE

En tiempos pretéritos se hacía por escrito una clase de obligación llamada *nominibus*⁹¹. Esta nómina ya no está en uso. Pero si cualquiera deja sentado por escrito que debe una suma, la cual realmente nunca le fue contada⁹² no *non numerate pecuniae*⁹³. Esto ha sido amplísimamente decidido por las constituciones imperiales; entonces aun hasta el presente día, como no puede librarse del pago, está obligado por la escritura, en ausencia, como es claro, de

cualquier obligación verbal. El lapso de tiempo fijado como límite a esta excepción fue, bajo constituciones imperiales precedentes, no menor de cinco años. Pero como el acreedor no puede estar tan largamente expuesto al riesgo de sufrir un fraude sobre su dinero, hemos acortado el tiempo por nuestra constitución y la excepción no puede ser usada más allá del lapso de dos años⁹⁴.

73. Los contratos *reales* son los que se perfeccionan con la entrega de una determinada cosa. Se comprenden entre los contratos reales: el *mutuo* que no es sino el préstamo de una cosa consumible (como dinero o trigo) bajo la condición de devolución de una cantidad similar a la prestada; el *comodato* que es el préstamo de una cosa no consumible (una casa o una carreta) con la condición de devolverla intacta después de cierto tiempo; el *depósito* que es la entrega de un bien mueble para su custodia y su devolución cuando el dueño lo requiera; y, la *prenda* que es la entrega de la posesión de una cosa para garantizar otra obligación.

Acotaciones doctrinarias

Institutas, Libro III, Título XIV, “Quibus modis re contrahitur obligatio”

Una obligación se contrae re, como por ejemplo, por dar un mutuo. Este siempre consiste de cosas que pueden ser pesadas, numeradas o medidas, como vino, aceite, granos, monedas, bronce, plata u oro. Dando esas cosas por número, medida o peso, las damos de manera tal que pueden volverse la propiedad de quienes las reciben. Y no se devuelven cosas idénticas a las prestadas sino otras de la misma naturaleza o calidad; y también el término mutuo, porque lo que doy, siendo mío, se vuelve tuyo. De este contrato nace la acción llamada condictio⁹⁵.

1. *Una persona que recibe un pago que no se le debe (no debido) el cual es hecho por error se obliga re⁹⁶. Y el demandante puede tener en contra suya una acción condictia para reclamar lo que le fue pagado. Así mismo el contrato “si paret eum dare oportere” (sí es evidente, debemos) puede ser opuesto contra él de la misma manera que si hubiera recibido un mutuo. De este modo un pupilo a quien se ha hecho un pago por error sin la autorización de su tutor, no está sujeto a una condictio indebiti no más que sí se le hubiera dado un mutuo. Esta clase de obligación, sin embargo, no tiene origen en un contrato, desde que quien da lo hace con el ánimo de pagar. Y quiere antes romper un contrato que contraerlo.*

2. *También una persona a quien una cosa se le da como comodato se obliga re y está sujeta a la acción comodati . Pero hay una amplia diferencia entre él y una persona que ha recibido un mutuo; porque la cosa entregada no se vuelve de su propiedad y está obligado a retornar la misma cosa que recibió. Mientras que, quién ha recibido un mutuo , sí por cualquier accidente como incendio, ruina, naufragio, o ataque de ladrones o enemigos, pierde lo recibido de todas maneras permanece obligado. Quien ha recibido una cosa prestada para su uso, está en verdad obligado a emplear suma diligencia en su mantenimiento y conservación, con el mismo cuidado que suele emplear en las cosas de su propiedad, del modo que las personas más diligentes acostumbran cuidar sus cosas²⁷; pero no se debe responder de la pérdida ocasionada por fuerza mayor o caso fortuito , siempre que tal caso no sea su culpa. Sí de cualquier manera llevas en un viaje una cosa prestada para usarla, y la pierdes por ataque de enemigos o ladrones, o por naufragio, sin duda, debes restituir esa cosa. Se entiende que existe propiamente comodato sobre una cosa sí se permite su uso sin constituir ni aceptar ningún pago a cambio. Sí es que existe recompensa se trata de un contrato de arrendamiento; el comodato debe ser gratuito.*
3. *Una persona a quién se ha depositado una cosa está obligada re , y está sujeta a la actio depositi , por la cual está obligada a retornar la misma cosa que ha recibido. Pero debe responder solamente sí es culpable de dolo y no por faltas tales como desidia o negligencia; y no debe responder si la cosa depositada, aun siendo cuidadosamente mantenida, es robada . Quien otorga la custodia de sus cosas a un amigo negligente sólo puede imputar su pérdida a su propia condescendencia.*
4. *También un acreedor que ha recibido una prenda está obligado re y tiene la obligación de restituir la cosa que ha recibido por la actio pigneraticia. Pero si una prenda es dada para beneficio de ambas partes, del deudor que puede pedir prestado más fácilmente y del acreedor cuyo pago puede estar mejor asegurado, se ha decidido que será suficiente sí el acreedor emplea el máximo grado de diligencia en cuidar la cosa prendada; pero sí, no obstante este cuidado, se pierde la cosa por caso fortuito, el acreedor no es responsable por ello y no está impedido de reclamar su crédito.*
74. *Los contratos consensuales son los que se perfeccionan por el mero consentimiento de los contratantes, entre ellos se encuentran: la venta que consiste en la entrega de una cosa, por una parte, contra la entrega de dinero por la otra parte; el arrendamiento que daba lugar, por una parte, a la obligación de entregar el uso y goce de una cosa y por la otra a entregar*

cierta cantidad de dinero denominada *merces*, adicionalmente, existía también la *locación de servicios* (*locatio operarum*) que consistía en prestar servicios a cambio de la merces; la *societas* que no es sino la convención mediante la cual se ponen bienes en común con la esperanza de obtener beneficios y bajo la condición de aceptar y dividirse tanto las ganancias como las pérdidas; y, finalmente, el *mandatum* que es una comisión que se encarga a determinada persona, de manera gratuita, por ejemplo, Ticio encarga a Cayo que pague por él determinada deuda en otra ciudad.

75. En cuanto a la clasificación entre contratos de derecho estricto y de buena fe, corresponde a la tradicional división entre el Derecho Civil y el derecho de gentes²⁸ como se puede intuir fácilmente en los contratos de *stricto derecho* el juez debía aplicar con rigidez los principios del Ius Civile, mientras que en los contratos *de buena fe* se podía apelar a los principios de equidad. Se consideraban contratos de estricto derecho los contratos verbales y los literales. Se consideraban contratos de buena fe los contratos reales y los contratos sinalagmáticos cuya definición veremos a continuación.
76. Es necesario recalcar que los contratos consensuales²⁹, independientemente de la forma como se otorguen, generan obligaciones para ambas partes y en este sentido son *sinalagmáticos o bilaterales*; si fuera el caso de la promesa de dote que hace la esposa al marido (*dotis dictio*)¹⁰⁰ entonces nos encontramos en el caso contrario: un contrato *unilateral* porque sólo genera obligaciones para una parte.
77. En cuanto a las clasificaciones modernas, la primera divide a los contratos en principales y accesorios. Esta clasificación se basa en la capacidad de los contratos de subsistir por sí mismos, de ser *principales* o de necesitar de una obligación principal para subsistir en cuyo caso son *accesorios*. Un ejemplo puede aclarar la cuestión: si Ticio tiene una deuda y la ha garantizado hipotecando su villa, entonces la deuda es principal y la hipoteca es accesoria.
78. Los contratos *onerosos* generan obligaciones para ambas partes mientras que los contratos *gratuitos* surgen de la pura liberalidad (de la generosidad) de una de las partes y por tanto sólo generan obligación para esta parte.
79. Aparte de las clasificaciones señaladas, es necesario recordar que existían una serie de contratos que no tenían un nombre específico y eran, por tanto,

innominados. Se concretaban cuando se realizaba un hecho específico que generaba una contraprestación. Existían cuatro clases principales *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.

3.3.2 Cuasicontratos

80. Hasta ahora hemos visto que las obligaciones surgen, fundamentalmente, de la mutua voluntad de las partes expresada en diversas formas. Pero puede suceder que surja una obligación independientemente de la expresión de la voluntad de las partes, este es el caso de los *cuasicontratos*. Supongamos que estando ausente Ticio se requieren acciones urgentes para conservar su negocio, entonces, su amigo Paulo toma las providencias necesarias aún sin la autorización de Ticio; nos encontramos en este caso ante una *gestión de negocios* que es una de las clases de cuasicontratos. Puede suceder también que un determinado bien (una finca, una casa) tenga varios dueños sin que exista división alguna, entonces surge el cuasicontrato de *comunidad*. Por otra parte , el aceptar la tutela de un menor genera también la obligación de rendir cuentas y por tanto un cuasicontrato. Finalmente el cuasicontrato más común y tal vez el más importante es el generado por el *enriquecimiento sin causa* y se refiere a la obtención de ganancias a costa de otro individuo sin la justificación de una causa jurídica. Todos estos cuasicontratos dan lugar a acciones judiciales para hacer efectivas las obligaciones que generan.

3.3.3 Delitos

81. Talvez el delito sea la fuente más antigua de las obligaciones. Recordemos que en todos los pueblos primitivos a la venganza pública y a la venganza privada siguió la reparación del daño a través del pago de una suma determinada. Este concepto, en apariencia simple, tenía muy diversas variaciones en el Derecho Romano¹⁰¹ dependiendo del delito cometido y de las acciones que se podían ejercer para obtener el cobro de las obligaciones por él generadas. Consideremos, en primer lugar, que los romanos dividieron a los delitos en públicos y en privados, los primeros causaban daño a la organización misma del estado y ponían en peligro a toda la sociedad, por eso existía libertad para que cualquier ciudadano pudiera acusarlos y perseguirlos en un juicio público. Menos alarmantes eran los delitos privados que sólo afectaban el patrimonio particular de las personas. Entre los delitos de orden privado el primero que surge es el *hurto*, la

sustracción de cosas ajenas con ánimo de apropiárselas y de lucrar con ellas. Entonces existe hurto cuando se toma una cosa mueble sin el consentimiento del dueño, sabiendo que la cosa es ajena y queriendo obtener un provecho de ella . Más adelante veremos las acciones que este hecho generaba, por lo pronto bástenos saber que se originaba una obligación.

82. Podía ocurrir (y aún ocurre con frecuencia) que la sustracción de la cosa ajena se realizara con violencia, entonces, se configuraba el delito de *robo o rapiña* que, en general, tiene los mismos caracteres que el hurto con el agregado de la violencia.
83. Por otra parte cuando alguien ocasionaba un daño a un bien ajeno sin ánimo de apropiarse de él o de obtener lucro pero si con el ánimo de ocasionar perjuicio a su legítimo dueño, entonces surgía el delito de *daño*. También este delito podía cometerse con violencia lo cual agravaba la pena.
84. Si se obraba premeditadamente con la intención de causar un daño a las personas entonces se configuraba el delito de *injuria* , que podía consistir en cualquier perjuicio ocasionado a una persona, desde el simple insulto hasta las lesiones. La gravedad de este perjuicio se medía también de acuerdo a la posición social del ofendido.
85. Para perseguir las obligaciones que estos delitos generaban existían acciones que buscaban la imposición de la multa prevista por la ley para el infractor; otras acciones requerían, en cambio, la devolución de la cosa ilícitamente apropiada; finalmente, podían darse acciones que persiguieran tanto el castigo de una multa como la devolución de lo sustraído.

3.3.4 Cuasidelitos

86. El límite entre delito y cuasi delito en la legislación romana continúa siendo un asunto dudoso. Se sabe con seguridad que el cuasi delito es una creación del Derecho Pretoriano. Dicen algunos tratadistas que la diferencia esencial entre delito y cuasi delito se encuentra en la intención del agente que comete el hecho, si es que existe una intención dañosa (dolo) entonces nos encontramos frente a un delito, si es que no existe dicha intención se trata de un cuasidelito. Frente a esta posición Francesco Antolisei sostiene que la real diferenciación entre uno y otro está en la sanción que impone el legislador frente a su cometimiento si es que existe una sanción penal sería

un delito y si existe una sanción civil se trataría de un cuasi delito¹⁰². Se puede agregar una diferencia sustancial entre delito y cuasi delito, en el primero la responsabilidad es estrictamente personal mientras que en el segundo la responsabilidad puede ser asumida por un tercero como se verá más adelante. Existían cuatro clases principales de cuasidelitos: a) la apropiación del pleito por parte del juez, cuando existe manifiesta parcialización o se falla en contra de la ley; b) el hecho de arrojar líquidos u objetos sólidos por la ventana cuando estos lastimaban a un transeúnte, curiosamente en estos casos respondía el dueño de la casa; c) Cuando objetos que estaban colgados de un balcón amenazaban la seguridad de los paseantes cualquier persona podía reclamar el pago de una multa; d) Finalmente, si a bordo de una nave o una posada un viajante es robado sin que se encuentre al culpable, entonces, corresponde al dueño la responsabilidad.

3.3.5 Ley

87. Podemos agregar la ley a las fuentes tradicionales de las obligaciones. Puede suceder también que surjan obligaciones impuestas a los ciudadanos por un mandato especial de la ley. Así cuando se ordenaba el reclutamiento para acudir a la pacificación de alguna provincia¹⁰³ o cuando debía pagarse un tributo o cuando debía pagarse la renta llamada vectigal en el caso del ius in agro vectigali¹⁰⁴. En estos casos se generaba una obligación para el ciudadano. Pero, fundamentalmente, surge de la ley la obligación de prestar alimentos a determinadas personas.

3.4 Efectos

88. Las obligaciones, como las otras relaciones jurídicas, generan efectos para las partes que en ellas intervienen. Se puede señalar que el primer efecto de una obligación es precisamente *obligar* al deudor a la entrega de la prestación que ésta contiene. Este efecto sólo cobra importancia cuando existe incumplimiento pues, en caso contrario, cuando se cumple la obligación ésta se extingue y termina la relación jurídica entre las partes.

89. Cuando se ha incumplido la obligación corresponde determinar sobre quien recae la responsabilidad de este incumplimiento. Para establecer esta responsabilidad es necesario tener en cuenta tres situaciones: la culpa, el dolo y el caso fortuito. Cuando el deudor, sin intención dañosa de su parte, deja de cumplir con la prestación materia de la obligación nos encontramos

ante *la culpa*. Si el incumplimiento ha sido motivado por una intención de causar daño entonces se configura *el dolo*. Cuando ha sido el azar el causante de que no se cumpla la obligación aparece el *caso fortuito*. Y, finalmente, si por causas de la naturaleza o de una voluntad externa al deudor se da el incumplimiento surge *la fuerza mayor*.

90. Como todos los actos humanos las obligaciones tienen un tiempo de cumplimiento. Cuando este tiempo se ha agotado y la obligación no se ha cumplido aparece *la mora*. Pero como existen dos partes en una obligación puede haber mora por parte del deudor (que es lo más común) y mora por parte del acreedor. En el primer caso para constituir al deudor en mora se necesita no sólo que haya transcurrido el tiempo estipulado sino que se haya dejado constancia de este hecho mediante una notificación al deudor que se llamaba *interpellatio*. Para determinar que existe mora por parte del acreedor se requiere que el deudor haya manifestado su voluntad de pagar a través de ofertas que han sido rechazadas o evadidas.
91. Ahora bien, la mora tiene efectos diversos para el acreedor y para el deudor. En el caso de la mora del deudor el primer efecto se refiere a la conservación de la cosa que está en su poder y que debe entregar al acreedor atribuyéndole la responsabilidad por la pérdida o el deterioro, se dice entonces que, “la mora perpetúa la obligación”. El deudor en mora también debe intereses cuando se trata de una obligación de dinero. Por su parte el acreedor en mora responde por el daño de la cosa en el caso de las obligaciones de género¹⁰⁵.
92. Otra consecuencia de las obligaciones puede encontrarse en la llamada acción Pauliana, que no es sino el poder que tiene el acreedor para reclamar el retorno de las cosas a su estado original cuando el deudor haya realizado a un tercero una enajenación fraudulenta con la finalidad de perjudicarlo. Supongamos que Gayo debe a Servio cien monedas y que Servio tiene como único bien un caballo que vale esta cantidad. Pues bien Servio no paga su deuda y para evitar que Gayo embargue su caballo realiza una venta o una donación falsa a un tercero. Con la acción Pauliana Gayo puede lograr que esta transferencia se deshaga y que el bien ilícitamente enajenado regrese a manos de su dueño de donde podrá el acreedor disponer de él para el pago de la deuda.

3.5 Obligaciones accesorias

93. Las obligaciones accesorias o garantías pueden ser divididas en *reales* (si recaen sobre cosas) y *personales* (si existen determinadas personas encargadas de cumplirlas). Es claro que estas obligaciones tienen como característica principal el no poder subsistir por sí mismas y depender de las obligaciones principales para su permanencia¹⁰⁶. De manera que cuando se cancela la obligación principal, también se entiende cancelada la obligación accesoria. El objetivo de la existencia de esta clase de obligaciones es garantizar el cumplimiento de las obligaciones principales que les han dado origen.
94. En cuanto a las garantías reales tenemos la *prenda* y la *hipoteca*. De forma general, a primera se refiere a la entrega de bienes muebles como caución y la segunda a la de bienes inmuebles¹⁰⁷.
95. La entrega de una cosa para garantizar la devolución de otra que había sido dada en préstamo, probablemente, fue una idea que surgió desde tiempos muy antiguos. Ahora bien si la cosa entregada en préstamo no era devuelta la idea que surge inmediatamente es que la garantía pasaba a propiedad del acreedor sin importar que el valor de la prenda fuera mucho mayor al valor de la cosa originalmente prestada. Esta situación, evidentemente, origina una injusticia que no pasó desapercibida para los juristas romanos. El formalismo del Derecho Romano sólo permitía la transmisión jurídica de cosas a través de la *mancipatio*¹⁰⁸ es decir la compraventa realizada originalmente por la entrega en mano de la cosa. De manera que cuando se entregaba una cosa como garantía esta pasaba a ser *propiedad* del acreedor sin que existieran limitaciones a su dominio lo cual ratificaba la injusticia que se ha dejado indicada anteriormente. Fue el Derecho Pretoriano el encargado de solucionar esta injusticia con la idea de que una cosa entregada como garantía, pese a estar en posesión del acreedor, continuaba siendo propiedad del deudor es decir con lo que actualmente conocemos como prenda y que los romanos conocían como *pignus*.
96. En cuanto a las garantías personales podemos mencionar tres: la solidaridad,¹⁰⁹ la correalidad y la fianza. La correalidad es en realidad un antecedente antiguo de la solidaridad y se refiere también a los casos en que existen varios deudores o varios acreedores solucionándose la obligación cuando se paga a uno de los acreedores o cuando el acreedor recibe la paga de uno de los deudores. ¿Pero que diferencia existe entre la correalidad y la solidaridad? Petit aclara que la solidaridad se originó “cuando varias

personas han cometido un delito o un cuasidelito. La parte damnificada puede exigir a cada una de aquellas la reparación, *solidum*; y el pago, hecho una vez, les libera a todos.”¹¹⁰ Queda por explicar la fianza, a través de ella un individuo garantizaba la obligación contraída por otro. Cuando hablamos de fianza debemos referirnos a varios tipos de obligaciones accesorias que se perfeccionaban verbalmente a través de las estipulaciones.¹¹¹ Tenemos entre ellos la *sponsio*, la *fideipromissio* y la *fidejussio* o fianza propiamente dicha que eventualmente reemplazó a las dos anteriores. La *sponsio* era una estipulación que sólo podía ser realizada por un ciudadano romano mientras que la *fideipromissio* podía ser realizada por romanos o peregrinos. Estas garantías se aplicaban sólo a los contratos verbales. La *fidejussio*, en cambio, podía garantizar una obligación nacida de cualquier tipo de contrato y se caracterizaba por ser una promesa que tenía el mismo objeto que el contrato que le daba origen. Por ejemplo si Claudio se comprometía a entregar una yegua en determinada fecha, su fiador Tulio debía realizar una promesa similar, es decir, entregar una yegua en la fecha pactada. La fianza, adicionalmente, podía ser otorgada por escrito por ciudadanos romanos o por peregrinos. Falta por decir que una forma de mandato el *mandatum credendae pecuniae* servía también como caución de una obligación sin necesidad de estipulación puesto que el garante ordenaba prestar una cantidad de dinero al acreedor y por tanto éste podía reclamarle si el deudor no le cancelaba la obligación. Existía además el *constitutio debiti alieni* que no era sino un pacto, originado en el Derecho Pretoriano, por el cual un tercero se comprometía a pagar una deuda de otro. Los constitutos eran originariamente pactos por los cuales, habiendo una deuda previa, se otorgaba una nueva fecha para su pago mediante una promesa.

3.6 Extinción de las obligaciones

97. En el derecho romano antiguo, por el formalismo al que hemos aludido en varias ocasiones, la extinción de las obligaciones sólo podía realizarse con el mismo acto que las originó, es decir con la misma ceremonia con la cual se constituyeron. A partir del período clásico los modos de extinguir las obligaciones son de dos clases: *ipso jure* y *exceptionis ope*. El primero corresponde al Derecho Civil y el segundo al Derecho Pretoriano. Hay que recordar siempre la oposición de estos dos sistemas en la historia jurídica de Roma, el clásico derecho de los ciudadanos y las reformas que los pretores realizaban para suplirlo y corregirlo. El campo de las obligaciones no escapa

a esta dicotomía. Los modos de extinguir las obligaciones ipso jure se caracterizan por acabar con la obligación de manera directa, mientras que los modos exceptionis ope no acababan con la obligación sólo eran excepciones que el pretor concedía al deudor para su defensa ante las acciones del acreedor.

98. Los modos de extinguir las obligaciones ipso jure eran: el pago, la novación, la aceptilación, la confusión, la pérdida, el mutuo disentiendo y la capitis deminutio.
99. El pago es, evidentemente, la forma normal de concluir una obligación. Significa que se ha concluido exitosamente el negocio jurídico originalmente pactado y que las partes intervinientes han logrado sus objetivos. Dicho de otra forma: el obligado realizó la prestación a la cual se comprometió y el acreedor recibió lo que se le debía. Pero, aún este modo simple y natural de extinguir las obligaciones tiene algunas condiciones importantes. En primer lugar quien realice el pago debe ser, de manera general, el deudor o quien lo represente legalmente a fin de que pueda haber identidad de sujetos en las obligaciones pecuniarias y si se trata de una obligación de hacer para que sea hecha por quien se obligó a ello¹¹². Por otra parte el pago debe realizarse al acreedor o a quien lo represente. Adicionalmente el pago debe tener el mismo objeto que la obligación original (si es una obligación de dinero el pago debe realizarse en dinero, si es una obligación en especie el pago debe realizarse en la especie prevista, etc.). De manera general el pago debe ser completo pues de lo contrario no extingue la obligación.
100. La *novación* sustituye una obligación antigua por otra nueva. Las razones para sustituir una obligación por otra pueden ser de diverso tipo. Puede ocurrir que haya concluido el plazo de pago de una obligación y que quiera otorgarse un plazo nuevo al deudor. O puede suceder que el deudor otorgue nuevas garantías cambiando las anteriores. En todo caso se nova una obligación cuando se quiere cambiar alguno de sus elementos, talvez los sujetos que intervienen o las cauciones que se han otorgado. Sin embargo los romanos no permitieron que se hiciera una novación cambiando el objeto de la obligación.
101. La *acceptilación* no es sino el perdón de la deuda. Pero este perdón, esta remisión de la deuda tenía , como todo en el Derecho Romano, un

procedimiento específico. Así la aceptilación no se podía realizar sino en las obligaciones contraídas por contratos verbales y se realizaba con una estipulación contraria a la original en la cual se dejaba en claro que el acreedor daba por cancelada la obligación, de manera que, en su procedimiento, la aceptilación es un pago imaginario que implica el perdón de la deuda.

102. El *mutuo dissentimientum* se aplica en los contratos consensuales. Si, como vimos en el párrafo 74, un contrato se perfecciona por el mero consentimiento, resulta evidente que el dissentimientum¹¹³ de las partes termina con la obligación.
103. Procede la *confusio* cuando se reúnen en una sola persona las calidades de acreedor y deudor. Si yo debía a mi padre, este fallece y yo soy el único heredero, entonces resulta que al mismo tiempo me he convertido en deudor y en acreedor lo cual, como es de suponer, extingue la deuda.
104. Si se trata de obligaciones específicas¹¹⁴ en donde un objeto determinado y único se debe y se produce la *pérdida* de este objeto entonces, forzosamente, la obligación habrá de extinguirse dado que no existe manera de satisfacerla.
105. En cuanto a la *capitis deminutio* conviene recordar que no es sino la pérdida de los estados de libertad, de ciudadanía o de familia y que en tal virtud elimina al deudor como sujeto de derechos con lo cual se extinguen las obligaciones que este mantenía.
106. Los modos de extinguir las obligaciones *exceptionis ope* son: la compensación, el pacto de remisión y la prescripción.
107. La *compensatio* procede cuando el acreedor y el deudor tienen obligaciones recíprocas y similares, es decir que sean de la misma naturaleza de tal modo que una pueda cancelar a la otra. Pero la compensación sólo operaba en el Derecho Romano como una excepción oponible a la acción de cobro del acreedor.
108. El *pactum de remissione*, en cambio consistía en un instrumento jurídico que, sin tener el valor de un contrato, manifestaba que el acreedor se comprometía a no exigir la obligación al deudor. Este pacto sólo podía hacerse valer en juicio como una excepción si es que el acreedor intentaba hacer efectiva la obligación mediante una acción.

109. En cuanto a la *prescripción* bástenos decir que es un modo de crear derechos o de extinguirlos por el transcurso del tiempo y como tal es una excepción válida en contra de la acción de un acreedor. Las acciones prescribían, generalmente, a los treinta años.

D. SUCESIONES

4.1 Sucesión: herencia y bonorum possessio

110. Uno de los anhelos básicos del hombre es lograr la trascendencia de la muerte y continuar su personalidad a lo largo del tiempo. Como esto es físicamente imposible, al menos jurídicamente los romanos encontraron una forma de perpetuar la personalidad y el conjunto de derechos y de obligaciones que la acompaña. Esta forma es la sucesión, es decir la ficción jurídica mediante la cual un individuo es el continuador de la personalidad de otro individuo ya fallecido¹¹⁵. Esta sucesión puede ser de dos tipos: universal (de todo el patrimonio) o particular (sólo de ciertos bienes), pero los romanos consideraban a esta última más bien un tipo de adquisición. Como siempre, la división entre el Derecho Civil y el Derecho Pretoriano, creó dos figuras mediante las cuales esta sucesión se hacía efectiva: la herencia y la bonorum possessio.

111. La herencia, como se podrá suponer requiere de la institución de un heredero, de una persona que continúe las relaciones jurídicas de su antecesor, en este sentido, ¿quien será el más indicado para instituir este heredero?, obviamente el mismo ciudadano que previendo su final decide nombrar a determinada persona como *heres*. El nombramiento de esta persona como heredero se lo realizaba a través de un acto solemne llamado testamento. Más adelante profundizaremos en estos aspectos. Por ahora baste decir que la *hereditas* es el conjunto del patrimonio que se transmite del causante al heredero. La *bonorum possessio*, en cambio, es una creación de los pretores que, dispuestos a solucionar diversas injusticias relacionadas con la sucesión crearon la figura de una posesión –no propiedad- del patrimonio del causante o *de cuius*¹¹⁶ otorgada por el pretor mediante un edicto.

112. Para entender como surgieron estas figuras es necesario repasar someramente la evolución de la sucesión en Roma. En tiempos primitivos la institución de un heredero era una de las obligaciones claves de los ciudadanos y podía realizarse con amplia libertad porque, siendo la familia romana sumamente amplia y más un órgano político que un núcleo

afectivo, no se entendía que los vínculos de la sangre estuvieran estrictamente relacionados con la sucesión, así el ciudadano podía instituir heredero libremente a quien, de entre los miembros de su casa y eventualmente de fuera de ella, creyera que podía representar de mejor manera sus intereses tras su muerte. La herencia, pues, corresponde a un sólo sucesor y no se concibe en esta etapa, aún, el sistema de herederos legítimos que predomina hasta la actualidad. Las XII tablas señalan que si alguien muere sin dejar testamento (es decir sin designar heredero) entonces lo heredarán los más próximos de su familia y a falta de ellos los gentiles.¹¹⁷ De aquí surgen dos conceptos: la sucesión *testamentaria* y la sucesión *ab intestato*. La primera con testamento y la segunda que ocurre cuando falta este documento.

4.2 Sucesión ab intestato

113. Como se ha dejado dicho la sucesión intestada se basa principalmente en el orden sucesorio establecido en las XII tablas: a) *sui heredes*¹¹⁸, es decir, las personas de la familia que se encontraban directamente bajo la patria potestad del pater por ser sus descendientes o sus hijos adoptados; b) Los agnados más próximos, es decir los que tenían relación con el pater en la línea colateral; y, c) Los gentiles. Los hijos emancipados se encontraban excluidos. Frente a este sistema del Derecho Civil se encontraba el sistema del Derecho Pretoriano, es decir, la *bonorum possessio*. Cualquier persona que se creyera con derecho a una herencia determinada podía acudir al pretor y solicitarle un edicto que le otorgara la posesión de dicha herencia. Originalmente si era el heredero designado de conformidad con el Derecho Civil no había ningún problema. Pero podía suceder que no fuera tal heredero y en estos casos surgía un conflicto en el que prevalecía el heredero del Derecho Civil; con el pasar del tiempo del Derecho Pretorio pudo imponerse en algunos casos sobre las reglas del *Ius Civile*. Los pretores preferían a los cognados es decir a la familia consanguínea del causante y entre ellos a los hijos ya emancipados que de otro modo no tenían acceso a la herencia. La diferencia esencial entre el orden del Derecho Civil y las concesiones pretorias consistía en que el primero opera por mandato de la ley en tanto que el segundo tienen que ser exigido a través de una acción judicial.

114. Justiniano unificó los dos sistemas y creó el método que, con algunas variaciones, rige en la actualidad en la mayoría de los países que siguen el

modelo romano germánico. Así la sucesión intestada , en el derecho justiniano, se rige por los siguientes órdenes: 1. Los descendientes (sean estos emancipados o no). 2. Los ascendientes y los hermanos. 3. Los hermanos sólo de padre o sólo de madre. 4. Tíos y sobrinos.

115. Los esclavos manumitidos y los ingenuos¹¹⁹ emancipados tenían sistemas propios de sucesión que vale la pena reseñar. En el primer orden de sucesión de los manumitidos se encontraban los herederos suyos y les seguía el patrono, es decir la persona que lo había libertado. En cuanto a los ingenuos emancipados también estaban los herederos suyos en el primer orden de sucesión pero luego seguía el ascendiente que lo había emancipado. Por otra parte los hijos de familia que no habían sido emancipados tenían también una forma propia de sucesión. Como se sabe los hijos de familia no podían tener propiedad pero sí eran capaces de recibir *peculios*¹²⁰ pues bien en caso de su fallecimiento, según el derecho antiguo, estos peculios regresaban al pater. Luego Justiniano decidió que les correspondía heredar en primer lugar a los hijos o descendientes, en segundo lugar a los hermanos y finalmente al padre.

116. Examinada la adquisición de una herencia a título universal por causa de muerte corresponde recordar que existían otros modos de adquirir universalmente los bienes de una determinada persona. Por ejemplo la cesión de la totalidad de la herencia que podía realizar el heredero a otra persona se llamaba *in jure cessio hereditatis*. En cambio la *addictio bonorum libertatis causa* buscaba preservar la libertad de los manumitidos mediante testamento cuando su patrono tuviera más deudas que bienes y fuera necesario vender a los esclavos para pagar estas deudas. Marco Aurelio¹²¹ solucionó esta injusticia concediendo que un esclavo pudiera hacerse cargo de la herencia a condición de cancelar las obligaciones. Otras formas de adquirir universalmente se relacionan con la entrada en la familia de una persona de manera que sus bienes pasan a ser propiedad del pater, entre ellas se encuentran: la adrogación, el ingreso de una mujer bajo la modalidad *in manu* (que se daba en el caso de matrimonio con un miembro de la familia) y el ingreso de un hombre como esclavo.

4.3 Testamento y herencia

117. Es lógico comenzar esta parte definiendo el testamento. La definición clásica romana manifiesta que es la declaración solemne de la voluntad del

causante respecto a sus deseos para después de su muerte. El Código Bello se manifiesta en términos parecidos aunque más inclinados a la parte patrimonial de la sucesión¹²². De lo dicho se pueden inferir dos características esenciales del testamento: a) una declaración de voluntad para hechos póstumos; b) ciertas solemnidades que avalaban esta declaración de voluntad. A continuación veremos las diversas clases de testamentos romanos.

118. El testamento primitivo debía realizarse ante los comicios calados, es decir ante el pueblo reunido, dado que la institución del heredero se consideraba un acto de solemnidad suma que requería la garantía de todos los ciudadanos. Así las oportunidades para expresar la última voluntad eran sumamente escasas puesto que estos comicios sólo se realizaban dos veces al año (24 de marzo y 24 de mayo). Las solemnidades para realizar este testamento ante los comicios eran fundamentalmente públicas.
119. También podía realizarse el testamento ante el ejército armado. Lo cual, evidentemente no resultaba más fácil que hacerlo ante todo el pueblo reunido. Esta clase de testamento también necesitaba un aval público.
120. Dada la dificultad de realizar testamento ante los comicios se estableció un testamento que sólo exigía solemnidades privadas. Este testamento se realizaba mediante la ceremonia llamada *per aes et libram*, es decir mediante la utilización del cobre y la balanza en presencia del funcionario llamado *libripens* que normalmente en las compraventas se encargaba de pesar la cantidad de monedas entregadas. Se trataba de una simulación de una mancipación del patrimonio a un amigo del testador a quien se le rogaba que dispusiera del patrimonio que se le entregaba bajo las instrucciones que el testador dejaba. Este amigo quedaba instituido como heredero. Adicionalmente para la plena validez de este testamento se requería de la presencia de cinco testigos. Para que el pretor concediera la bonorum possessio a las personas que eran instituidos herederos bajo esta modalidad se requerían siete testigos.
121. Estas formas antiguas de testar fueron reemplazadas luego por las formas que hasta la actualidad subsisten. Entre estas se encuentra, en primer lugar, el testamento *nuncupativo*¹²³ que es el testamento otorgado de forma verbal ante siete testigos. El testador debe decir el nombre de su heredero y señalar su voluntad.

122. Existió una forma de testamento escrito que debía otorgarse también ante siete testigos que sellaban las tablillas en que se inscriben las disposiciones últimas del testador. Este testamento servía únicamente para conseguir la *bonorum possessio* de los bienes hereditarios puesto que no estaba previsto por el Derecho Civil.
123. Finalmente bajo Justiniano se unificaron las formas de otorgar la última voluntad bajo el testamento llamado *tripertium* este testamento reúne las disposiciones del Derecho Civil, del Derecho Pretorio y de las constituciones. Consiste en escribir la última voluntad en unas tablillas que se presentan a siete testigos que las sellan. Esta solemnidad debe ser cumplida en un solo acto como ocurre en la actualidad.
124. Existían otros testamentos *extraordinarios* por ejemplo el testamento del militar al que no se le exigía solemnidad alguna por el inminente peligro de muerte que implicaban las diversas campañas romanas. Se dispensaba de solemnidades también al testamento otorgado en tiempo de peste y el testamento realizado en el campo sólo requería de cinco testigos bajo la condición de que se instituyera como heredero a un descendiente. El testamento del ciego, en cambio, requería de siete testigos y un oficial público y a falta de este de un testigo más; se leía el testamento al ciego, éste se ratificaba en lo manifestado y de inmediato se firmaba y se sellaba¹²⁴.
125. El derecho de testar no era común a todos los habitantes de Roma. Gozaban de este derecho sólo los ciudadanos *sui juris* (es decir los pater familias) y estaban excluidos los peregrinos y los esclavos. Es necesario diferenciar el derecho de hacer testamento también llamado *testamentifacción* de la facultad de dejar una herencia puesto que también podían ser heredados los hijos de familia, las mujeres ingenuas y hasta los esclavos. Existía además la *testamentifacción* pasiva, que es la capacidad para beneficiarse con un testamento.
126. Por el contrario también existía el derecho de desheredar que eventualmente se convirtió en una exigencia. Como los colocados directamente bajo la potestad del padre eran considerado herederos suyos en el testamento debía hacerse mención expresa de quienes eran instituidos herederos y de quienes eran desheredados. Con posterioridad Justiniano estableció que debían mencionarse por su nombre a todos los herederos con la expresión de su confirmación o desheredamiento bajo pena de nulidad del testamento si alguno de los herederos era omitido.

127. Podía ocurrir que el testador no instituyera un solo heredero sino varios, en este caso la regla era que se repartían por partes iguales la herencia a menos que el testador hubiera dispuesto previamente la forma en que habría de ser entregado su patrimonio. Por otra parte para prever la eventualidad de quedar sin heredero se inventaron las *sustituciones* cuyo fin era que un segundo heredero sustituyera al primero en caso de que éste no pudiera heredar. Existían tres clases de sustituciones: vulgar, pupilar y ejemplar. La *sustitución vulgar* era la forma general de esta institución es decir la simple mención de un segundo o tercer heredero sujetos a la condición de que los anteriores en ese orden de sucesión no pudieran heredar. La *sustitución pupilar* prevé el evento de que siendo designado heredero un impúber este falleciese y no llegue a testar con lo cual no quedaba heredero alguno, en este caso se preveía el correspondiente reemplazo del impúber para esta eventualidad; esta institución acaba cuando el hijo alcanza la pubertad y puede testar por sí mismo. La *sustitución ejemplar* creada por Justiniano surtía, para los dementes, los mismos efectos que la sustitución pupilar.

128. Los testamentos, al igual que ahora, podían adolecer de algunas clases de nulidades. Por ejemplo eran nulos desde un principio (*ab initio*) los testamentos que no habían sido realizados de acuerdo a las formalidades jurídicas ya señaladas; los que habían sido realizados por alguien que carecía de la capacidad de testar; los que habían sido hechos a favor de alguien que no podía ser instituido heredero por testamento; y, aquellos en que se había omitido un heredero. Además, un testamento podía ser invalidado si se consideraba que era *ruptum*, *irritum* o *destitutum*. Se consideraba testamento *ruptum* aquel en el cual se beneficiaba a un agnado ignorando a alguien que se encontraba bajo la potestad directa del pater y que, por tanto, era el heredero suyo; también se consideraba que un testamento había quedado quebrantado cuando se hacía un testamento posterior. El testamento *irritum* sucedía cuando alguien que gozaba de capacidad en el momento de testar la perdía luego o en el momento de su muerte. El testamento se vuelve *destitutum* cuando el heredero fallece, se niega a recibir la herencia o cae en alguna clase de incapacidad para recibirla.

129. La idea de que los consanguíneos merecían una parte de la herencia se impuso en Roma ya en la República y dio lugar a una acción de los parientes para reclamar la declaratoria de inoficiosidad¹²⁵ de testamento pretextando que el testador estaba loco en el momento del acto. De este

modo los llamados a suceder ab intestato podían acceder a la herencia si es que habían sido privados de ella en el acto testamentario.¹²⁶ En el año 542 se establece que los descendientes no pueden ser desheredados ni tampoco los ascendientes y se crea la *legítima* es decir una porción de la herencia ab intestato destinada sólo a los parientes que en Roma llegaba a la tercera parte. Esta institución prevalece hasta la actualidad y es la base de la sucesión intestada.

130. Como se ha visto los romanos procuraban a toda costa el tener un heredero por eso para la ocasión de que no existiera heredero alguno instituyeron al *heredero necesario* que generalmente era un esclavo quien recibía la libertad al recibir la herencia por lo cual era muy difícil que se negase.

4.4 Legados y fideicomiso

131. El legado es la transmisión de una cosa singular realizada en el testamento. Es evidente que difiere de la herencia porque ésta otorga una universalidad de bienes mientras que el legado sólo otorga un bien. Algunos autores lo asimilan a la donación debiendo tenerse en cuenta que esta surte efecto mientras el donador vive, mientras que el legado sólo se valida cuando el testador muere. Para recibir un legado se necesita tener la testamentifacción pasiva.
132. Existían cuatro formas de otorgar el legado, la primera llamada *per vindicationem* constituía la forma pura y simple de legar (doy mi esclavo a Claudio). La segunda, *per damnationem*, entrega el legado en forma de un derecho personal haciendo que el heredero cumpla determinada obligación con un tercero. La tercera *sinedi modo* constituía un modo de obligación para el heredero mediante la cual debía permitir a un tercero tomar una parte del patrimonio. La cuarta *per praeceptionem* implica un derecho de preferencia sobre un determinado bien de la herencia, como el derecho preferente a adquirir una casa. Como cabría esperar los legados terminaron unificándose bajo Justiniano y entre estas diversas formas se impuso el modo *per damnationem* de forma tal que a la larga los legados se convirtieron en derechos personales impuestos al heredero a favor de terceras personas extrañas a la herencia.
133. El fideicomiso surgió como una forma de entregar una cosa singular de los bienes de la herencia a una persona que carecía de la testamentifacción

pasiva, es decir que no podía ser instituido heredero ni ser beneficiario de un legado. El *fideicomisum*¹²⁷ es un encargo que alguien realiza un tercero, por ejemplo, Livio encarga a Claudio que tras su muerte, entregue trescientas monedas a su hijo Apicio. Se trata, evidentemente, de un acto de confianza que se hacía al margen de las regulaciones jurídicas y sin las formalidades que los romanos exigían. De manera que no estuvo regulado durante largo tiempo e inclusive carecía de acción alguna para exigir su cumplimiento. Por lo demás no se trata de una cuestión demasiado grave dado que normalmente se realizan encargos de este tipo sólo a personas con quienes se tiene extrema confianza y no cabe esperar que traicionen esta muestra de amistad.

2. ALGUNAS REFERENCIAS HISTÓRICAS DEL DERECHO ROMANO.

La convención que nos induce a creer que las normas jurídicas son la obra de muchos hombres o de todo un pueblo es de muy antigua data y es, fundamentalmente, cierta. Aunque la experiencia y el sentido común nos enseñan que, de una manera u otra, siempre hay una mano única que redacta la norma, esta mano obedece no sólo a la cabeza que la gobierna sino también a las múltiples circunstancias sociales, políticas y hasta familiares que rodean esta cabeza así como a las muchas conversaciones, acuerdos y disensos que se tienen con otras personas.

Así pues toda institución jurídica tiene unos determinadas referencias históricas que deben ser estudiadas. Tratándose del Derecho Romano los fundamentos históricos en numerosas ocasiones son oscuros o francamente desconocidos. Lo que sigue a continuación se limitará a reseñar de forma somera las circunstancias históricas de algunos (muy pocos) de los muchos aspectos del Derecho Romano a través de esbozos biográficos de personajes relevantes.

1. LOS CÓNSULES, LOS TRIBUNOS Y LAS LEYES AGRARIAS¹²⁸

La gran diferencia de derechos existente entre los patricios y los plebeyos marcó toda la historia política y jurídica de Roma y a estos enfrentamientos debemos las más interesantes anécdotas que iluminan los orígenes sociales de algunas instituciones, por ejemplo, es curioso conocer el origen del tribunado de la plebe como una magistratura popular opositora al consulado eminentemente patricio.

Como consecuencia de la costumbre de otorgar préstamos usurarios al pueblo y a causa de intereses tan altos que destruían la economía de todo aquel que se

atreví a pedir un crédito, adicionado el peligro de perder la libertad a causa de las deudas, comenzó a sentirse gran malestar entre el pueblo que, por una parte, se veía obligado a arriesgar su vida fuera de las fronteras de Roma y al regresar del combate arriesgaba su libertad a causa de las deudas que lo agobiaban. Una situación de esta naturaleza causa, como es de suponer, honda preocupación en un individuo y la consecuente frustración por las condiciones sociales que lo oprimen.

Esto aunado a que en Roma se proclamaban ya los ideales republicanos hizo que los plebeyos se reunieran secretamente para decidir sobre su situación, El senado y los patricios se enteraron de estas reuniones y sintieron que se encontraban en peligro y que Roma podía desaparecer. Estando así las cosas se sucedieron nuevas amenazas externas y el pueblo debió ser nuevamente reclutado y llevado a combatir. Cuando terminó la amenaza los patricios se encontraron con que los plebeyos se encontraban furiosos y armados y la situación era peor que antes.

Además entre los mismos patricios había disensiones acusándose los unos a los otros de no tener el valor suficiente para someter al pueblo. Tito Livio cuenta una anécdota culminante de este momento histórico cuando los cónsules, empujados por el senado, decidieron hacer un alistamiento militar: “y de intento hicieron llamar preferentemente a un ciudadano que tenían a la vista. Como permaneciese en su sitio sin contestar, y la multitud empezaba a rodearle para impedir que se le hiciera violencia, mandaron los cónsules a un líctor para obligarle, y este fue rechazado. Entonces los senadores que se hallaban a la lado de los cónsules gritaron diciendo que aquello era un atentado indigno, y se lanzaron desde el tribunal en ayuda del líctor (...) pero intervinieron los cónsules y apaciguaron una riña en la que no se había llegado todavía a las piedras y a los dardos y en la que mayormente se habían empleado los gritos y la ira, antes que la violencia”¹²⁹ Las cosas se fueron agravando hasta el punto de que una parte del pueblo se retiró a una de las colinas de la ciudad y se desató el pánico y la desconfianza tanto entre los patricios como entre los plebeyos.

Al final todo desembocó en la creación de un tribuno del pueblo como un magistrado que tenía como trabajo principal defender a la plebe contra los cónsules. Ningún patricio podía acceder a esta magistratura. Se crearon dos tribunos del pueblo, puesto que existían también dos cónsules.

La creación del tribunado de la plebe se consolidó con la expedición de la Lex Valeria que otorgaba el fundamento del ius civile a la nueva magistratura.

Por otra parte, en el aspecto del culto la Ley Ogulnia logró que los plebeyos fueran también admitidos entre los Pontífices y entre los augures.

Como se ve Roma no era, ni lejanamente, una sociedad democrática, al menos de acuerdo al concepto de democracia que tenemos en la actualidad. La idea de que un pueblo orgulloso en el que todos, de una forma u otra participaban en el gobierno, y todos participaban en las acciones militares de conquista y defensa, podía ser aplicable para los patricios entre los cuales existía, efectivamente, una cierta igualdad.

Pero quedaba la gran masa de los plebeyos que con su esfuerzo debía preocuparse de la manutención de la clase pudiente y con su sangre debía defender a quienes le oprimían. Sin embargo aún los plebeyos se encontraban en mejor situación que los esclavos quienes no gozaban de ningún derecho, si bien tenían la ventaja de estar exentos de combatir así como de las preocupaciones monetarias que agobiaban al pueblo, pero estas ventajas eran pagadas al terrible precio de la libertad y de la dignidad humana, puesto que, jurídicamente, eran considerados como cosas, si bien en el aspecto humano esta idea no era tenida como verdadera.

La tenencia de las tierras de cultivo fue siempre un grave problema entre los patricios y los plebeyos y causa de numerosas guerras intestinas y levantamientos. Tito Livio refiere que en tiempo de los cónsules Cassio y Próculo Virginio, el primero de ellos tuvo la idea de realizar una repartición de las muchas tierras que ocupaban los patricios, principalmente las que habían sido arrebatadas en una guerra anterior a la tribu de los “hérnicos”. Por una parte pensaba repartir estos territorios a las tribus que constantemente amenazaban la paz de Roma; y, por otra, pensaba entregar terrenos a los plebeyos.

Esto, naturalmente, causó el interés de las clases populares y la preocupación de los patricios. Esta preocupación no era sólo económica sino también referida a la seguridad de la República Romana y al constante temor a la tiranía dado que un hombre que realizara esta repartición de tierras se volvería muy popular entre las masas y por tanto muy poderoso.

Tanta fue la oposición a este intento de realización de una ley agraria que, finalmente, no se realizó y el cónsul que propuso esta idea terminó ejecutado, según algunos por su propia familia y según otros acusado de traición. Tito Livio refiere: “Pretenden algunos que su propio padre ordenó el suplicio, y que habiendo incoado la causa en su propia casa, le hizo azotar y, matar¹³⁰, consagrandole a Ceres su peculio; con este motivo se levantó una estatua con la siguiente inscripción: ‘Donada por la familia Cassia’. En otros historiadores encuentro, y me parece más verosímil, que los cuestores Fabio y L. Valerio le acusaron de alta traición, siendo condenado en juicio del pueblo, que ordenó igualmente arrasarlo su casa, quedando así delante del templo de la Tierra la plaza actual.”¹³¹

Las leyes agrarias sirvieron para agudizar la polémica existente entre los tribunos de la plebe y los cónsules y para medir el poder de las dos magistraturas dentro de la República. Como ya se ha indicado, Roma, en estos tiempos (luego de la monarquía y antes del imperio) tenía diversas magistraturas entre las cuales destacaban la primera y fundamentalmente patricia que era el consulado y el tribunado de la plebe que estaba destinado a defender a los plebeyos históricamente despojados de los bienes materiales y de los derechos que la ciudadanía romana brindaba.

Ahora bien el favor popular otorgaba mayor poder a una u otra de aquellas magistraturas y por eso cuando se mencionaban las leyes agrarias el balance que existía entre cónsules y tribunos de una manera u otra variaba “Este año se utilizó también el cebo de la ley agraria para atraerse la voluntad del pueblo. Los tribunos aumentaban la importancia de su magistratura por medio de la popularidad de esta ley.”¹³² No debe creerse, como cabría suponer, que estas polémicas se parecían a las de una democracia actual, es decir, realizadas de manera verbal por medio de los canales adecuados, no, frecuentemente, la ira del pueblo llevaba a sangrientos enfrentamientos en los que intervenía el ejército que a la postre decidía¹³³.

Estos levantamientos se hacían cada vez más graves puesto que los plebeyos contaban con una arma muy poderosa: como ya se ha visto podían resistirse a ser enlistados en el ejército, evitando de esta manera salir a combatir a los enemigos externos que amenazaban la ciudad y que podrían acabar con toda la civilización que hasta ese momento se había logrado. De manera que con las amenazas extranjeras y las guerras internas Roma, pese a su poderío y

superioridad, peligraba. Refiriéndose a esta situación Tito Livio pone el ejemplo de Fabio: “en cuanto a Fabio más tuvo que trabajar con sus propios soldados que contra el enemigo. Aquel varón eminente, aquel cónsul, sólo sostuvo la república, a la que su ejército, por odio al cónsul hacía traición en cuanto podía”¹³⁴. Así en un momento determinado de la batalla contra la tribu de los veyos los soldados: “permanecieron en su obstinación de no querer avanzar un paso, y ni siquiera consintieron en continuar formados en orden de batalla”¹³⁵.

De manera que si bien con la creación del tribunado de la plebe el pueblo había logrado una conquista importante en el aspecto de la defensa de sus derechos frente a las arbitrariedades de los patricios, aún faltaba que se mejorasen las condiciones económicas que los oprimían y entre las cuales la más delicada era la ausencia de tierras de cultivo con las cuales pudieran los plebeyos sustentarse a sí mismos y enfrentar las numerosas deudas que amenazaban no sólo su tranquilidad sino su libertad.

La crisis agraria iba agravando las condiciones de vida de los plebeyos y el malestar cundía hasta el punto que nuevamente el pueblo abandonó la ciudad como ya había hecho anteriormente obligando a los patricios a otorgarles nuevas condiciones más favorables tales como su participación en la aprobación de las leyes que, podían ser aprobadas a propuesta del tribuno de la plebe y bajo la modalidad del plebiscito.

Tiempo después la idea de una ley agraria se revitalizó con la presencia de dos hermanos que dejaron honda huella en la historia romana: Cayo y Tiberio Graco. Descendientes de Escipión el Africano vencedor de Cartago se caracterizaron por su honradez y por su interés en regenerar a Roma de la crisis moral en que las riquezas creadas por las conquistas la habían sumido.

Tiberio Graco fue nombrado Tribuno de la Plebe en el siglo II a. C. Logrando aprobar una ley mediante la cual se restringían las tierras que los patricios usufructuaban del Estado y que habían sido previamente ganadas en las conquistas. Esta restricción limitaba la posesión a quinientos acres y proponía que se entregasen siete hectáreas a cada familia pobre de la ciudad. Como había ocurrido en ocasiones anteriores esta ley causó preocupación entre los patricios. Esta preocupación degeneró en franco odio hasta el punto que al intentar Tiberio su reelección como Tribuno la aristocracia provocó un amotinamiento con gente contratada y Tiberio fue muerto con golpes de bancos y puntapiés.

Como ya se ha visto la ley propuesta por Tiberio no sólo buscaba limitar la propiedad de los grandes terratenientes sino que esperaba lograr que el pueblo tuviera acceso a las tierras sea mediante el dominio o el arrendamiento, con esto se combatiría en algo el durísimo desempleo que continuaba golpeando a las clases populares dado que muchos de los oficios útiles con los cuales un hombre puede ganarse honradamente la vida eran desempeñados por esclavos. Desde luego, la mano de obra gratuita siempre será preferida a la mano de obra onerosa, así las probabilidades de obtener ingresos para un plebeyo eran escasas.

Esto, por supuesto, traía otras consecuencias sociales, entre ellas el aumento de la delincuencia, la prostitución y la degeneración de las costumbres.

Cayo Graco llegó a ser Tribuno de la Plebe y retomó el ímpetu de su hermano. En primer lugar logró que se subsidiase el precio del grano para el pueblo con lo cual se paliaba el hambre que apremiaba a los sectores populares. No contento con este golpe a los especuladores retomó la idea de una ley agraria similar a la que había propuesto su hermano. Como cabía esperar, el Senado, integrado por patricios, se negó rotundamente a esta idea.

Pero Cayo Graco era un hombre emprendedor y tenía fe en sus ideales, de manera que buscó que se fundaran colonias en las ciudades destruidas en donde los plebeyos pudieran establecerse y progresar ocupándose del cultivo de tierras que se encontraban baldías, pero nuevamente el Senado mostró su oposición negándose a reducir los privilegios de los ricos aunque supieran de los peligros sociales que estos privilegios entrañaban.

Cayo Graco tuvo además la idea de conceder la ciudadanía a todos los individuos libres que habitaban en la península itálica. Como se sabe la concesión de la ciudadanía otorgaba los privilegios de comerciar, casarse, testar, ser instituido heredero, por lo cual la idea de Cayo Graco constituía una iniciativa notable que conseguiría mejorar efectivamente la vida de la gente.

Bien visto Cayo Graco no hacía sino cumplir a cabalidad con su cargo de Tribuno y con su misión principal de favorecer al pueblo en cuanto fuera posible y protegerlo de los abusos que la clase patricia le infería.

Dentro del orden jurídico romano no había nada censurable en las diversas iniciativas que Cayo Graco proponía porque no subvertían los principios generales de la ley romana (que en último término buscan la equidad y la

justicia). Sin embargo las ideas de Graco si movían los cimientos de un sistema político y siempre que esto sucede de una manera u otra existe una reacción social.

Cayo Graco logró disminuir de manera drástica el poder del Senado al lograr la aprobación de una ley que privó a los senadores de la facultad de integrar los tribunales que juzgaban a los magistrados provinciales cuando estos hubieran cometido algún delito.

La popularidad de Graco era inmensa entre la plebe a tal punto que, con el favor popular, cumplió dos períodos en el tribunado.

En este punto la historia de Cayo Graco tiene una curiosa analogía con su hermano: ambos buscaban una reelección y ambos resultaron muertos a causa de un motín. La causa del tumulto en que murió Cayo Graco parece ser la concesión de la ciudadanía a los no romanos. En esta ocasión el pueblo, que tantas veces había comprobado la dedicación de Cayo Graco, se mostró celoso de que los privilegios de que gozaba (que al fin y al cabo eran los únicos que tenía) se extendiesen a extranjeros. Ha quedado históricamente comprobado que fue el Senado el instigador del tumulto. Cayo viajó a Cartago para fundar una colonia y a su regresó el Senado lo declaró fuera de ley acusándolo de haber vulnerado la dignidad del Senado. Luego fue perseguido hasta el monte Aventino, tres mil de sus partidarios fueron asesinados a cuchilladas y el mismo Cayo Graco se hizo matar por un esclavo antes de caer en las manos de la multitud.

2. JUSTINIANO EL HEROE DE NUESTRA MATERIA

Debemos fundamentalmente a Justiniano el actual conocimiento y supervivencia de las nociones fundamentales del Derecho Romano.

Justiniano fue uno de los emperadores romanos de oriente y tenía la sede de su gobierno en Constantinopla. En otro texto ya se ha analizado la influencia de Justiniano y su obra fundamental: el Corpus Juris Civilis.

Corresponde ahora conocer un poco más al hombre porque su biografía contempla otros logros que son tan impresionantes como el Corpus Juris más aún si tomamos en cuenta el muy humilde origen de quien podemos considerar el héroe de nuestra materia. Pero, es necesario advertir que no se trata de una vida absolutamente heroica, como todo hombre, Justiniano también tuvo en su vida diversas luces y sombras.

Desgraciadamente la figura de Justiniano ha sido objeto de versiones históricas que no conservan la ecuanimidad. Los principales datos que poseemos sobre su vida provienen de Procopio de Cesárea, contemporáneo del Emperador y consejero del General Belisario. Sin embargo Procopio habiendo comenzado como un apologista de la administración justiniana terminó convirtiéndose en un tenaz opositor a Justiniano y a su esposa la Emperatriz Teodora. Justiniano no fue querido en su tiempo y su obra no fue valorada sino hasta muchos siglos después. En general son pocos los gobernantes que pueden ganarse el afecto de sus conciudadanos y la imagen total de la obra de un hombre no es posible contemplarla sino con el distanciamiento que da el tiempo. En aquellos días un ciudadano de Constantinopla probablemente sentía que tantas guerras y tantas reformas no lograban mejorar su vida sino complicarla y ponerla en peligro. Hay que reconocer que la gran ambición de Justiniano y su empeño restaurador de las antiguas glorias romanas, por fuerza, trastornaron la existencia de miles de personas. Esta clase de empresas tienen un alto costo humano.

Pero comencemos con los orígenes. Justiniano nació en 482 como Flavio Pietro Sabacio en una aldea llamada Tauresium en Macedonia cerca de Skopje (que curiosamente es la ciudad en donde nació la Madre Teresa de Calcuta). Su familia, ya lo hemos dicho, no era en modo alguno aristocrática y no había forma de conjeturar que, eventualmente, dos de sus miembros accederían al trono del Imperio Romano de Oriente.

La madre de Justiniano tenía un hermano llamado Justino que, un buen día, decidió alistarse en el ejército y alejarse de los labores pastorales. Como ocurre siempre, al ver el mundo, las ideas de Justino cambiaron y pronto hizo carrera como soldado llegando a formar parte de la guardia del Emperador y luego a comandarla.

Desde este puesto Justino comprendió que el poder político y el poder militar tenían gran cercanía y, con buen criterio, mandó llamar a su sobrino Justiniano para que conociese Constantinopla y aprendiese las maneras ciudadanas al tiempo que estudiaba derecho y teología.

Justiniano tenía un don natural para el estudio y a lo mejor presentía que en su futuro estas materias le serían de gran utilidad así que cursó con provecho las instituciones jurídicas romanas y los dogmas de la Iglesia Católica que, para aquel tiempo, ya constituía la religión oficial del Imperio.

Esta formación inicial, como veremos luego, sería totalmente determinante en el modo de ver la vida que Justiniano adoptó para sí e impuso a sus súbditos.

En el 518 Justino, con las acostumbradas intrigas, logra derrocar a Anastasio I y asume el Imperio Romano de Oriente. Entonces Justiniano comienza una brillante carrera como funcionario público que lo llevó a ocupar la dignidad de Cónsul¹³⁶ Según parece Justiniano comenzó ya en ese tiempo a ejercer el poder a través de su tío convenciéndose de que, eventualmente, ascendería al trono de Bizancio.

En el 527 finalmente Justiniano llegó a la más poderosa de las Magistraturas siendo coronado por su tío y luego aclamado por el pueblo. En ese momento ya había entrado en la madurez y había adquirido gran experiencia en los asuntos de Estado sumándose a esto la vasta cultura lograda en los años de formación.

De inmediato se avocó a las tareas del estado tomando a su cargo personal los diversos quehaceres. Tal vez en el celo que ponía en sus labores podemos vislumbrar algo de la personalidad de Justiniano. Es evidente que se encontraba convencido de tener una misión superior que requería de todos sus esfuerzos, este convencimiento provenía de su profunda fe religiosa y de su admiración por las glorias del Imperio Romano. Así que la idea general que tenía se centraba en reunificar el antiguo imperio bajo el amparo del Cristianismo.

Pero las circunstancias históricas que rodearon el advenimiento al poder de Justiniano no eran las más oportunas para una reunificación imperial. En primer lugar, en el frente oriental se encontraba la amenaza de los persas y estaban además los otomanos que a la larga harían sucumbir a Bizancio, por otra parte, esta etapa histórica estuvo llena de controversias religiosas, de herejías y de persecuciones

Justiniano era un ferviente defensor del Cristianismo de creencias firmes, casi inamovibles, implacable perseguidor de la herejía y centró su atención en el arrianismo. Se trataba de una herejía que surgió y tuvo gran difusión casi dos siglos antes de Justiniano. Para entenderla hay que recordar que la Iglesia Católica sostiene la divinidad de Jesucristo así como el misterio de la Trinidad es decir la existencia un solo Dios que es Padre, Hijo y Espíritu Santo. Pues bien un Obispo de nombre Arrio afirmaba a inicios del siglo IV que Jesucristo no era un personaje divino sino alguien creado por Dios para ayudarlo –lo cual afirman también los Musulmanes- y agregaba que existe un solo Dios que es el

Padre no existiendo la Trinidad. El Concilio de Nicea condenó esta idea, pese a ello, la herejía prosperó en oriente entre las clases populares.

La herejía de Arrio contradice los fundamentos mismos del Cristianismo, como se puede inferir de lo dicho, por ello muchos emperadores se preocuparon de reprimirla con suma dureza. Justiniano aplicó su ya conocida energía a este tema con los resultados que trae una persecución religiosa. El celo religioso de Justiniano habría de traer graves consecuencias a su pueblo y el consiguiente repudio popular.

Adicionalmente Justiniano convocó al Concilio de Constantinopla en el 553 y prácticamente obligó al Papa Vigilio a asistir. El concilio condenó como heréticas las ideas de Orígenes que se referían a la inclusión de ciertos libros en el Antiguo Testamento.

En el aspecto militar, con la ayuda del General Belisario, reprimió la amenaza Persa y logró la firma de la llamada “Paz Perpetua”. Luego atacó a los vándalos en el norte de Africa y a los ostrogodos en Italia. Belisario era un general de experiencia al servicio de Bizancio desde los tiempos de Justino que, al parecer, no gozaba de la total confianza de Justiniano. Cuando Belisario no logró defender Roma fue cambiado por Narsés.

También en el aspecto militar hay un episodio lamentable que no es posible ignorar. Ya se ha mencionado que Justiniano era impopular en los territorios que gobernaba, esta impopularidad se debía al peso de los impuestos que servían para pagar los altos costos que las guerras y las reformas del Emperador exigían. Sin embargo existían otras causas para la impopularidad de Justiniano, causas que algunos historiadores radican en el repudio de la idea de la autoridad divina del Emperador y en el convencimiento en la tradicional autoridad republicana del pueblo romano¹³⁷. En este contexto histórico aparece la rebelión de la Nika¹³⁸ en la cual destacan dos facciones, azules y verdes, que protagonizan estallidos de violencia de gran magnitud. Gibbon aclara el origen de estas facciones “La primera institución de las carreras fue simplemente un concurso de dos carrozas, cuyos conductores se distinguían por sus libreas blancas y rojas: dos colores adicionales un verde claro y un azul oscuro, fueron posteriormente introducidos; y como las carreras se repetían veinticinco veces, cien carrozas contribuían en el mismo día a la pompa del circo. Las cuatro facciones pronto fueron legalmente establecidas con un origen misterioso y esos colores se antojaron derivados de las varias apariencias de la naturaleza en

las cuatro estaciones del año: el rojo canicular del verano, las nieves del invierno, las profundas sombras del otoño, y el alegre verdor de la primavera. Otra interpretación prefiere los elementos a las estaciones, y la lucha entre el verde y el azul se suponía que representaba el conflicto entre la tierra y el mar. Sus respectivas victorias anunciaban una abundante cosecha o una próspera navegación y la hostilidad entre labriegos y marineros era de alguna forma menos absurda que el ciego ardor del pueblo romano que consagraba sus vidas y fortunas al color con el cual se habían unido.

Tales tonterías fueron despreciadas y toleradas por los príncipes más sabios: pero los nombres de Calígula, Nerón, Vitelio, Vero, Cómodo, Caracalla y Heliogábalo estuvieron unidos a las facciones azul o verde del Circo; ellos frecuentaban sus establos, aplaudían a sus favoritos, castigaban sus antagonistas y merecían la estima del populacho por la imitación natural o afectada de sus maneras (...)

Constantinopla adoptó las tonterías aunque no las virtudes de la antigua Roma, y las mismas facciones que habían agitado el Circo asolaban, con redoblada furia, el Hipódromo. Bajo el reinado de Anastasio este frenesí popular fue inflamado con celo religioso; y los verdes que arteramente escondieron piedras y dagas bajo canastos de fruta, masacraron en un festival solemne a tres mil de sus adversarios azules. Esta pestilencia se difundió de la capital a las provincias y ciudades de oriente y la distinción deportiva de dos colores produjo las más fuertes e irreconciliables facciones que sacudieron los cimientos de un gobierno débil (...)

Una unión secreta a la familia o secta de Anastasio se imputaba a los verdes; los azules eran celosamente devotos de la causa de la ortodoxia y de Justiniano, y su agradecido patrono protegió más de cinco años los desórdenes de una facción cuyos oportunos tumultos gobernaban el Palacio, el Senado, y las capitales de oriente.”¹³⁹. Estas facciones ocasionaron grandes males tal como lo señala Procopio de Cesárea : “Y cuando considero el sacrificio de las luchas civiles que tuvieron lugar en Bizancio y en el resto de las ciudades, mi conclusión es que se perdieron tantas vidas de este modo como en las guerras.

Rara vez se vieron la justicia y el castigo imparcial por los crímenes cometidos, y el Emperador brindó su apoyo entusiasta a una de las dos facciones; de manera que, naturalmente, sus rivales tampoco se sometieron sin luchar.

Todos ellos apelaron a recursos desesperados, sin considerar para nada las consecuencias, los de una facción porque eran los más débiles, los otros por la razón opuesta.

A veces marchaban al mutuo encuentro en masa, a veces luchaban en pequeños grupos, o, también tendían celadas a adversarios individuales; y durante treinta y dos años, jamás desaprovecharon la oportunidad de practicar brutalidades espantosas los unos contra los otros, mientras que al mismo tiempo los magistrados responsables del orden público los sentenciaban permanentemente a muerte.

Pero, aún así, el castigo por los crímenes cometidos recaía casi enteramente en los verdes.

Tales fueron los desastres que, en época de este demonio con forma humana, sobrevinieron a la raza humana en su totalidad, desastres por los que Justiniano, como emperador reinante, debe llevar la responsabilidad”¹⁴⁰

Frente a textos como estos hay que tener en cuenta que Procopio muy difícilmente era imparcial y sus opiniones son siempre contrarias a Justiniano sea cual sea el hecho que narre. Para un mejor entendimiento de lo antes citado hay que aclarar que las facciones azules y verdes se transformaron en auténticos partidos políticos, de tendencia aristocrática el de los azules y de tendencia democrática y popular el de los verdes. La culminación de esta rebelión se dio en el Hipódromo al inicio de unos juegos que Justiniano presidía cuando fue ofendido por un orador miembro del partido de los verdes lo que trajo como consecuencia un enfrentamiento con los azules en las calles. Sorprendentemente al tratar la guardia estatal de sofocar la violencia logra que las dos facciones se unan y se rebelen contra el poder Imperial. La funesta consecuencia de esta rebelión fue la muerte de treinta mil personas a manos de un ejército conducido por Belisario.

Capítulo aparte en la vida de Justiniano constituye su relación con la Emperatriz Teodora con quien convivió y se desposó en sus años juveniles. Teodora era también de origen humilde, más aún, era actriz y este oficio estaba muy mal visto desde los tiempos de esplendor del Imperio Romano de Occidente, en efecto ya en tiempos de Tiberio se promulgaron medidas en contra de los actores como lo cuenta Tácito: “La desordenada y excesiva libertad del teatro , que comenzó el año precedente, reventó en esta ocasión con daño más grave. No sólo hubo muertos, en efecto, de gente del pueblo (...)

Tratóse en el Senado de esta sedición y hubo votos de que los pretores pudiesen azotar a los histriones (...) y entre las cosas que se decretaron para evitar los desórdenes de sus autores, las más notables fueron: ‘ que ningún senador entrase en casa de comediante; que ningún caballero los acompañase en público ni los llevase a su lado, y que no fuese lícito verlos representar sino en el teatro’”¹⁴¹ Desde ese entonces el prestigio de la profesión actoral no hizo sino decaer. Adicionalmente Teodora era hija del cuidador de los osos en el hipódromo y no tenía pretensiones aristocráticas de ninguna clase. Justiniano se enamoró y logró que su tío Justino mejorase la condición de los actores y moderase las leyes que los proscribían.

Justiniano vivió en concubinato con Teodora por no poder desposarla, sin embargo, a la larga lograron vencer los obstáculos y a través del matrimonio con Justiniano la antigua actriz accedió al estado de patricia¹⁴². Luego cuando su esposo ascendió el trono logró el título de Emperatriz. Podría acabar aquí la vida pública de Teodora y ser recordada sólo como la esposa de Justiniano, pero su papel en la historia de Bizancio fue de gran importancia. Se dice que tenía notable influencia en todos los asuntos del Estado y que logró la promulgación de leyes en defensa de la mujer.

Se dice además que tenía una belleza hipnotizante y que su acto circense de juventud era un tanto obsceno. Hay quien recuerda que alguna vez ejerció la prostitución. De todas maneras resulta innegable que constituye un personaje histórico de extremo interés y no sólo por haber sido desposada por Justiniano.

A. ETICA ROMANA: EL ESTOICISMO

El Derecho tiene fuerte relación con la ética. Son, sin duda, respetables en extremo las teorías que proclaman la autonomía del Derecho respecto de todas las otras disciplinas humanas, pero, no creo ofender demasiado estas apreciaciones si digo que las normas jurídicas, en el fondo, tienen siempre fundamentos históricos, éticos y morales.

Una vez dicho esto puede vislumbrarse la utilidad de realizar una revisión del estoicismo como parte del fundamento ético del Derecho Romano.

No pretendo afirmar que cada una de las disposiciones del derecho Romano tenga su origen en la moral estoica. Sería absurda una opinión semejante porque el estoicismo como doctrina surgió alrededor de cuatrocientos años después de la fundación de Roma, y su difusión en aquella ciudad no tuvo lugar sino en los tiempos del Imperio. Sin embargo, si puedo decir que fue la

doctrina con más influencia en la clase gobernante de Roma hasta la llegada del Cristianismo.

Y se puede afirmar, además, que muchos héroes de la historia romana – en cuanto se recuerdan por su valor, su indiferencia hacia la muerte, y su sacrificio por los demás- son ejemplos de la ideal conducta estoica.

1. ANTECEDENTES GRIEGOS

Se reconoce, generalmente, a Zenón de Citio como fundador del estoicismo, Nacido en Chipre en el 336 a. C. , fue discípulo de la Academia de Platón pero planteó una filosofía propia de honda trascendencia ética que, a la larga, constituiría el fundamento de la moral romana en los tiempos del Imperio.

Según cuenta una leyenda Zenón tenía antecedentes fenicios y semíticos, su padre estaba entregado de lleno al comercio y hasta los treinta años nuestro filósofo se dedicó también a esta labor. Dice la leyenda que un buen día naufragó con su barco y perdió la carga que llevaba quedándose varado en el puerto de Piero. Para matar el tedio y consolarse de su pérdida se consiguió un ejemplar de los *Comentarios* de Jenofonte. Este texto lo impresionó y comprendió que su vida no debía necesariamente estar orientada a la obtención de riquezas. Dice la leyenda, así mismo, que interrogó a un librero sobre como hablar con un hombre del temple de Jenofonte y se dice que éste le señaló a un cínico de nombre Crates que a partir de ese momento se convirtió en su maestro iniciándolo en el camino de la filosofía pero sin lograr convertirlo a sus doctrinas.

Una cosa es segura, Zenón , a partir de este punto, ya ni siquiera consideró volver a sus negocios y encontró que, definitivamente, el filosofar y el enseñar serían su camino. Para lograr estos objetivos, al igual que muchos otros maestros griegos decidió tomar discípulos y aleccionarlos de forma independiente en un lugar distintivo de la urbe en donde su escuela pudiera ser fácilmente identificable. Para ello escogió el pórtico pintado por Polignoto que, al parecer, era de vivos colores y llamativo. El nombre de la doctrina de Zenón proviene del lugar donde impartía sus lecciones (la palabra griega para designar un pórtico es *stoa*) así a sus ideas se les dio el nombre de estoicismo.

Existen, sin embargo, versiones menos novelescas de la llegada de Zenón a la filosofía. Se dice que su padre comenzó a alimentar al joven Zenón con los textos de diversos filósofos hasta que él mismo, a la edad de 22 años y siendo poseedor de una gran fortuna se dedicó al estudio de la filosofía, no sólo con el

cínico Crates, sino también con un maestro de Megara y luego con los filósofos de la Academia.

Según parece Zenón tenía un aspecto moreno y alargado que le daba cierto parecido con una rama seca, por eso lo apodaban “el sarmiento egipcio” (ya desde aquel tiempo los alumnos apodaban a sus maestros). Una de sus características más originales consistía en su cuello torcido y en su manera de andar inclinada a un lado lo cual no contribuía a que se olvidase su apodo. A más de todas las particularidades antes descritas, Zenón no gozaba de fluidez en la expresión oral, por lo cual su nombre como líder del estoicismo quedó relegado frente a varios de sus discípulos.

El seguidor más destacado fue, probablemente, Crisipo, justamente llamado “el estoico”, aunque no fue estudiante directo de Zenón sino que se inició en las doctrinas estoicas a través de Cleantes quien si conoció personalmente a Zenón.

Crísipo fue Chipriota como Zenón. Sus ideas completaron y reformaron la doctrina estoica, entre ellas, talvez la más destacable es la que se refiere al *pneuma* es decir al soplo, al influjo de vida que la divinidad otorga a todas las cosas y por el cual todas las cosas tienen, en sí, parte de la divinidad. Crísipo ocupó la jefatura de la escuela de los estoicos y le siguieron a él muchos personajes menores que no contribuyeron a la principal finalidad de esa escuela: el filosofar. Entre ellos, pese a que la historia no lo recuerda especialmente, tiene singular importancia para nuestros fines un tal Diógenes de Babilonia a quien diversos historiadores coinciden en atribuir la introducción del estoicismo en Roma.

Estando Diógenes de Babilonia en Roma como enviado del Gobierno Griego y teniendo acceso a las altas esferas sociales, aprovechó la oportunidad para difundir su doctrina entre los romanos de mayor influencia. A partir de aquí gozó de gran popularidad y vivió hasta avanzada edad rodeado de honores. Según afirma Cicerón, en algún momento escribió una obra de leyes, de existir esta obra, sería el primer vínculo directo entre el estoicismo y el Derecho Romano.

Sin la feliz iniciativa de Diógenes Babilonio el estoicismo probablemente hubiera quedado como una de las muchas curiosidades filosóficas de la antigua Grecia con su cohorte de originales filósofos.

2. SENECA

Lucio Anneo Séneca , nació a inicios de la era Cristiana y vivió y murió bajo el poder de algunos de los más corruptos emperadores de la historia Romana. Para cuando Séneca se encontró en edad de filosofar las ideas estoicas habían sido introducidas en Roma desde hacía tiempo.

Nuestro filósofo gozó siempre de una posición acomodada y estuvo muy cerca del poder y de sus peligrosos manejos. Bajo el imperio de Calígula fue cortesano y gozó del favor de la corte imperial , con Claudio conservó su puesto y, finalmente , con Nerón alcanzó su máximo esplendor político al convertirse, primero en preceptor del Emperador y luego en funcionario del gobierno imperial.

Gozando de tan altas prebendas Séneca es la prueba viviente de la gran influencia que tuvo la ideología estoica entre las clases acomodadas de Roma. Curiosamente Séneca no era romano, ni siquiera italiano, había nacido en el sur de la península ibérica, en la ciudad de Córdoba, su padre gozaba de los beneficios de la cultura y se propuso instruir adecuadamente a su hijo enviándolo a Roma en donde, sin duda, tenía mejores posibilidades educativas.

La vida de Séneca pese a lo que pudiera parecer no estuvo exenta de disgustos y peligros sujeta como estaba al capricho de los emperadores. Fue condenado a destierro por el Emperador Claudio y reivindicado por Agripina, la madre de Nerón, quien pretendía que su nombre perdurase en la historia siquiera con una anécdota decente y vislumbraba que la guía de Séneca sobre el joven Nerón podría ser de utilidad para el futuro emperador. Tácito refiere el hecho: “ Agripina, pues, por no darse a conocer solamente en las cosas mal hechas, impetró remisión de su destierro a Anneo Séneca, y juntamente el oficio de pretor; no ignoraba que con esto daba gusto al pueblo por el esplendor de los estudios del filósofo, y deseaba, por otra parte, que Domicio¹⁴³ saliese de la niñez a la juventud debajo de la doctrina de tal maestro, y pudiese gozar de sus consejos para efectuar las esperanzas del dominio que esperaba”¹⁴⁴.

No faltó tampoco quien calumniase a Séneca por envidia del éxito que tenía como abogado y como magistrado. Así un rival llamado Suilio resultó condenado gracias a Séneca culpado de un grave delito: el defender causas por dinero. Este hecho resultaba delictuoso puesto que se consideraba que el abogado no debía cobrar sino sólo recibir los donativos que se llaman honorarios. Suilio afirmaba de Séneca: “Que era enemigo de los amigos de

Claudio , por quien justísimamente había sido desterrado; que acostumbrado a estudios viles y a enseñar a gente moza , ignorante y sin experiencia, tenía envidia a los que ejercitaban en defensa de los ciudadanos su elocuencia incorrupta y viva” y a todos estos vituperios agregaba: “ ¿ Con que sabiduría, con cuales preceptos de filósofos en solos cuatro años de amistad con el príncipe ha podido juntar Séneca cerca de ocho millones de oro (trescientos millones de sestericios) de hacienda?” y agrega detalles: “ Si no, veamos, ¿ hace otra cosa otra en Roma que coger , como red barredera, legados de testamentos, haciendas de los que mueren sin hijos, y con las excesivas usuras destruir a Italia y las provincias?”¹⁴⁵. Por supuesto que el tal Suilio, como asesor del Emperador Claudio había cometido terribles crímenes y bajezas que eran bien conocidas en aquel tiempo.

Este género de calumnias continuaron aumentando y, cuando Nerón comenzó a perderse en sus vicios y sus extravagancias, los enemigos de Séneca aprovecharon para sugestionar al Emperador en su punto más débil: la vanidad. Entonces dijeron de Séneca que: “no se cansaba jamás de ir aumentando sus grandes riquezas con exceder en mucho a lo que convenía a una persona particular; que procuraba granjear el favor de los ciudadanos (...)que se atribuía a sí sólo el loor de la elocuencia, y que se había dado a componer versos después que Nerón había mostrado afición a este ejercicio, como en emulación y competencia suya (...)que era contrario público de los gustos del príncipe (...) y se burlaba de su voz las veces que cantaba”¹⁴⁶ Como cabe suponer esta clase de injurias hicieron su efecto en Nerón y Séneca, sagazmente, vio en peligro su vida así que suplicó al Emperador que le permitiera retirarse y que procuradores administraran por él las riquezas que tanta envidia causaban a sus detractores. Según narra Tácito en un momento de su alocución Séneca se cuestiona su modo de vida y lo confronta con sus propias enseñanzas: “Me digo muchas veces a mí mismo: ¿Que es esto, Séneca? Eres tu aquel cordobés que, aunque nacido de un linaje ordinario de caballeros, te cuentan hoy entre los mayores grandes de Roma? ¿Eres tú aquel cuya moderna nobleza resplandece entre las más ilustres y antiguas de esta ciudad? ¿Donde esta aquel ánimo que solía contentarse con cosas moderadas?”¹⁴⁷ Pese a la elocuencia del filósofo Nerón, que seguramente ya se encontraba muy acostumbrado a este tipo de argumentos, no se dejó convencer y le negó la solicitud señalándole que el pedido de quitarle sus riquezas y de otorgarle el

retiro podría explicarse, no por la disposición de ánimo del filósofo, sino más bien por temor a la crueldad del príncipe.

La situación política de Séneca continuó agravándose paulatinamente. Un buen día un numeroso grupo de ciudadanos cansados de las locuras y los abusos de Nerón decidieron conjurarse en su contra para deponerlo del trono y elevar en su lugar a Cayo Pisón que gozaba de gran aprecio entre las clases acomodadas de Roma y de quien se decía que tenía nobles cualidades entre las cuales se destacaba su elocuencia como abogado, si bien se lamentaba la relajación de sus costumbres.

La conjura fue descubierta y numerosos ciudadanos fueron asesinados. De un modo u otro Séneca resultó involucrado en el escándalo y Nerón mandó que se le informase que había sido condenado a muerte. Si bien el mensajero destinado para este efecto fue un Tribuno a última hora desistió de ejecutar la orden de manera personal y envió a un centurión para este efecto. El centurión no permitió que Séneca hiciese testamento así que el filósofo se dirigió a los presentes diciéndoles que “que les dejaba una sola recompensa, aunque la mejor y la más noble que les podía dar, que era el espejo y el ejemplo de su vida”¹⁴⁸ Luego junto con su esposa, quien escogió acompañarlo en la muerte, se abrieron las venas. Si bien murió Séneca, su esposa fue salvada a última hora por Nerón.

3. EPICTETO

La vida de Séneca nos ha mostrado la penetración de las ideas estoicas entre la aristocracia romana. Por el contrario Epícteto representa la difusión del estoicismo entre el pueblo y los estratos más humildes de la sociedad romana.

En efecto, Epícteto fue un esclavo que perteneció a la casa de Nerón y cuyo amo directo también había sido antes un esclavo. Así que podemos imaginar la muy triste situación que le tocó vivir a este hombre. Nació en Hierápolis, una ciudad que hoy se encuentra en Turquía si bien en aquel tiempo se consideraba Griega, y desde su juventud se instruyó en la filosofía estoica cuyas prescripciones le habrían de ser de mucha utilidad a lo largo de su vida.

Sabemos bien que la condición de esclavo en Roma no se encontraba entre las más deseables, como muchos otros pueblos de la antigüedad, los romanos dejaban para los esclavos las tareas más duras y en las condiciones más difíciles. Desde los trabajos del campo hasta las labores hogareñas se encontraban al

cuidado de los esclavos. Pero, en el Imperio, los esclavos desempeñaban también tareas de cuidado y educación de los niños y por eso las familias acomodadas debían necesariamente contar en sus casas con un esclavo instruido y de preferencia talentoso. De esta manera aseguraban una cierta calidad en la educación de los hijos y les otorgaban la posibilidad de que en el futuro, instruidos en la filosofía, la retórica y el derecho pudieran desempeñarse, mal o bien, como abogados o funcionarios imperiales.

Por esta parte Epícteto tenía asegurado un modesto pasar lo cual, dada la doctrina que profesaba, no tenía en realidad gran importancia. De una manera u otra Epícteto se convirtió en un hombre libre y con la oportunidad de brindar sus enseñanzas a un público más amplio. Pero esta suerte duró poco tiempo dado que en el año 89 (cuando Epícteto bordeaba los cuarenta años) el Emperador Domiciano decidió expulsar a los filósofos de Roma, así que su fama de sabio le granjeó el exilio en Grecia. Al parecer el motivo de esta expulsión fue la severa censura de las costumbres que realizaba la filosofía estoica, sus constantes llamados a la vida sencilla y al desprecio del lujo y la molicie en que desperdiciaban sus vidas los aristócratas y sobre todo la idea de igualdad entre los hombres que de una forma u otra socavaba los cimientos de la sociedad romana.

Seguramente sin proferir queja alguna – pues así lo exige el estoicismo- Epícteto realizó el viaje por el Mediterráneo y se estableció en Nicópolis en donde continuó sus enseñanzas fundando, al estilo de sus remotos predecesores griegos, una escuela. Su trascendencia como filósofo comienza a partir de este momento porque uno de sus alumnos, Flavio Arriano, tuvo la precaución de escribir las enseñanzas de su maestro y extrajo de ellas varios libros de los cuales un manual llamado “Enquiridión” ha tenido mayor difusión.

Flavio Arriano sería luego un importante funcionario imperial que alcanzaría el rango de Gobernador de donde se puede inferir que fue el vector por el cual las enseñanzas de Epícteto retornaron a Roma.

Epícteto, al igual que Séneca, sabía bien lo variable que puede ser la fortuna bajo los caprichos de un Emperador y conocía que la felicidad humana no puede depender de los vaivenes de la suerte por que en este caso sería imposible asegurar la felicidad de nadie.

Por otra parte, encontramos en Epícteto que es necesario tener la voluntad interna de alcanzar la virtud de manera que podemos relacionar esta idea con la

noción romana de la justicia concebida como una constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo que le corresponde. Es decir que tanto la virtud en general como la justicia en particular no dependen de las condiciones externas de la sociedad sino del sentido ético del individuo.

4. MARCO AURELIO

Sin duda el representante máximo del estoicismo en Roma fue el Emperador Marco Aurelio. Nacido como Marco Annio Vero fue adoptado por el Antonino Pío y a través de esta vía accedió al Imperio cuando tenía cuarenta años. Al acceder al trono ya tenía experiencia administrativa porque se encontraba cercano al poder desde los veinticuatro años

Así, si Séneca y Epícteto padecieron las vicisitudes del poder desde una perspectiva subordinada, Marco Aurelio las vivió desde la máxima posición de poderío de su tiempo.

Fue el Emperador Adriano quien inició la carrera política de Marco Antonio cuando, a muy temprana edad, recomendó a Antonino Pío que lo adoptara, seguramente habiéndose percatado de las tempranas virtudes del futuro filósofo. A partir de que es adoptado y comienza a frecuentar el mundo político logra la dignidad de Cónsul en dos ocasiones.

Al mismo tiempo que escala en su carrera política también persevera en su afición a la doctrina estoica. A los doce años de edad ya adoptó la vestimenta y el modo sencillo de vida de los estoicos y a lo largo de su vida se sometería a toda clase de privaciones y a un ascetismo que no se compadecía con su dignidad de Emperador. Si recorremos las biografías de los antecesores de Marco Aurelio encontraremos que no escatimaron en ningún momento el lujo y la ostentación en cada uno de sus actos de modo que resulta elogiable que un hombre, de quien se esperaba que se dedicara a la misma vida que otros gobernantes, escogiera más bien una vida sencilla, cercana a la naturaleza y guiada por severos principios morales.

Gran parte de esta inclinación se debe, seguramente, a la esmerada educación que recibió en su mocedad. Se formó bajo las enseñanzas de Herodes Atico, Marco Cornelio Frontón, Sexto de Queronea entre otros. Fue, además, un lector devoto del “Enquiridión” de Epícteto y tenía en gran estima las enseñanzas de este filósofo.

Pero no le fue dado a Marco Aurelio el permanecer en Roma en su Palacio Imperial. Cuando asumió el poder se encontró con que existían graves amenazas militares en contra del Imperio y que debía partir a la guerra, de manera que la mayor parte de su reinado lo pasó en los campos de batalla, en los campamentos con sus soldados, en largas expediciones a lugares lejanos.

La mayor parte de sus batallas las libró a lo largo del Danubio, en la Europa central, contra tribus germanas conocidas por su ferocidad. Julio César ya narra en la Guerra de las Galias que estas tribus se caracterizaban por su valor en combate y por su habilidad en el manejo de sus monturas de manera que en sus primeros encuentros con los romanos lograron minar el ánimo de los legionarios. Para el tiempo de Marco Aurelio habían sido muchos los encuentros bélicos entre estas tribus y las tropas imperiales de manera que se trataba de enemigos conocidos, endurecidos por años de lucha y con un resentimiento de siglos por la opresión romana. Como era de esperarse fue una guerra difícil, de larga duración, de constantes avances y retiradas. Teniendo en cuenta además los largos inviernos, la falta de alimento y abrigo, las quejas de los soldados y la atención de los asuntos políticos en la lejana Roma se puede decir que sólo una personalidad equilibrada como la de nuestro Emperador Filósofo podía sobrellevar esta situación.

Marco Aurelio debió combatir también en el cercano oriente a la tribu de los Partos. En las orillas del río Éufrates, cerca de donde se supone que alguna vez estuvo el paraíso terrenal, logró vencer a sus enemigos y apoderarse de parte de la Mesopotamia.

En todos estos quehaceres bélicos se dio tiempo para escribir sus famosas “Meditaciones” que están dirigidas fundamentalmente a sí mismo. He aquí un libro de filosofía de gran originalidad. Su fin no es que otros lo lean, o lo alaben, es simplemente un medio para la corrección moral del propio escritor. A lo largo de sus páginas Marco Aurelio constantemente se recrimina por su errores y se recuerda a sí mismo la necesidad de obedecer a su guía interior, de ser indiferente a la circunstancias externas, de tratar a los otros con justicia y de tener a todos los humanos como iguales. Estas ideas, viniendo de un hombre con el inmenso poder de un Emperador resultan, desde nuestra óptica actual, completamente revolucionarias y capaces de cambiar toda la estructura del mundo antiguo. Marco Aurelio respetaba demasiado la estructura política romana como para introducir cambio alguno en ella. Se ocupó eso sí de mantener en orden los asuntos del Estado, sobre todo la economía y la defensa.

Se vio obligado a endeudarse y a vender parte de su patrimonio para poder solventar los gastos inmensos que demandaban las campañas militares en un tiempo en el cual el ejército ya no estaba conformado por orgullosos ciudadanos romanos que ostentaban la insignia del senado del pueblo de Roma, sino más bien por esclavos y mercenarios que peleaban por su vida y por una paga antes que por cualquier orgullo patrio.

Llama la atención el hecho de que las Meditaciones no hayan sido escritas en latín sino en griego. ¿ Significa esto, acaso, que Marco Aurelio en este punto de su vida se sentía lejano de la cultura romana? ¿O simplemente deseaba mantener en privado sus escritos y optó por otra lengua para que ninguno de sus allegados pudiera enterarse de sus pensamientos?.

Aún con todas sus cualidades Marco Aurelio fue incapaz de ver y de valorar un fenómeno que, en aquel tiempo, estaba tomando proporciones gigantescas: el Cristianismo. No conoció nunca las enseñanzas cristianas y no pudo entenderlas. Seguramente para el Emperador fue otro culto oriental extraño a las costumbres romanas.

La muerte lo sorprendió -valiéndose de la peste- en las afueras de Viena, en una de sus numerosas campañas.

5. DOCTRINA ESTOICA

La filosofía estoica es relativamente sencilla se puede condensar en cinco elementos:

- a) Participación en la divinidad
- b) Existencia de un guía interior
- c) Indiferencia de lo externo
- d) Predominio de la razón sobre las pasiones
- e) Igualdad de todos los hombres

Con respecto a la participación del hombre en la divinidad hay que advertir que los estoicos profesaban una forma de panteísmo que pretendía ver a los dioses en todo el orden natural asumiendo que el espíritu que creó el universo forma parte de cada ente existente.

En el hombre la divinidad está presente bajo la forma de la razón que, en última instancia, es su expresión más pura¹⁴⁹.

Teniendo la naturaleza un origen tan elevado, su ley principal, es la observancia de la virtud, de forma que, quien es virtuoso se limita a seguir las órdenes de la naturaleza. Marco Aurelio recalca sobre este punto: “Es preciso tener siempre presente esto: cual es la naturaleza del conjunto y cual es la mía, y como se comporta esta respecto a aquella y que parte, de que conjunto es; tener presente también que nadie te impide obrar siempre y decir lo que es consecuente con la naturaleza de la que eres parte”¹⁵⁰

Epícteto también insistía en este punto aconsejando como una de las finalidades de la educación el conocimiento de lo que está en poder del hombre y de lo que corresponde a la naturaleza y por tanto, está fuera del alcance de la voluntad humana. Pero, si se encuentra bajo el poder de la voluntad de los hombres la virtud y buscando la virtud se sigue las leyes de la naturaleza.

La existencia de un guía interior que conduce los pasos de los hombres por la senda de la virtud es un postulado que se deduce de la presencia de la divinidad en todos los seres. Esta parte de la divinidad en cada uno se constituye en un guía que nos señala lo correcto y lo incorrecto y que nos lleva a respetar el orden natural evitando todo aquello que lo contraría. Pero el ruido del mundo y las propias pasiones acallan la voz de este guía y no siendo posible atender a sus preceptos nos perdemos fácilmente en el camino de la vida. De ahí la necesidad, constantemente proclamada por Marco Aurelio, de escuchar esta voz acallando a las pasiones.

Sobre la indiferencia de lo externo, los filósofos estoicos opinaban que el sabio debe seguir el orden de la naturaleza que es el orden divino. Al seguir este orden se sabe que cualquier cosa que suceda no es en sí ni buena ni mala sino que tiende hacia un fin más elevado que desconocemos, de manera que todo está orientado hacia el bien. Entonces, resulta vano el preocuparse por las variantes circunstancias de la fortuna y resulta prudente adoptar una actitud de impassibilidad tal que pueda decirse que “se cae tranquilamente bajo las ruinas del universo” o pueda proclamarse ante las desgracias: “este es el precio que debo pagar por el don de la impassibilidad”. Esta impassibilidad eventualmente nos lleva al estado de éxtasis total llamado “ataraxia”. El estoicismo estricto no hace diferencia alguna entre las diversas circunstancias humanas y considera que son todas moralmente indiferentes, así la salud y la riqueza no son en rigor mejores que la enfermedad y la pobreza, acaso, siendo benévolos, se las puede considerar preferibles.

Vistas todas las prescripciones anteriores de la filosofía estoica y su severa condenación de las pasiones, cae por su propio peso que estas deben ser vencidas por el poder de la razón. La razón, como ya se ha dicho antes, es la forma más elevada de la divinidad y así ha sido repartida a todos los hombres para hacer uso de ella en todas las circunstancias de la vida. Entonces el sabio deberá preferir siempre la razón al instinto y llevar su vida siempre con la voluntad constante de subordinar las pasiones bajo el poder de la razón. Entre las pasiones se consideran de mayor peligro al placer, al dolor, al deseo y al temor. Pese a la debilidad humana que hace que en numerosas ocasiones los instintos y las pasiones gobiernen, debe mantenerse esta voluntad favorable a la razón aún sabiendo que en determinados momentos se fracasará.

Y por último revisaremos el precepto estoico de mayor valor humano y que otorga a la ética estoica mayor importancia que cualquier otra concepción axiológica de la antigüedad: la igualdad entre todos los hombres. Ya Epícteto proclamaba esta fraternidad reclamando la necesidad del amor a la humanidad y de la actitud benevolente y no dañina con los demás y prohibiendo el devolver el mal con mal. Marco Aurelio ratifica esta idea señalando que el hombre ha nacido para hacer el bien y para cooperar con los demás porque todos participamos la misma naturaleza y el mismo soplo de la divinidad.

Un esclavo y un emperador compartieron esta doctrina que, pese a los siglos que han transcurrido, mantiene la vigencia de sus severos principios.

BIBLIOGRAFIA UTIL

- J. SPIELVOGEL, *Civilizaciones de Occidente*, Vol. A., pp.182-183, Thomson Editores S.A. de C.V., México, 1998.
- R.A.G. CARSON, “De las siete colinas del Tíber al dominio mundial” en VV. AA., *Historia de las Civilizaciones*, Alianza Editorial, Labor, 1988.
- J. M. SAINZ GOMEZ , *Derecho Romano I*, Editorial Limusa S.A. de C.V. , México D.F., 1998.
- TACITO, “Anales”, en VV.AA., *Historiadores Latinos*, Edaf, Madrid, 1970.
- C. GARCIA RASCON, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999.
- J. M. PEREZ-PRENDES, *Instituciones Medievales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1997.
- J. A. GARCÍA DE CORTÁZAR y J. A. SESMA MUÑOZ, *Historia de la Edad Media. Una síntesis interpretativa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, L. Larose et L. Tenin, 1912.
- J. PIRENNE, *Historia Universal. Las grandes corrientes de la Historia*, Editorial Cumbre S.A., México, 1980.
- R. SILVA, “La presencia iluminada de Andrés Bello en el Ecuador” en VV.AA., *Historia del Derecho*, Número 2, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 1984.
- M. PLANIOL, G. RIPERT, *Derecho Civil*, Oxford University Press, México, 2004.
- T. LIVIO “Las Décadas” III, 32 en VV.AA., *Historiadores Latinos*, EDAF, Madrid, 1970.
- L. PARETI, “El mundo antiguo”, en VV.AA., *Historia de la Humanidad*, Editorial Planeta, Barcelona, 1997.
- A. DEMANDT, “Derecho y poder como problema histórico” en VV.AA., *Los grandes procesos*, Editorial Crítica, Barcelona, 1993.

C. NINO, "Justicia" en VV.AA., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El derecho y la justicia*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000.

M. J. MORO ALMARAZ, I. SANCHEZ CID, *Nociones básicas de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

E. FERNANDEZ, "El Iusnaturalismo" en VV. AA., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El derecho y la justicia*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000.

J.L. BORGES, *Obras, reseñas y traducciones inéditas*, Editorial Atlántida, Buenos Aires, 1999.

Y. THOMAS, "Roma, padres ciudadanos y ciudad de los padres" en VV.AA., *Historia de la Familia*, Alianza Editorial, 1998.

F. DUPONT, *El Ciudadano Romano, durante la República*, Javier Vergara Editor S.A., Buenos Aires, 1992.

B. FRIER, A.J. THOMAS, *A Casebook on Roman Family Law*, New York, American Philological Association, 2004.

T. CAHILL, *De cómo los irlandeses salvaron la civilización*, Editorial Norma, Bogotá, 1998.

LUCRECIO, *De la Naturaleza*, traducción de Eduardo Valentí Fiol, Circulo de Lectores, Barcelona, 1998.

CICERON, *Tratados*, Traducción de Alvaro D'Ors y José María Fornell, Círculo de Lectores S.A., Barcelona, 1998.

J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1999.

C. Mc CULLOUGH, *La Corona de Hierba*, Planeta, Barcelona, 1994.

A. POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1935.

V. PEÑAHERRERA, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1958.

K. ROSEN, "El Proceso de Jesús", en VV.AA., *Los grandes procesos*, Editorial Crítica, Barcelona, 1993.

L. ARGUELLO, *Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

A. MALET, *Historia Romana los orígenes, las conquistas, el Imperio*, Librería Hachette S.A., Buenos Aires, 1942.

G. MARGADANT, *El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, Editorial UNAM, México, 1960.

E. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.

J. MORALES, *Derecho Romano*, Editorial Trillas, México, 1989.

H. KELSEN, *La Teoría Pura del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.

R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Traducción de la séptima edición (1898) por Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid.

A. WATSON, (ed.), *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania 1985.

J. B. MOYLE, *The Institutes of Justinian*, Oxford University Press, Oxford 1896.

T. COLLET SANDARS, *The Institutes of Justinian*, Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1970.

F. SAMPER, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK, Santiago de Chile, 1993.

F. R. COWLEY, "Costumbres de la antigüedad" en VV. AA., *Historia de las Civilizaciones*, Alianza Editorial, Labor, 1988.

E. GIBBON, *Decline and Fall of the Roman Empire*, Edición resumida por Nero Saunders, Penguin Books, New York, 1980.

C. LARREATEGUI, *Derecho Romano de las Obligaciones*, Segunda Edición, Editorial Universitaria, Quito, p. 30.

M. MORINEAU IDUARTE, R. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Harla, México, 1992.

R. VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Labor S. A., Madrid, 1930.

F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, UTEHA, Buenos Aires, 1960.

- 1 J. SPIELVOGEL, *Civilizaciones de Occidente*, Vol. A., pp.182-183, Thomson Editores S.A. de C.V., México, 1998.
- 2 R.A.G. CARSON, “De las siete colinas del Tíber al dominio mundial” en VV. AA. *Historia de las Civilizaciones*, Alianza Editorial, Labor, 1988, T. III, p. 321.
- 3 En parte esta clasificación se basa en : J. M. SAINZ GOMEZ , *Derecho Romano I*, Editorial Limusa S.A. de C.V. , México D.F., 1998, p. 44.
- 4 Es necesario aclarar que la obra de Tito Livio “Las Décadas” fue escrita en un período muy posterior a los hechos que narra por lo que bien pudiera ser que las apreciaciones que se tienen como de la generalidad de los patricios lo sean sólo de Livio. También hay que tener en cuenta que la interpretación de los escritos de Livio es simplemente la del autor de este texto.
- 5 Debería decirse más bien: con intenciones similares.
- 6 R.A.G. CARSON, Ob. Cit. p. 326.
- 7 TACITO, “Anales”, I, 1 en VV.AA. *Historiadores Latinos*, Edaf, Madrid, 1970, p. 996.
- 8 Porque a Rómulo, el fundador de la ciudad, se lo elevó a una categoría divina bajo el nombre de “Quirino”.
- 9 C. GARCIA RASCON, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 35-36.
- 10 J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, pp. 49-50.
- 11 J. M. PEREZ-PRENDES, *Instituciones Medievales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1997, pp. 25-26.
- 12 J. A. GARCÍA DE CORTÁZAR y J. A. SESMA MUÑOZ, *Historia de la Edad Media. Una síntesis interpretativa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 76-77.
- 13 Esta idea corresponde a Adhémar Esmein, puede encontrársela en : A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, L. Larose et L. Tenin, 1912, p. 832. El texto completo también puede ser consultado en <http://gallica.bnf.fr/scripts>.
- 14 Así se llamaba al régimen monárquico previo a la Revolución Francesa.
- 15 J. PIRENNE, *Historia Universal. Las grandes corrientes de la Historia*, Editorial Cumbre S.A., México, 1980, p.145.
- 16 R. SILVA, “La presencia iluminada de Andrés Bello en el Ecuador” en AA.VV: *Historia del Derecho*, Número 2, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 1984, p. 41
- 17 R. SILVA, Ob. Cit., p.48.
- 18 M. PLANIOL, G. RIPERT, *Derecho Civil*, Oxford University Press, México, 2004, p. 3
- 19 Ob. Cit., p. 4
- 20 T. LIVIO “Las Décadas” III, 32 en VV.AA., *Historiadores Latinos*, EDAF, Madrid, 1970, p. 207.
- 21 Ob. Cit., III, 34, p. 209.
- 22 L. PARETI, “El mundo antiguo”, en VV.AA., *Historia de la Humanidad*, Editorial Planeta, Barcelona, 1997, Tomo 2, p. 415.
- 23 L. SUAREZ FERNANDEZ, *Manual de Historia Universal*, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1977, Tomo II, pp. 380-381.
- 24 A. DEMANDT, “Derecho y poder como problema histórico” en VV.AA., *Los grandes procesos*, Editorial Crítica, Barcelona, 1993, p. 259.
- 25 C. NINO, “Justicia” en VV.AA., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El derecho y la justicia*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000, Tomo 11, pp. 468.

- 26 M. J. MORO ALMARAZ, I. SANCHEZ CID, *Nociones básicas de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 27.
- 27 E. FERNANDEZ, “El Iusnaturalismo” en VV. AA., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El derecho y la justicia*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000, Tomo 11, pp. 57-59.
- 28 J.L. BORGES, *Obras, reseñas y traducciones inéditas*, Editorial Atlántida, Buenos Aires, 1999, p.171.
- 29 Y. THOMAS, “Roma , padres ciudadanos y ciudad de los padres” en VV.AA. , *Historia de la Familia*, Alianza Editorial, 1998, p. 206.
- 30 Ob. Cit. p.208
- 31 F. DUPONT, *El Ciudadano Romano, durante la República*, Javier Vergara Editor S.A., Buenos Aires, 1992, p. 135.
- 32 Ob. Cit. p. 136
- 33 Ob. Cit. p 237
- 34 Este cuadro es una adaptación del que aparece en: Y. THOMAS, “Roma , padres ciudadanos y ciudad de los padres” en VV.AA. , *Historia de la Familia*, Alianza Editorial, 1998.
- 35 B.FRIER, A.J. THOMAS, *A Casebook on Roman Family Law*, New York, American Philological Association, 2004, p. 16.
- 36 T. CAHILL, *De cómo los irlandeses salvaron la civilización*, Editorial Norma, Bogotá, 1998, pp. 35-36.
- 37 LUCRECIO, *De la Naturaleza*, traducción de Eduardo Valentí Fiol, Circulo de Lectores, Barcelona, 1998, Libro IV, 1205-1215, p.188.
- 38 CICERON, *Tratados*, Traducción de Alvaro D’Ors y José María Fornell, Círculo de Lectores S.A., Barcelona, 1998, Libro V, 3, p. 115.
- 39 La unión entre esclavos se llamaba contubernio.
- 40 J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 342
- 41 C. Mc. CULLOUGH, *La Corona de Hierba*, Planeta, Barcelona, 1994, p. 21.
- 42 Muchos de los actos y contratos en Roma requerían que se expresasen fórmulas sacramentales, es decir determinadas palabras que no podían cambiarse.
- 43 Así lo indica la Tabla V en la Ley de las XII Tablas.
- 44 A. POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1935, Tomo I, p.39.
- 45 V. PEÑAHERRERA, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1958, Tomo I, p.29.
- 46 Ob. Cit. Tomo II, p. 15
- 47 J. IGLESIAS, Ob. Cit., p. 118.
- 48 C. RASCON GARCIA, Ob. Cit. p.p. 177-178.
- 49 K. ROSEN, “El Proceso de Jesús”, en VV.AA., *Los grandes procesos*, Editorial Crítica, Barcelona, 1993, p.p. 38-53.
- 50 Cfr. cuestión 26.
- 51 Los pontífices realizaban el calendario y en él fijaban los días fastos y nefastos.
- 52 Esta etapa se llamaba *in Iudicio*
- 53 Según la disposición ya vista de la Ley de las XII Tablas.

54 Las citas de las institutas están tomadas de una traducción libre realizada por el autor . Esta traducción se basa en la quinta edición (1913) de la traducción inglesa realizada por J.B. Moyle (Abogado y docente del New College de Oxford). Esta versión circula digitalizada en la Internet. Se ha utilizado también el texto original de la tercera edición (1896) publicada por la Universidad de Oxford y Stevens and Sons limited. Como esta traducción no es del todo fiel se ha confrontado con la versión latina. La fidelidad de la traducción se ve afectada porque el mismo autor señala que en muchas ocasiones, al traducir los términos técnicos ha tratado de encontrar el equivalente en las instituciones inglesas y pone como ejemplo de ello “guardian” por “tutor” y “trust” o “fiduciary” por “fideicomissum”. De todas maneras cualquier error u objeción sólo pueden ser atribuídos al autor de este texto. Luego se ha utilizado además el texto original (Greenwood Press, Publishers, Wesport, Connecticut) de la traducción inglesa realizada por Thomas Collet Sandars (Abogado y miembro del Oriel College de Oxford) Las citas son: T. COLLET SANDARS, *The Institutes of Justinian*, Greenwood Press, Publishers, Wesport, Connecticut 1970. J.B. MOYLE, *The Institutes of Justinian*, Oxford University Press, Oxford 1986. A. WATSON, (ed.), *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1985.

55 Cfr. Cuestión 38 en la primera parte de este texto.

56 J. Morales, Derecho Romano, Editorial Trillas, México, 1989, 196

57 Una observación de Kelsen, realizada para aclarar el carácter del derecho, puede ser de utilidad en este punto: “*puédense distinguir dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible, que tiene lugar en el tiempo y en el espacio, un suceso exterior (..) el otro es un sentido así como inmanente o adherente a este acto o suceso, una significación específica*”. El primero es un hecho y el segundo un derecho . La cita está tomada de: H.KELSEN, *La Teoría Pura del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, p. 27.

58 E. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989, p. 185.

59 El original “Parrhasius” significa originario de Arcadia por eso parece lógico traducirlo como “Arcadio”

60 Ejemplos que, como se verá, tienen su antecedente en los textos romanos.

61 Cfr. Párrafo 25.

62 Se traduce como *ambrosía* la bebida que los romanos llamaban *mulsum*

63 De la unión de oro y plata los romanos obtenían el “electrum” que tenía el color del ámbar, por eso lo traduzco así.

64 El artículo 700 del Código Civil Ecuatoriano todavía contempla estos modos de efectuar la tradición.

65 Cfr. párrafo 14.

66 La acción reivindicatoria busca lograr que quien tenga en su poder una cosa ajena la devuelva a su propietario.

67 Resulta interesante notar que el consentimiento, en estas dos formas de transferir el dominio, se manifestaba de manera indirecta porque en definitiva el vendedor se limitaba a callar ratificando con su silencio las afirmaciones del comprador sobre la propiedad de la cosa.

68 E. PETIT, Ob. Cit., p. 216

69 El Código Civil Ecuatoriano (cuyo autor es Andrés Bello) señala como justos títulos los constitutivos o los traslativos de dominio, entre los primeros señala a la ocupación, la accesión y la prescripción y entre los últimos a la venta, la permuta y la donación entre vivos. Señala que

no son justos títulos el falsificado, el conferido por un falso mandatario y el meramente putativo (Artículos 718 y 719).

70 Son títulos constitutivos de dominio: la ocupación, la usucapión, la accesión; en cambio son títulos derivativos o traslativos la tradición, la mancipación, la adjudicación. En los primeros se adquiere la propiedad originariamente, en los segundos la propiedad se la recibe de otra persona.

71 R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Traducción de la séptima edición (1898) por Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, p.433

72 Del verbo ago: llevar, conducir.

73 Es necesario recordar que el Código de Andrés Bello, siguiendo la idea del Código Napoleónico no toma en cuenta la división entre servidumbres reales y personales sino que a las últimas las trata separadamente, reconociendo como servidumbres sólo a las primeras.

74 La traducción del digesto se ha realizado en base a: A.WATSON, (ed.), *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania 1985. Como la traducción inglesa no es suficientemente fiel en el uso de términos que son comunes en nuestro derecho, se ha confrontado con el original latino que en el mismo texto consta y que ha sido tomado de la recopilación realizada por Theodor Mommsen y Paul Krueger.

75 Francisco Samper señala: “La posición del arrendatario frente a terceros, defendida en un comienzo por interdictos posesorios, va paulatinamente asimilándose a la del dueño, salvo el *vectigal*, y en el Edicto de Juliano aparece una acción ficticia, semejante a la reivindicatoria, otorgada en su favor”. F. SAMPER, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK, Santiago de Chile, 1993, p. 154.

76 “Literalmente ‘isla’ dado que estaba rodeada de calles. Eran casas de vivienda de varios pisos. Las de Roma eran muy altas y llegaban a tener treinta metros (...) Roma era una ciudad en la que el alquiler de departamentos era un lucrativo negocio”. C. Mc. CULLOUGH, Ob. Cit., p. 810.

“Aquí en los últimos tiempos de la república empezaron a proliferar enormes casas de apartamentos, semejantes a cuarteles, que constituían bloques enteros de la ciudad, como islas, y conocidos por consiguiente con el nombre de *insulae*. Hacia el siglo iv a J.C. había más de 44000 de esas *insulae*, contra menos de 2000 casas particulares. Algunas de las casas de apartamentos romanas incluían elegantes viviendas para la alta clase media, pero la mayoría albergaban gente de clase muy modesta que contaba con poquísimos ingresos.” F. R. COWLEY, “Costumbres de la antigüedad” en VV. AA., *Historia de las Civilizaciones*, Alianza Editorial, Labor, 1988, Tomo III, p. 264.

77 C. LARREATEGUI, *Derecho Romano de las Obligaciones*, Segunda Edición, Editorial Universitaria, Quito, p. 30.

78 “Se utiliza *praestere* para referirse a un comportamiento distinto de los anteriores, como cuando una persona se obliga a garantizar una deuda ajena”. M. MORINEAU IDUARTE, R. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Harla, México, 1992, p. 144.

79 Sin duda este ejemplo, muy propio de nuestro tiempo, no sería entendido por un estudiante romano.

80 “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación” señala el artículo 1510 del Código Civil Ecuatoriano.

81 Estudiosos que en el siglo XIV continuaron la labor de estudio del Digesto iniciada por los glosadores en la edad media.

82 ¿prometes?, prometo

83 ¿prometes en buena fe?, prometo en buena fe

84 ¿serás fidejussor?, seré fidejussor

85 ¿darás?, daré

86 ¿harás?, haré

87 Constitución Imperial emitida por León I (457-474), Emperador de oriente de origen griego. Esta Constitución se publicó en el 472.

88 Es decir que no puede estipularse sobre eventos que le ocurrirán, o no, al alma del estipulador tras su muerte.

89 Este libro se llamaba codex y lo llevaba el padre de familia para contabilizar el patrimonio.

90 De *chirographus* autógrafo, recibo.

91 Anotación de deudas

92 En el sentido de contabilizada

93 Que el dinero no ha sido contado

94 Moyle recuerda que el llevar las cuentas en un libro privado era una de las principales obligaciones del ciudadano romano y que una obligación *litteris* surgía propiamente cuando se comparaban la anotación en un libro de un préstamo o de una salida de dinero en favor de otro individuo con la anotación de este otro ciudadano de la recepción de ese dinero. La primera se llamaba *expensilatio* y la segunda *acceptilatio*.

95 Originalmente esta palabra significaba el anuncio de una festividad religiosa.

96 Bajo un contrato real.

97 Gayo dice: “con el cuidado que el más diligente “*pater familias*” tiene de su propiedad.

98 Cfr. cuestión 26 en la primera parte de este libro.

99 Cfr. párrafo 74

100 Cfr. párrafo 71

101 Robert Von Mayr señala: “El primer impulso partió, sin duda, de la responsabilidad expiatoria para efecto de delitos privados. En Roma ocurrió también lo mismo , probablemente. La transgresión, el delito, le daba al lesionado, a lo primero un derecho de venganza privada mediante auto-ayuda, de la que más tarde pudo librarse el culpable mediante una composición pecuniaria – de algunos de estos contratos de composición, como el *pasicum fure*, habla la tradición concretamente- y al fin la víctima se tuvo que conformar con un derecho de hacer valer judicialmente la responsabilidad –*actio ex delicto*–”. R. VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Labor S. A. , Madrid, 1930, p. 197.

102 “La quiebra de las teorías enunciadas para distinguir el injusto civil y el injusto penal conduce a la conclusión de que no existe una diferencia sustancial entre ellos. La distinción tiene carácter extrínseco y legal: el delito es un injusto sancionado con la pena; el ilícito civil es el injusto que tiene como consecuencia las sanciones civiles (resarcimiento del daño, restituciones, etcétera). En definitiva sólo atendiendo a la naturaleza de la *sanctio juris* podemos establecer si nos encontramos ante la presencia de una u otra especie de injusto. F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, UTEHA, Buenos Aires, 1960, p. 131.

103 “Mientras el ejército se compuso de soldados ciudadanos la leva o el enganche de gente para el servicio militar fue un acto civil análogo a la convocación de electores. El senado fijaba un contingente, y los cónsules anunciaban en un edicto el día en que el pueblo debía reunirse por tribus en el Capitolio. Los cónsules concedían exenciones en determinados casos y castigaban a los ausentes con penas que consistían en multas, azotes, prisión y hasta

esclavitud". A. MALET, *Historia Romana, los orígenes, las conquistas, el Imperio*, Librería Hachette S. A., Buenos Aires, 1942, p. 60.

104 Cfr. Párrafo 51.

105 Cfr. párrafos 8 y 62.

106 Cfr. párrafo 58

107 La explicación completa de la hipoteca se encuentra en el párrafo 53.

108 De *manus*: mano y *cipio*: coger.

109 Ya explicada en el párrafo 66.

110 E. PETIT, Ob. Cit., p. 317.

111 Cfr. Párrafo 71.

112 Sería el caso de quien contrata a un famoso escultor para realizar una estatua. No se entendería que se ha solucionado la obligación si la obra la realiza un artífice de menores dotes que el contratado.

113 Por supuesto disenso es el antónimo de consentimiento.

114 Cfr. Párrafo 62.

115 Vale decir que esta idea no es compartida por varios autores así Juan Iglesias coincidiendo con Bonfante opina que: "Considerando la naturaleza política de la primitiva familia romana y teniendo en cuenta que esta no se dividía en otros grupos o familias, sino que el elemento personal y patrimonial se mantenía unido, se sienta la tesis de que el heredero era el *sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio, sobre la gran familia agnaticia*". J. IGLESIAS, Ob. Cit., p. 371.

116 Literalmente "de quien", es decir de quien proviene el patrimonio de la sucesión.

117 Es decir los miembros de su gens.

118 Literalmente "herederos suyos."

119 Personas que habían nacido libres

120 Ingresos adquiridos por herencias, trabajos como servidor civil o como militar.

121 Que aparte de Emperador fue un agudo filósofo autor de las "Meditaciones"

122 Art. 1037: "El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva."

123 De nuncupatio: la recitación de fórmulas sagradas.

124 La exigencia de tantas precauciones hace suponer que los fraudes debían haber sido frecuentes en la antigua Roma.

125 De officium: deber. Probablemente aludiendo a un deber de afecto con la familia.

126 Petit hace notar agudamente que: "El pretexto para la anulación del testamento es que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo. Es un pretexto y no una realidad, puesto que el testamento de un loco sería nulo *ab initio*, mientras que aquí se trata de un testamento válido pero invalidado como inoficioso. E. PETIT, Ob. Cit., p. 550.

127 Que podría entenderse como un encargo (*comitto*) que se realiza por la fe (*fidei*) que se tiene en la persona a quien se encomienda realizar la tarea.

128 De *ager*: tierra, campo.

129 T. LIVIO, Ob. Cit., II, XXIX

130 No debemos olvidar que el pater familias tenía grandes poderes, entre ellos el imponer severos castigos a quienes estaban sometidos a su potestad. Dado que se han mencionado los peculios cabe suponer que Cassio no era hijo emancipado.

131 T. LIVIO, Ob. Cit., II, XLI

132 Ob. Cit. II, XLII

133 Aunque podría argumentarse que lo propio sucede en muchos países en la actualidad.

134 Ob. Cit. II, XLIII

135 Ibid.

136 Esta dignidad no tenía, desde luego, la misma significación que en la República.

137 Así lo sostiene Jorge Romero Gil en un artículo publicado en: <http://www.ideasapiens.com/roma/Bizancio/insurrecciondelaNika5.htm> consultado en 2004.

138 Esta palabra significaba victoria.

139 E. GIBBON, *Decline and Fall of the Roman Empire*, Edición resumida por Nero Saunders, Penguin Books, New York, 1980, pp. 640-642.

140 Este fragmento de *Historias secretas* puede encontrarse en: http://www.imperiobizantino.com/justiniano_segun_procopio.html consultado en 2004

141 TACITO, Ob. Cit., Libro I.

142 Justiniano se deleitaba en ennoblecer y enriquecer al objeto de su afecto; los tesoros de oriente fueron puestos a sus pies, y el sobrino de Justino estaba determinado, talvez por escrúpulos religiosos, a otorgar a su concubina el sagrado y legal carácter de esposa. Pero las leyes de Roma expresamente prohibían el matrimonio de un senador con una mujer que había sido deshonrada por un origen servil o la profesión teatral; la Emperatriz Lupicina o Eufemia, una bárbara de maneras rústicas pero de virtud irreprochable, se negó a aceptar a una prostituta por sobrina; e inclusive Vigilantia, la supersticiosa madre de Justiniano, pese a que conocía del ingenio y la belleza de Teodora, estaba seriamente preocupada de que la artística amante pudiera corromper la piedad y la felicidad de su hijo. E. GIBBON, Ob. Cit., p. 635.

143 Este es el nombre originario de Nerón.

144 TACITO, Ob. Cit., Libro XII.

145 Ob. Cit., Libro XIII.

146 Ob. Cit., Libro XIV.

147 Ibídem.

148 Ob. Cit., Libro XV.

149 Al despuntar la aurora, hazte estas consideraciones previas: me encontraré con un indiscreto, un ingrato, un insolente, un mentiroso, un envidioso, un insociable. Todo esto les acontece por ignorancia de los bienes y de los males. Pero yo, que he observado que la naturaleza del bien es lo bello, y que la del mal es lo vergonzoso, y que la naturaleza del pecador mismo es pariente de la mía, porque participa, no de la misma sangre o de la misma semilla, sino de la inteligencia y de una porción de la divinidad, no puedo recibir daño de ninguno de ellos, pues ninguno me cubrirá de vergüenza; ni puedo enfadarme con mi pariente ni odiarle. Pues hemos nacido para colaborar. M. AURELIO, *Meditaciones*, Traducción de Ramón Bach Pellicer, Editorial Gredos, Madrid, 2010, II, 1. (El subrayado es nuestro).

150 Ob. Cit., II, 9.