

**UDS**

**LIBRO**

NOMBRE DE LA MATERIA DERECHO ROMANO

*LICENCIATURA DERECHO.*

*CUATRIMESTRE SEGUNDO*

---

## Marco Estratégico de Referencia

---

### ANTECEDENTES HISTORICOS

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor de Primaria Manuel Albores Salazar con la idea de traer Educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer Educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tarde.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en septiembre de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró como Profesora en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de finanzas en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta Educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de Educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta

alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el Corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y Educativos de los diferentes Campus, Sedes y Centros de Enlace Educativo, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca a nivel nacional e internacional.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

## **MISIÓN**

Satisfacer la necesidad de Educación que promueva el espíritu emprendedor, aplicando altos estándares de calidad Académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

## **VISIÓN**

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra Plataforma Virtual tener una cobertura Global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

## **VALORES**

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

## **ESCUDO**



El escudo de la UDS, está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

## ESLOGAN

“Mi Universidad”

## ALBORES



Es nuestra mascota, un Jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen.

---

## Nombre de la materia: Derecho Romano.

---

**Objetivo de la materia:** El objetivo básico de la asignatura es dar a conocer al alumno novel un ordenamiento jurídico completo, en sus líneas fundamentales. Se hará especial hincapié en la relación entre las fuentes de producción normativa y la forma política, para lo que la historia romana resulta un campo especialmente adecuado, así como en las fuentes de conocimiento del derecho romano.

### Contenido

unidad I. Estructura Constitucional Romana.La Historia Del Derecho Romano .....	9
1.1. Monarquía .....	9
1.2. Características .....	10
1.3. Órganos Políticos.....	10
1.4 .República.....	12
1.5. Órganos Políticos.....	14
1.6. Imperio .....	14
1.7. Diarquía O Principado. ....	15
1.8. Organos Politicos.....	16
1.9. Crisis Del Siglo III.....	16
1.10. Autocracia O Bajo Imperio. ....	18
1.11. Constitución Del Imperio Bizantino. ....	20
1.12. Sistema Feudal. ....	22
unidad II. Fuentes Formales Del Derecho Romano. ....	25
2.1 Concepto De Fuente Y Clasificación.....	25
2.2. La Costumbre Y El Derecho Antedecendental.....	26
2.3 Fuentes De Producción. ....	33
2.4. Costumbre.....	35

2.5 Leges Rogatae. ....36

2.6 Plebiscitos.....38

2.7. Senadoconsultos. ....39

2.8 Edictos De Los Magistrados.....41

2.9 Jurisprudencia. ....42

2.10 Constituciones Imperiales. ....44

2.11.Fuentes Juridicas. ....46

Unidad III Concepto De Persona Y Su División3. ....55

1.1concepto Y Definicion .....55

3.2. Status De Las Personas.....56

3.3status Libertatis.....57

3.4.Status Civitatis .....57

3.5. Status Familae. ....58

3.6.La Familia.....59

3.7.El Parentesco. ....61

3.8.Tipos. ....62

3.9.Matrimonio. ....65

3.10. Noviazgo.....67

3.11tipos De Matrimonio .....69

3.12. Patria Potestad (Pater Familias).....71

3.13. Fuentes De La Patria Potestad .....71

3.14. Disolución Del Matrimonio .....72

3.15. Adopción. ....73

Unidad Iv. Derechos Reales.....77

4.1. Las Cosas. ....77

4.2. Cosas Inmuebles Y Cosas Muebles.....78

4.3. La Posesión, Definición Y Naturaleza Jurídica .....80

4.4. Elementos De La Posesión. Adquisición Y Pérdida De La Posesión.....83

4.5. Clases De Posesión. ....84

4.6..La Propiedad, Terminología Y Definición .....86

4.7. La Copropiedad. ....88

4.8. Modos Adquisitivos Del Derecho De Gentes. ....91

**4.9. La Sucesion Hereditaria Y Sus Efectos.....94**

4.10 Modalidades De Sucesion. ....95

4.11.La Hereditas Y La Bonorum Possessio.....98

**6.- Actividades de aprendizaje frente a docente.**

- Exposición oral
- Mesa redonda
- Lluvia de ideas
- Actividades en binas.

**Independientes.**

Investigación documental

Lectura

Elaboración de mapas conceptuales, mentales, cuadro sinóptico.

**7.- criterios y procedimientos de evaluación y acreditación.**

Actividades en plataforma educativa	40%
Examen	60%
Total	100%
Escala de calificaciones	7-10
Mínima aprobatoria	7

## UNIDAD I.

### ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL ROMANA.LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

La historia del Derecho romano debe ser estudiada dentro del conjunto de la historia de Roma, ya que no es posible separar el aspecto jurídico de las demás manifestaciones culturales, artísticas, políticas y sociales. Es por esta razón que, siguiendo la clasificación más generalizada, tomaremos en cuenta el tipo de institución política que rigiera al pueblo romano. Su historia puede ser dividida en tres periodos: monárquico, republicano e imperial, con la advertencia de que durante el imperio tuvieron lugar grandes cambios en las instituciones.

Especialmente desde el punto de vista político, esta época puede subdividirse en dos, de modo que la historia del Derecho romano queda comprendida dentro de los siguientes periodos histórico-políticos.

- 1.- Monarquía
- 2.- Republica
- 3.- Principado o diarquía.
- 4.- Imperio absoluto o dominato.

Estas épocas o periodos histórico-políticos corresponden a las distintas fases de evolución del derecho privado: la Monarquía y la Republica al derecho preclásico, el Principado al derecho clásico, y el Imperio absoluto al posclásico.

#### **1.1. MONARQUIA**

La época monárquica abarca desde la fundación de Roma hasta el año 243 de la romana; es decir, del año 753 al 510 a.C.

Las circunstancias de la fundación de esta ciudad, que con el tiempo llegara a ser el centro del mundo, no son casi desconocidas. Solo a través de leyendas sabemos de la existencia de los primeros habitantes de la Península Itálica.

La monarquía es el régimen político que tiene como jefe del Estado a un monarca. El cual es elegido para su cargo por herencia o linaje, por lo que también se conoce como monarquía, a toda la familia real de un Estado.

De esta forma, monarquía se equipará al concepto de realeza y podemos hablar de monarquía española, británica, belga, etc.

Además, durante la Edad Moderna se consideró que muchos monarcas europeos lo eran también por derecho divino. De esta forma el poder político estaba unido al religioso.

Es un hecho que en ella convivieron distintos pueblos: los latinos en el centro, los etruscos al norte y los sabinos al sur. La conjunción de estas tribus tiene como consecuencia es lo más probable el surgimiento de esta ciudad-estado que fue Roma.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS.**

- El monarca es la máxima autoridad del Estado y, en el caso de las monarquías autoritarias o absolutas, estos ejercen todos los poderes del Estado: el ejecutivo, el legislativo y el judicial.
- Es escogido para el cargo por herencia o linaje. En una gran cantidad de ocasiones el primogénito es elegido. En algunas ocasiones la herencia monárquica permite que las mujeres de la familia real accedan también al cargo, pero en la mayoría de los casos no.
- El territorio sobre el que el monarca ejerce su autoridad es conocido como reino.
- El lugar ocupado por el rey o monarca es conocido como "trono", por ser el espacio físico en el que tradicionalmente se sentaban los monarcas en Europa.
- Las monarquías tienen símbolos y tradición propias, que perduran a lo largo del tiempo. Incluso, la monarquía constitucional recoge y guardan la simbología de los monarcas absolutos o autoritarios que las precedieron.

## **1.3. ÓRGANOS POLÍTICOS.**

La población de esta pequeña comunidad se encuentra políticamente agrupada en 30 curias; esto es, 10 curias por cada una de las 3 tribus, cada una de ellas con un número diverso de individuos.

Los integrantes de dichas curias se reúnen atendiendo a un criterio específico, como lo es la agrupación de carácter aristocrático que denominamos gens, cuyos miembros tienen en común un culto familiar especial, transmitido de generación en generación, siempre por vía masculina. Se trata, en realidad, de la unión de varias familias muy extensas, con antepasados comunes y ligadas entre sí por el mismo nombre gentilicio, cada una de ellas bajo la autoridad de un paterfamilias. Estos individuos, que dirigen la vida política, religiosa y social de Roma, son conocidos con el nombre de patricios y tienen una situación privilegiada en la sociedad. Por otro lado encontramos a los plebeyos, que de origen extranjero, acudían a las familias poderosas en busca de apoyo, a cambio de la prestación de determinados servicios. Los miembros de este grupo han sido denominados clientes.

Existía por tanto, una profunda desigualdad entre patricios y plebeyos, situación que acarrearía una serie de luchas internas cuya finalidad apunta a desterrar las marcas diferenciadas entre individuos que comparten una misma sociedad. En este periodo, el poder público estuvo integrado por tres elementos: el rey, los comicios y el senado.

El rey, era quien en principio fue designado por los comicios, ejercía el poder de por vida y de forma suprema. Los comicios, asambleas de carácter legislativo-político, estaban integrados por “todos los hombres libres capaces de portar armas”. El senado, por su parte, era un cuerpo de carácter consultivo que apoyaba al monarca en sus labores de gobierno. Sus miembros son nombrados por el rey que los elige entre los ancianos más sabios de la comunidad.

## **El Rey**

Durante el periodo monárquico, que tiene una duración aproximada de 250 años, Roma vivió bajo el gobierno de siete reyes, el primero de los cuales, Rómulo, crea el senado. A su muerte le sucede Numa Pompilio, monarca muy piadoso, de quien, según se afirma, introduce la práctica religiosa en Roma.

Los siguientes monarcas, Tulio Hostilio y Anco Marcio, son reyes guerreros que consolidan el poder militar. Tarquino el Antiguo, por su parte, concede más facultades al senado y aumenta a trescientos el número de sus miembros.

Su sucesor, Servio Tulio, realiza una reforma político-administrativa que toma como base el censo económico de la población y es conocida como reforma serviana. Esta trae como consecuencia la creación de los comicios por centurias.

Finalmente, Tarquino el Soberbio, el último de los monarcas, es un déspota que pretende gobernar dictatorialmente y termina siendo destituido y desterrado. Con él concluye la época monárquica.

## **LOS COMICIOS.**

Constituían la asamblea político-legislativa de este periodo. El término proviene de comitium, lugar determinado del foro donde acostumbraban reunirse. Existían dos tipos de comicios: por curias y por centurias.

**POR CURIAS.**-Fue la más antigua de agrupación de los ciudadanos, es decir, la división interna de las tres tribus que integraban la población.

**POR CENTURIAS.**- el crecimiento de roma hizo necesaria una reforma administrativa, la cual como hemos dicho, se lleva a cabo bajo el reinado de Servio Tulio y está basada en un censo económico de la población que le da origen a la aparición de los comicios, por centurias.

**EL SENADO.-(SENATUS),** constituía única y exclusivamente un cuerpo consultivo y de apoyo al rey, cuyos consejos (senatusconsulta), cobraban cada vez mayor ascendiente. Estaba integrado por 100 miembros escogidos por el propio monarca

Su fuente formal se reduce a una la costumbre de los antepasados (mores maiorum). Sin embargo, cuentan que un estudioso del derecho llamado Papiro publicó una colección de leyes reales (votadas en los comicios) llamada ius civile Papirianum, aunque a partir de la caída de la monarquía también estas disposiciones cayeron en desuso.

## **I.4. REPÚBLICA.**

Esta etapa de la historia romana queda comprendida entre los años 510 y 27 a.c.al principio, durante este periodo persiste una gran pugna entre patricios y plebeyos, situación que provoca que estos últimos decidan abandonar la ciudad para fundar una nueva, lo cual, según la leyenda, no se lleva a cabo merced al famoso discurso de Menenio Agripa que les hace desistir.

A partir de ese momento, los plebeyos obtienen el derecho de ser representados por dos magistrados especiales, los tribunos de la plebe (tribuni plebis), cuya persona era inviolable.

Una república es una forma de gobierno y organización del Estado, en la que el poder público es ejercido por representantes del pueblo, ceñidos a un cuerpo de leyes fundamentales establecidas para todos (o sea, una Constitución), y en el marco de una separación de los poderes públicos.

La palabra república proviene del latín *Res publica*, “la cosa pública”, o sea, la esfera de intereses públicos o del Estado. El término fue empleado por primera vez alrededor del año 500 a. C., al inicio justamente del gobierno republicano de la antigua Roma, que duró hasta el 27 a. C. cuando se transformó en una monarquía.

En ese entonces, la república consistía en una forma parcial de [democracia](#), en el que una aristocracia (los Patricios) ocupaba los asientos del senado romano, y entre ellos se elegía a dos cónsules o vicegobernantes mediante el voto de todos los [ciudadanos](#) libres de Roma.

Sin embargo, lo que hoy se entiende por república difiere del uso antiguo, y generalmente se refiere al imperio de la ley y la separación de los poderes públicos. En ese sentido, la existencia de la república es contraria al acaparamiento del poder político por parte de una sola figura, como ocurre en las autocracias, o a la designación vitalicia de cargos públicos, como ocurre en las monarquías.

Cuando hablamos de república, en la actualidad, nos referimos normalmente a un [gobierno](#) sostenido por sus instituciones democráticas, en el que la totalidad de los ciudadanos son iguales ante la ley. Esta idea de república surgió tras la [Revolución Francesa](#) de 1789, en la que se abolió la monarquía tradicional francesa. Aun así, existe

cierto margen de ambigüedad en torno al uso del término, dependiendo del punto de vista considerado.

### **I.5. ÓRGANOS POLÍTICOS**

Se entiende por el gobierno republicano aquel que reside en las instituciones: las emanadas de los poderes públicos y consagrados en las leyes y la constitución.

Este sistema se basa en el balance de los sectores de autoridad legal: el ejecutivo conduce las decisiones estratégicas de la nación y plantea un proyecto político futuro; el legislativo produce las leyes que regulan y establecen los actos de gobierno y sirven de control al proyecto político del ejecutivo; y el judicial vela por que todo ello se dé en consonancia con el marco normativo que establece la Carta Magna.

### **I.6. IMPERIO**

Imperio es una organización política en el que un Estado o Nación impone su poder en otros países.

Es un periodo en el cual todos los poderes se concentran en manos del emperador, es una época de franca decadencia; a vraca desde del inicio del reinado de Diocleciano en el año 284 hasta la caída de la ciudad de Roma, en 476, por lo que toca al imperio romano Occidental, y hasta 1453, fecha en que cae la ciudad de Constantinopla y termina así el Imperio Romano de Oriente.

Imperio deriva del latín *imperium* que a su vez viene del verbo *imperare* que significa "mandar". Está compuesto por el prefijo *im-* que se refiere a "penetración" y el verbo *parare* que significa "ordenar" o "preparar".

Imperio es también se refiere al conjunto de pueblos y territorios gobernados por este tipo de sistema como, por ejemplo, el imperio otomano.

La máxima figura de autoridad en un imperio es el emperador, aunque en ocasiones recibe otro nombre.

Un imperio es una organización política en la que el [Estado](#) expande su [territorio](#) constantemente. A través del poder militar, un imperio se anexa a otras [naciones](#) y Estados, a los cuales impone una lengua, una [cultura](#) y/o un ejercicio económico de acuerdo a los intereses y conveniencias de la metrópoli, o sea, estableciendo a su paso [colonias](#) o territorios dependientes.

En los imperios el [poder](#) político solía recaer en manos de un emperador u otro tipo de monarca, especialmente en los de la [antigüedad](#). De hecho, la palabra latina *imperium* es la que da origen al término, aunque era empleada en la Antigua Roma como sinónimo de “[poder público](#)” o de “mando”, algo similar a “[soberanía](#)”.

## **I.7. DIARQUIA O PRINCIPADO**

Esta etapa histórica de inicia con el advenimiento de Augusto al poder y finaliza con la proclamación de Diocleciano como emperador; Es decir, del año 27 a. C. al 284 de nuestra era.

Durante este periodo el poder supremo es compartido por el senado y el príncipe o emperador.

En los órganos legislativos aparecen notables cambios: por un lado, la labor de los comicios se torna prácticamente nula, pues las convocatorias para su reunión se espacian cada vez más, al punto que casi desaparecen; mientras el senado va absorbiendo sus facultades. Por otro lado, el emperador adquiere gradualmente mayor poder hasta llegar a reunir en su persona todos los cargos públicos; en consecuencia, emite medidas legislativas que conocemos con el nombre de constituciones imperiales.

Podríamos afirmar que con Augusto el Imperio alcanza su máximo esplendor en todos los aspectos, pero, al mismo tiempo, se inicia su decadencia. En un principio, ésta no es notoria y mucho menos aceptada por los romanos; sin embargo, la declinación se refleja en la forma de vida del pueblo, así como en las medidas jurídicas que los gobernantes tomen para controlarla.

Jurídicamente será ésta la época clásica del derecho. Sus fuentes formales siguen siendo las mismas del periodo anterior, a las que se suman las ya mencionadas constituciones imperiales.

El imperio va concentrando el poder de legislar en la medida en que esta facultad le es paulatinamente cedida por el senado.

## I.8. ORGANOS POLITICOS.

### Estructura política del principado bajo

Este tipo de gobierno es el resultado de la evolución de las instituciones republicanas, adaptándolas a las provincias imperiales y su propio tesoro (*fiscus*), y los antiguos organismos con las provincias senatoriales y el *aerarium* o tesoro público. Pero en la práctica el gobierno es un protectorado, donde el príncipe ostenta todos los poderes (*auctoritas*, *maiestas* y *potestas*) y vigila a las autoridades clásicas.

El Principado fue una monarquía colegiada —a la cual sucede el Dominado que se va a caracterizar por ser una monarquía absoluta sin asociados al gobierno, a diferencia del Principado, que es una democracia autoritaria—. El Principado evolucionó notoriamente hacia una autocracia fundada en el poder militar desde Augusto hasta Diocleciano.

El Principado nació a partir de la acumulación de cargos realizada por el heredero de Julio César, César Augusto, que tras la batalla de Actium (año 31 a. C.) acumuló los poderes de tribuno de la plebe (inmunidad tribunicia y derecho a veto de las decisiones senatoriales), cónsul (gobernante supremo de Roma, comandante en jefe del ejército y promulgador de leyes) y *princeps senatus* (primer hombre del Senado). Estos cargos fueron los mismos que acumuló el propio Julio César, padre adoptivo de Augusto, durante su mandato como dictador vitalicio y que provocaron que fuera asesinado por una facción conservadora que le acusaba de querer proclamarse rey de Roma.

## I.9. CRISIS DEL SIGLO III.

En el siglo III d.C. el Imperio Romano atravesó una grave crisis que llegó incluso a fragmentarlo en tres partes. El emperador Diocleciano la resolvió temporalmente con la implantación de un sistema nuevo, la tetrarquía, pero esta fue la semilla de la desintegración definitiva del imperio.

Durante el siglo III d.C. el Imperio Romano se vio inmerso en una de las peores crisis de su historia. Casi treinta emperadores se sucedieron en el lapso de cincuenta años, proclamados y depuestos por el ejército, a veces de forma simultánea en diferentes lugares. La inflación se disparó, el comercio se paralizó y las provincias quedaron aisladas entre sí. Los impuestos no llegaban y las ciudades estaban desabastecidas de productos de primera necesidad. Roma perdió su autoridad en las provincias más lejanas, que durante unos años se independizaron de la metrópolis. Y para colmo

de males, en las fronteras los pueblos bárbaros aprovechaban esta debilidad para llevar a cabo sus incursiones.

La llamada crisis del siglo III fue un preludio de las dos que vendrían en los siglos sucesivos, causando primero la partición del imperio en dos mitades y finalmente la desintegración de la parte occidental. Diocleciano, al ser proclamado emperador en el año 284, llevó a cabo una atrevida reforma que dividía el gobierno entre varias personas, ante la imposibilidad de gestionar un imperio tan amplio desde Roma.

La crisis del siglo III fue, en cierto modo, una consecuencia de los propios éxitos romanos. Ya desde la época final de la República, Roma había entrado en un modelo de crecimiento basado en la conquista de nuevas provincias, la explotación de sus recursos y la actividad económica que generaba el proceso de romanización. Pero esta rápida expansión se detuvo durante el reinado de Adriano, al mismo tiempo que las necesidades económicas para mantener el aparato del Estado crecían. A esto había que sumar el hecho de que los emperadores, para lograr y mantener el apoyo del estamento militar, recurrían a cuantiosos “donativos” a las tropas regulares y a la guardia pretoriana.

A medida que el déficit público crecía, varios emperadores recurrieron a la devaluación de la moneda, es decir, reducir el porcentaje de metal precioso -oro o plata- que contenían, de modo que con la misma cantidad de recursos podían producir mayor cantidad de monedas. A causa de esto, a finales del siglo II empezó una espiral inflacionista que arruinó a un gran número de ciudadanos y los redujo a la servitud.

A esto se sumó finalmente la creciente inseguridad de las carreteras, puesto que el Estado carecía de recursos suficientes para costear las patrullas. Esto significaba en primer lugar que los impuestos no llegaban a Roma, pero había otra consecuencia igualmente grave: lo que mantenía unido el imperio, además de la presencia militar, era el comercio. Cuando viajar se hizo demasiado peligroso, las provincias y las ciudades empezaron a cerrarse más en sí mismas, recurriendo a una economía de autarquía debido a la dificultad de importar productos.

Esta desconexión de las provincias respecto a Roma daba alas a muchos militares y políticos ambiciosos para comprar el apoyo del ejército y hacerse proclamar emperadores, aun cuando ya hubiera uno en activo. El Imperio Romano carecía de un procedimiento de sucesión establecido puesto que el emperador en teoría era un *princeps*, un “primero entre iguales”, no un monarca: a lo largo de dos siglos los emperadores habían sido elegidos primero por parentesco, más tarde por adopción y finalmente se había vuelto al criterio de parentesco. La crisis política se

desató en el año 235 cuando el emperador Alejandro Severo fue asesinado sin un heredero natural o adoptado.

A partir de entonces se sucedieron más de treinta años en los que las legiones estacionadas en los diversos territorios proclamaban emperador a su propio comandante, sin ninguna legitimidad reconocida más allá de las provincias bajo su control: algunos de estos ni siquiera llegaron a pisar Roma, otros “reinaron” durante pocos días; hubo momentos en los que existían varios supuestos emperadores repartidos en diversos puntos del imperio y llegó a haber hasta seis en un solo año. Durante un tiempo, las provincias occidentales -Hispania, Galia y Britania- y las orientales -Egipto, Palestina, Siria y Arabia Pétreá- se independizaron completamente de Roma: las primeras formaron el Imperio Galo entre los años 260 y 274, las segundas el Imperio de Palmira entre el 270 y el 273.

## I.10. AUTOCRACIA O BAJO IMPERIO.

Una autocracia (del griego «*autokrateia*») es un sistema de gobierno que concentra el poder en una sola figura (a veces divinizada) cuyas acciones y decisiones no están sujetas ni a restricciones legales externas, ni a mecanismos regulativos de control popular (excepto quizás por la amenaza implícita de un golpe de Estado o de una insurrección en masa).<sup>1</sup> La monarquía absoluta y la dictadura son las principales formas históricas de autocracia. Desde la antigüedad, el término "autócrata" se escribe en monedas como una característica favorable del gobernante, teniendo alguna conexión con el concepto de "falta de conflictos y de intereses".

En síntesis, se encuentra definida por el poderío y supremacía de un solo individuo frente al grupo que gobierna; en este sistema el individuo tiene la potestad absoluta de regular leyes y reglamentos a conveniencia y sus seguidores atienden a sus órdenes con ciego fanatismo.

Durante todo el periodo se dieron incontables levantamientos y guerras civiles así como invasiones de los pueblos bárbaros.

En el año 330 el emperador Constantino trasladó la capital del Imperio a la pequeña ciudad de Bizancio, a la que rebautizó como Constantinopla y que se encuentra entre Europa y Asia Menor, en el estrecho del Bósforo y hoy en día se la conoce como Estambul. Constantino fue el primer emperador romano en convertirse al cristianismo.

En el año 395 Teodosio I dividió el Imperio entre sus dos hijos, dándole a Honorio lo que se llamaría Imperio de Occidente, cuya capital era la ciudad de Ravena, al norte de Italia, y a su hijo Arcadio el llamado Imperio de Oriente, con Constantinopla por capital.

En 410 Roma fue saqueada por el rey bárbaro Alarico y el Imperio Occidental desapareció pocos años después.

Por lo que a la historia del derecho se refiere, es este un periodo de decadencia y corresponde a la fase denominada posclásica, cuyos juristas se dedicaron más a compilar la producción jurídica de las etapas anteriores que a una labor creativa.

Desde la implantación del Imperio Absoluto, el emperador se arrogó los supremos poderes, tanto legislativos como jurisdiccionales, eclipsándose no sólo la jurisprudencia sino las otras fuentes de creación del derecho, y las Constituciones imperiales se convirtieron en la expresión de la voluntad imperatoris, siendo por tanto el emperador la única autoridad capaz de dictar normas.

A la falta de una uniformidad legislativa, ya que las leyes cambiaban según la voluntad de los distintos gobernantes, debemos sumar la profusión de todos ellos en la expedición de Constituciones imperiales, lo que ocasionó, además de la decadencia jurídica, la anarquía legislativa, por lo cual fue necesario la realización de trabajos encaminados a ordenar, sistematizar y adecuar, las distintas Constituciones dictadas por los diferentes emperadores y así, por ejemplo, ya en la época de Marco Aurelio, 161 a 180, se publicó por el jurista Papirio Justo su obra *Libri XX Constitutionum*, que dio inicio a un amplio trabajo de recopilación, parecido a una codificación, que en un principio obedeció sólo a intereses privados, pero que llegó a convertirse en una necesidad oficial y definitiva con Justiniano.

Estas recopilaciones se designan con el nombre de *codex* o *códices*; esto es, colección de Constituciones imperiales, como el *Codex Gregorianus*, el *Codex Hermogenianus* y el *Codex Theodosianus*.

El primero de ellos, de cuyo autor Gregorio prácticamente no sabemos nada, fue publicado en Oriente en la época de Diocleciano; está compuesto de 14 libros y éstos a su vez divididos en títulos, ordenados cronológicamente, conteniendo Constituciones emitidas desde el siglo anterior, esto es desde Septimio Severo.

El Código Hermogeniano, redactado por un jurista de nombre Hermógenes, está dividido únicamente en títulos y contiene 38 Constituciones, la mayor parte de ellas del emperador Diocleciano.

El Código Teodosiano fue la primera codificación de carácter oficial, data de principios del siglo V y la ordenó Teodosio II, emperador de Oriente, siguiendo el modelo de los códigos mencionados

en párrafos anteriores; consta de 16 libros, subdivididos en títulos, en los cuales las materias de que se trata siguen un orden cronológico.

Con posterioridad a esta publicación aparecerían primero las llamadas Novelas Teodosianas, que modificaron algunos aspectos de determinadas instituciones, como la materia matrimonial y la testamentaria. Posteriormente, tenemos las Novelas Posteodosianas, que reunieron Constituciones de los siguientes emperadores tanto de Oriente como de Occidente.

Al lado de las obras mencionadas es indispensable señalar que en el año 426 se publicó una colección de jurisprudencia clásica compuesta por opiniones de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino que lleva el título de Ley de Citas, y apareció al lado del Código Teodosiano, en ella se da vigencia a las opiniones de los autores mencionados.

Por último, tenemos que señalar otras tres colecciones de autores desconocidos que contienen opiniones de los juristas clásicos como Papiniano,

Paulo, Ulpiano y Modestino, fundamentalmente y que son: la *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum*, y la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*.

A la caída del Imperio de Occidente, en 476, sus antiguos territorios fueron ocupados por tribus bárbaras, creándose nuevos reinos, como el de los ostrogodos, el de los visigodos y el de los borgoñones. Estos conquistadores, como sucede en muchas ocasiones, fueron conquistados intelectualmente por los vencidos a quienes respetaron.

Antes de llegar a una verdadera y total fusión, en sus costumbres legales y en su organización judicial, apareció lo que se conoce como principio de personalidad en la aplicación del derecho, que consistió en aplicar sistemas jurídicos diferentes a las personas que residían en el mismo territorio, esto es, derecho germánico para los conquistadores y las llamadas leyes romano-bárbaras, por lo que se refiere a los antiguos pobladores.

Con la muerte del emperador Justiniano en 565 termina virtualmente la etapa de creación del derecho romano, pues aunque oficialmente siguió vigente en todos los territorios que integraban el Imperio Bizantino, hasta su caída en 1453, la obra del emperador fue objeto de innumerables comentarios y traducciones al griego, ya que esta cultura bizantina era más greco-oriental, que romana; basta señalar que el idioma oficial era el griego y no el latín. Al propio Digesto de Justiniano, ya sabemos que se le conoce con el nombre griego de *Pandectas*.

## **I.II. CONSTITUCION DEL IMPERIO BIZANTINO.**

A la muerte de Justiniano en el año 565 se redujo la producción de Constituciones imperiales y la reconquista de Occidente no sólo terminaría sino que el derrumbe de las conquistas logradas bajo su reinado, cobró mayor ímpetu, el mundo bizantino de Justiniano se acercó cada vez más a la cultura griega, mientras el Occidente iba cediendo al embate de los pueblos germánicos. Bizancio se fue aislando y apareció su propia forma de vida y un mundo cada vez más distante de lo que había sido el gran Imperio Romano, aunque la idea del imperio y del emperador no perdió arraigo. El mundo bizantino, posterior a Justiniano, se puede caracterizar por una pobre objetividad intelectual y por la actividad de la Iglesia bizantina que también siguió un rumbo distinto de la iglesia católica romana.

En el siglo VIII el emperador bizantino León III el Isáurico, publicó una obra jurídica conocida con el nombre de *Ecloga Legum*. Un siglo después Basilio el Macedonio, pretendió fusionar las diversas obras de Justiniano en una sola, labor que fue llevada a cabo por su hijo León el Filósofo y que conocemos con el nombre de *Basílicos*.

Por último en 1345 aparece un manual jurídico que conocemos con el nombre *Hexabiblos* de Constantino Hermenópulo; cerrándose así la vida jurídica de Roma en lo que quedaba de lo que había sido el gran imperio de los césares.

La llamada Edad Media que abarca un periodo comprendido entre la caída del Imperio Romano de Occidente en 476 y la del Imperio Romano de Oriente en 1453, esto es un milenio, va como se ha dicho “desde una caída hasta otra” y cuya función histórica fue la de crear Europa, la cual es el producto de la compenetración de lo nórdico-germánico y el mundo mediterráneo; esto es la aportación filosófica griega, la aportación jurídica romana y la aportación religiosa judía a través del cristianismo, el cual, a la caída del Imperio de Occidente ya era la religión oficial en él.

Esta amalgama histórica se dio en todos los aspectos, desde el lingüístico, hasta el jurídico, como ejemplo tenemos al Código de Eurico, derecho visigodo, y al *Edictum Regis Rotharis*, derecho longobardo.

En los primeros cinco siglos de la Edad Media los nuevos gobernantes adoptaron el sistema jurídico al que se le puede dar el nombre de personalidad en la aplicación del derecho aunque sobre ello hay divergencia en cuanto a la tal personalidad, cuando menos en relación con algunas de estas normas jurídicas, pues mientras el historiador jurídico, García-Gallo sostiene que en el Código de Eurico y otros ordenamientos, no se contempla este fenómeno ya que se aplicó indiscriminadamente a todos los habitantes, Álvaro D’Ors, considera que se aplicaron a los de origen germano y no romano.

Las leyes romano-bárbaras más importantes son: el Edicto de Teodorico, la Ley Romana de los Visigodos y la Ley Romana de los Borgoñones, como ya se había mencionado con anterioridad.

La recepción del derecho romano en la Europa Occidental

La recepción del derecho romano en Occidente se fue haciendo en las universidades medievales, según se iban descubriendo los distintos manuscritos de la obra justiniana.

En un principio las obras con que trabajaron los investigadores no estaban tan completas como las conocemos en la actualidad ya que las citas en griego que aparecían en ellas eran automáticamente suprimidas, y de las Novelas de Justiniano sólo parte de ellas eran utilizadas, por ser las únicas consideradas auténticas; en otras palabras, el Corpus iuris con que fueron trabajando estos primeros investigadores estaba mucho de ser la labor jurídica realizada por los juristas justinianos.

## **I.12. SISTEMA FEUDAL.**

La palabra feudalismo tiene su origen en el término feudo. Un feudo no era más que el territorio que los nobles recibían de los reyes, como pago por sus servicios, durante la Edad Media. Por tanto, esta práctica puede señalarse como una de las bases sobre las que se configuraría el feudalismo.

El origen del feudalismo se sitúa en el momento en que se desintegró el Imperio carolingio en el siglo IX. En tal situación, los monarcas comenzaron a tener serias dificultades para defender sus posesiones. Ello condujo a que los reyes que reinaron tras la caída del Imperio carolingio se viesen

obligados a buscar el apoyo de nobles, especialmente condes y marqueses, a cambio de ceder parte del poder regio, así como tierras en los que tendrían un poder casi absoluto: los feudos.

Durante estos momentos, se puede detectar como se produce una crisis de poder y se expande la sensación de inseguridad. De forma paralela, el comercio y la industria entran en una grave crisis y la economía pasa a ser, básicamente, de subsistencia. La posesión de tierras pasa a convertirse en el elemento clave para determinar el poder que cada individuo ostenta.

Entre las principales características que podemos destacar algunas que nos ayudarán a entender en qué consiste el feudalismo:

- División social, con fuerte jerarquización, en dos estamentos: Señores (privilegiados) y vasallos (no privilegiados). Entre los señores se encontraban nobles y clero. El pueblo llano conformaba el

estamento no privilegiado. Es decir, la población que producía y pagaba impuestos a los señores, a cambio de, teóricamente, protección física y espiritual.

- Desaparición de un poder central y expansión de feudos que asumían funciones estatales: Legislación, impuestos y justicia.
- La lealtad del vasallaje configuró un sistema de dependencia personal entre individuos: Esta lealtad personal sustituyó a lazos basados en estados o estructuras políticas territoriales.
- La vida rural se intensificó: Gracias al papel preponderante de las tierras en la economía. Consecuentemente, el mundo urbano quedó reducido a su mínima expresión, en un proceso de desurbanización que se inició en los últimos tiempos del Imperio romano.
- La Iglesia Católica se consolidó como un actor de primer orden política, social, económica y culturalmente: Con un importante poder terrenal, basado en sus posesiones territoriales y en el prestigio adquirido.

#### **Las consecuencias del feudalismo se describen a continuación:**

- Economía rural: La expansión económica pasó a un segundo plano y las grandes civilizaciones dejaron de desarrollarse al mismo ritmo. La gran parte de la actividad económica que se realizaba era en el campo y bajo la supervisión de las clases sociales privilegiadas.
- Desaparición del libre comercio: El libre comercio desapareció y el excedente de producción brilló por su ausencia. Los incentivos económicos eran escasos y las leyes obligaban a las clases sociales bajas a servir a las privilegiadas.
- Protección privada: Una de las consecuencias más destacadas del feudalismo, fue la ausencia de un ejército robusto. Eran los señores los que se encargaban de proteger a los vasallos, a cambio de la renta feudal.
- Creación de comunidades localizadas: En línea con la seguridad y la actividad rural, se crearon muchas comunidades localizadas. Ya no había que proteger un gran imperio, sino una parte de tierra que se trabajaba para vivir.

#### **El feudalismo europeo en la Edad Media**

La economía feudal poseía un carácter mayoritariamente agrícola. Ello resultaba lógico en un contexto de intensificación de la vida rural, basado en las relaciones de vasallaje y de servidumbre.

Tras la caída del Imperio romano, que se sustentaba sobre una importante red urbana, se frenó el desarrollo económico. Sin embargo, a partir del siglo X comenzaría un proceso de innovación en la tecnología agrícola, que se intensificaría a partir del siglo XII.

A modo de resumen, los principales avances que podemos destacar son:

- La mejora de los molinos de agua. En la Península Ibérica, bajo dominio musulmán, se perfeccionaron las técnicas de irrigación, con extensas redes de acequias.
- También se mejoraron los métodos de enganche para los animales, lo que facilitó el cultivo. El barbecho se extendió por el centro de Europa, lo que permitió, mediante la rotación del suelo, una mayor eficiencia en la producción agrícola.

Estos avances que, poco a poco, se desarrollaron y expandieron por Europa, significaron un aumento de la producción. Con ello, se pusieron las bases para que se produjese un aumento demográfico, parejo a una producción cada vez mayor.

### **Los avances del feudalismo en Europa**

De forma paralela, se instauró una cierta libertad, dado que los siervos, cada vez menos, se veían obligados a trabajar las tierras de los señores de forma permanente. Y, cada vez más, estas prestaciones pasan a ser aportaciones al señor en dinero, en especie o en oro y plata. Al mismo tiempo, proliferan los arrendamientos de tierras, que son trabajadas por los campesinos para ellos mismos, a cambio de una renta.

El aumento de producción, que generó un excedente, y una cierta libertad por parte de los siervos, permitieron el desarrollo de un mercado incipiente y arcaico. No obstante, con el paso del tiempo

este hecho permitiría un nuevo renacer urbano que, a partir del siglo XIV, comenzaría a alumbrar el nacimiento de una nueva época: el Renacimiento.

### **Crisis y fin del feudalismo**

La crisis del feudalismo comienza a partir del siglo XIII y avanza paulatinamente hasta el siglo XV, fecha del fin del feudalismo.

El siglo XIII, fue un momento en el que las técnicas agrícolas alcanzaron un nivel de desarrollo significativo. Gracias a esto, el excedente fue cada vez mayor, lo que permitió que se dieran cambios profundos en la organización de la sociedad.

Es decir, que el punto de partida de la decadencia del feudalismo, fue el desarrollo de técnicas cada vez más productivas por parte de los campesinos y las clases sociales no privilegiadas.

Al mismo tiempo, los artesanos se consolidaron y la cooperación entre ellos, les permitió mejorar sus posibilidades de crecimiento a largo plazo.

Sin embargo, no sería hasta el siglo XIV cuando la peste negra, un descontento generalizado, las guerras continuas y un clima cambiante hicieron estragos en la población.

- La peste negra se cobró la vida de un porcentaje superior al 30% de la población de aquel entonces. Aquello provocó también que la religión entrara en crisis y muchas personas se cuestionaran sus creencias.
- A pesar de que las técnicas de cultivo habían mejorado mucho, la ambición de los señores por expandirse y crecer, dieron lugar a tierras progresivamente menos fértiles. Lo que, junto al crecimiento demográfico y el mal clima, provocó que la producción fuera insuficiente.
- Por último, los dos puntos anteriores generaron un clima de descontento social que puso fin al feudalismo y dio origen a la sociedad capitalista.

Por tanto, se puede afirmar que el feudalismo fue diverso. En cada territorio revistió unas particularidades concretas. Al mismo tiempo, no se mantuvo inmutable, sino que sufrió cambios importantes, según se desarrollaban nuevas técnicas, formas de producción y nuevos mercados.

## UNIDAD II.

### FUENTES FORMALES DEL DERECHO ROMANO.

#### 2.1 CONCEPTO DE FUENTE Y CLASIFICACION.

Fuentes del Derecho. Se entiende por éstas al estudio de los orígenes material (el contenido) y formal (el continente) de las normas jurídicas.

La Norma jurídica, debe entenderse como una regla coercible de la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Compuesta de dos elementos estructurales: un supuesto (que es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias), y unas consecuencias (las cuales consisten en constitución, modificación o extinción de derechos y obligaciones).

Norma Jurídica es una regla que expresa un deber ser coactivo, es decir, que confiere a cierto acto, el carácter de acto jurídico (o antijurídico). Carlos Cossio aseguró que las normas no se refieren al “Ser”, sino al “Deber ser”.

## **CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO: Reales o materiales y formales.**

Fuentes Reales o Materiales conforman el conjunto de hechos sociales que determinan la materia o el contenido de las normas jurídicas.

Fuentes Formales son las formas necesarias y predeterminadas que deben revestir las normas jurídicas para ser tales. Son los procesos por los cuales se crean las normas

Según la clasificación que hace el jurisconsulto Gayo, las fuentes del derecho en Roma fueron seis: *Las Leyes*, *Los Plebiscitos*, *Los Senadoconsultos*, *Las Constituciones Imperiales*, *Los Edictos* y *Las Respuestas de Los Prudentes*. Omite *La Costumbre* porque en su época aquella se identificaba con el derecho civil o derecho privado. De ahí que se considere que las fuentes del Derecho Romano sean siete y no seis como lo esboza Gayo.

En la concepción moderna se tiene que las fuentes formales del derecho son: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo y, la sentencia de tutela debidamente ejecutoriada.

## **2.2. LA COSTUMBRE Y EL DERECHO ANTEDECENVIRAL.**

Una y otro eran lo mismo. Era un derecho preferentemente no escrito, propio del *quirite* y como ya se indicó era estricto. La costumbre, junto con la jurisprudencia, se constituyó en la única fuente formal del derecho monárquico y durante unos sesenta años del republicano.

Elementos Estructurales de la Costumbre. Según la dogmática jurídica contemporánea, la costumbre se compone de dos elementos: uno material, objetivo, externo o corporal (una conducta) que aparece primero en el tiempo, y otro formal, subjetivo, interno o espiritual (una convicción de obligatoriedad coercible), que aparece después.

Costumbre es la observancia repetida, constante e inveterada (conciencia social) de una regla de conducta, efectuada por la generalidad de los miembros de un conglomerado social con la convicción de su obligatoriedad coercible y de su correspondencia con una necesidad socio-jurídica reconocida como tal por ese mismo conglomerado. (*Inveterata consuetudo et opinio iuris sive necessitatis*. Conducta inveterada que genera convicción de obligatoriedad coercible). En términos simples, costumbre es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica.

El antecedente de la costumbre es la voluntad popular espontáneamente expresada a través de cierto tiempo. No interviene en su elaboración la autoridad, ni está establecida en códigos o recopilaciones legales, pero puede, sin embargo, redactarse y ordenarse, sin que por ello desaparezca su carácter no escrito.

Para que se dé el elemento objetivo o material de la costumbre deben existir cuatro requisitos:

Una determinada conducta (uso, hábito, práctica).

Reiteración de esa conducta por la generalidad de las personas que estén en posibilidad de observarla (consenso general).

Reiteración de la conducta por un largo periodo de tiempo (costumbres de los antepasados, costumbre de vieja data, inveteradas, antiguas). El tiempo es el factor determinante.

Reiteración del hábito de una manera constante, no interrumpida por la conducta contraria. Estos elementos son comunes al Derecho Romano y al actual.

En cuanto al elemento formal o subjetivo, está representado por el convencimiento de que tiene fuerza obligatoria porque obedece a una necesidad jurídica. Hay que destacar la enorme diferencia entre la concepción nuestra y la del Derecho Romano Monárquico. Radica ésta en la convicción de que en ciertas circunstancias una conducta era obligatoria, es decir, que en caso de la norma ser infringida, se justificaba una reacción social de tipo compulsivo tendiente a sancionar al agresor. Esta reacción se justificaba no solo por razones jurídicas -como en nuestro caso-, sino por razones religiosas, pues las costumbres estaban dotadas de una ambivalencia religioso-jurídica, ya que habían sido creadas por los antepasados, los cuales después de la muerte eran deificados (de cierta manera divinizados y se tenía prohibido transgredir lo venido de dios). Fue así como la validez del ordenamiento consuetudinario antedecencenviral se encontró en un imperativo religioso y no en una escueta necesidad jurídica respaldada por la organización coactiva del Estado. Para que se dé el elemento formal, es menester que la costumbre sea considerada vinculatoria y observada como si fuera una ley.

**Funciones de la costumbre.** En el Derecho Romano son dos las funciones de la costumbre: Crear (*consuetudo*: es fuente formal porque crea, origina, hace nacer) y Derogar (*desuetudo*: no es fuente formal porque deroga, termina, acaba) el derecho. La derogatoria de costumbre se daba por el no uso continuado.

**Valor de la Costumbre.** En la época actual, en Colombia, la principal incidencia de la costumbre se da en el derecho comercial. Lo anterior porque tienen gran importancia jurídica los usos de los comerciantes y las costumbres locales, los cuales por su variedad, resulta casi imposible que puedan enmarcarse en la ley.

En el derecho civil no puede recurrirse a la costumbre sino en los casos determinados por la ley, que son en general, de limitada importancia. En el derecho penal ella no es admitida porque impera el principio de “que no puede haber delito ni pena sin ley que la determine previamente”. Tal afirmación tiene como fin proteger a los individuos contra la arbitrariedad. En derecho procesal tampoco es admitida ya que las normas del derecho objetivo son de carácter público. Para el derecho internacional público es una fuente principal. El estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la señala al enumerar las disposiciones aplicables a las controversias internacionales. En el derecho anglosajón (common law), la costumbre tiene gran importancia siempre que se acredite que es cierta, continuada, razonable e inmemorial. En los ordenamientos jurídicos de origen romano el valor de la costumbre es desigual en las distintas ramas del poder, como ya se ha señalado. (Ver Código civil colombiano, art. 8).

**Costumbre y Legislación.** Respecto a la legislación, la costumbre puede contraerse en tres situaciones: *Secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*, esto es: según o dentro de la ley, fuera de la ley y contra la ley. Costumbre contra la ley es aquella que se encuentra en oposición a normas legales que imponen una conducta distinta. Costumbre según la ley, es aquella a la cual ésta se remite y adquiere eficacia por la sanción jurídica que ella le presta. Generalmente, esta costumbre sirve de antecedente para la expedición de una ley, de manera que después de promulgada la ley, es útil para lograr una acertada interpretación de ella, cuando su aplicación se presta a confusiones.

**La Costumbre supletoria, fuera o en el vacío de la ley**, completa el derecho escrito sin contradecirlo. No existe en este caso oposición entre la ley y la costumbre, porque ella regula una situación no prevista ni sancionada en aquella y su valor ha sido tradicionalmente admitido.

**La ley tiene supremacía sobre la costumbre.**

LA JURISPRUDENCIA. (*Ius Prudentia*). Se considera como un fenómeno típicamente romano que no encuentra paralelo adecuado en el derecho moderno. Lo anterior por los siguientes motivos: la jurisprudencia romana era fundamentalmente práctica, por que se basaba en la casuística tradicional, porque venia de los ancestros y la tradición popular era para la solución de problemas del pueblo y creadora crea derecho. De estas características se destaca que es fundamentalmente creadora.

Hoy, se tiene por jurisprudencia el conjunto de decisiones de los tribunales. Jurisprudencia: interpretación de la ley por los tribunales. En este sentido se dice que la jurisprudencia es fuente de derecho. Es también el conjunto de sentencias judiciales que deciden un mismo punto. Si las decisiones se pronuncian en un mismo sentido, se habla de jurisprudencia uniforme, si las decisiones sobre una misma cuestión están en contravía, tenemos una jurisprudencia contradictoria.

LEGISLACION. (Conjunto de leyes y disposiciones que afectan a un ramo u orden de materias". Al congreso corresponde hacer las leyes, según el artículo 150 de la *Constitución Política de Colombia 1991*) Se entiende por ésta, el proceso por el cual se crea la norma jurídica llamada ley. Ella es el resultado de un proceso legislativo.

Etimológicamente, la palabra Ley presenta según los autores diversos orígenes. Cicerón la hace derivar del verbo latino *legere* que significa leer, expresión que viene de la costumbre romana de gravar las leyes en tablas y exponer estas al pueblo para que las leyera y conociera. Para San Agustín, deriva del vocablo *deligere* que significa elegir, por cuanto la ley indica el camino que hay que seguir en nuestra vida. Santo Tomás de Aquino la recaba en el verbo latino *ligare* que significa ligar, obligar, por cuanto la ley liga la voluntad a algo, obligando a seguir determinada dirección.

Por oposición a la costumbre, la ley es preferentemente escrita, y su creador no es el instinto religioso-jurídico de la comunidad sino el órgano estatal llamado pueblo. En la época de la república y en los inicios del principado, las leyes eran en Roma fundamentalmente populares, porque el pueblo las creaba votándolas en las asambleas, a propuesta del cónsul, pretor o dictador. Esta fuente formal del Derecho Romano, se desarrolló primordialmente en el régimen democrático en el que el papel del pueblo fue preponderante. El pueblo, junto con las magistraturas y el senado, conformaba los pilares sobre los cuales descansaba la constitución política republicana. De la democracia siempre se ha predicado a través de la historia, que es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Se entiende por *Lex comitialis* o *Lex publica* (ley comicial o ley pública), cualquier decisión que tenga contenido normativo, tomada por el pueblo reunido en los comicios, a propuesta del magistrado rogante y sancionada por el senado. (Ver *Código civil colombiano*, artículo 4, y artículo 150, inciso 1 de la *Constitución política de Colombia 1991*). La ley en Roma, como ahora, era una manifestación de la voluntad popular, solo que en Roma se hacía de manera directa y ahora se hace a través de los representantes populares asentados en el congreso de la república a quienes el pueblo ha dado la facultad de hacer la ley.

Santo Tomás de Aquino hizo una definición de ley, que magistralmente concebida, nos permite extractar sus elementos esenciales: “La ley es una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”. Se distinguen aquí: Una ordenación racional, o sea una prescripción de la razón práctica del que la dicta con autoridad; en orden al bien común, es decir, al bien de la sociedad y de las personas que la integran, el cual puede ser de naturaleza espiritual o material. Esto no quiere decir que los actos particulares no puedan ser objeto de ley siempre que sean referidos al bien común; ellos en sí mismos son particulares, pero participan del bien común en cuanto están subordinados a él; sancionada por el que tiene autoridad, ya sea la misma comunidad o aquél que legítimamente haga sus veces; promulgada debidamente, para que sus destinatarios la conozcan y así la ley adquiera su vigor.

### **La ley tiene dos elementos: Uno formal y otro material.**

El elemento formal de la ley hace referencia a su gestación, y se refiere a su iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación, realizadas en la forma establecida por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado. Si se omite alguno de los trámites prescritos o se incurre en algún vicio de procedimiento, la ley carece de validez por el elemento formal.

El elemento material de la ley hace relación a su contenido jurídico y se refiere a que ella contenga normas jurídicas que sean permanentes, generales y abstractas. Si las normas no tienen naturaleza jurídica, esto es cuando expresan máximas morales o declaración de principios meramente doctrinales, o hacen exposición de motivos o promesas de leyes futuras, o su contenido es irracional, injusto o atentatorio contra el bien común, se dice que carece de elemento material. También carece de éste cuando no es permanente, (leyes transitorias) o cuando no es general (como las que regulan una relación individual o se refieren a una persona determinada), o cuando no es abstracta (las que hacen relación a una situación de excepción).

Las leyes se pueden definir según su origen, como un conjunto de normas jurídicas, de observancia general, emanadas de las autoridades del Estado, de acuerdo con un determinado procedimiento preestablecido. Según su contenido, en sentido material, como un conjunto de normas jurídicas permanentes, generales y abstractas. En su sentido formal, tiene espíritu de ley aquella norma, que para su creación, ha exigido el seguimiento de todos y cada uno de los pasos de formación, establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

En el derecho moderno se conoce como iniciativa legislativa, al derecho subjetivo de presentar proyectos de ley a la consideración del pueblo. En Roma se llamó *ius agendi cum populo*. Allí tenían tal facultad, los tres magistrados superiores: el Cónsul, el Pretor y el Dictador (iniciativa legislativa

mínima). En Grecia, la tenía cualquier ciudadano (iniciativa legislativa máxima). En nuestro país la tienen los Congresistas, el Gobierno Nacional, determinadas entidades públicas y un cierto número de ciudadanos (iniciativa legislativa media).

En Roma, el proceso legislativo tuvo cuatro fases: la promulgatio, las contiones, los comicios y la sanción.

La *promulgatio* consistía en que el magistrado dotado del *ius agendi cum populo* (iniciativa legislativa mínima), publicaba, mediante una proclama y la grabación en unas tablas, el texto del proyecto de ley para que todo el pueblo lo conociera. También señalaba fecha, lugar y hora de la reunión para aprobarlo o improbarlo y la forma como se efectuarían las asambleas del pueblo o comicios.

Por *contiones* ha de entenderse la facultad que, ante los comicios, tenía cualquier magistrado de reunirse con el pueblo en asambleas informales, de carácter político, para discutir la conveniencia o inconveniencia del proyecto.

Las *contiones*, debates o deliberaciones, no eran un requisito imprescindible en el proceso legislativo. Por ello podían ser omitidos.

En el orden del día había dos puntos esenciales: el *auspicium* y la *rogatio*. Con el primero se solicitaba la venia de los dioses, y en la segunda, una vez leído el proyecto de ley, el magistrado hacía una pregunta al pueblo (por eso se llamaba *rogatio*), en el sentido de si lo aprobaba (*ius rogas*) o lo rechazaba (*antiquor*). El pueblo respondía votando. En un principio, en Roma se votaba a viva voz, pero a partir del año 131 a.C., el voto (*suffragium*) se hizo secreto y por escrito. El pueblo aprobaba o rechazaba pero carecía de la facultad de modificar el proyecto.

Si el pueblo aprobaba el proyecto, para su validez debía ser aprobado o sancionado por el senado (*auctoritas patrum*). Agotado el proceso legislativo, la ley se grababa en tablas (de madera o bronce) y se colocaba en distintos lugares de Roma.

La ley que cumplía el proceso de formación mencionado, se conocía como *Lex rogata* (ley preguntada). Si era ley o norma que el legislador hacía sin la intervención del pueblo, se conocía como *Lex data*. Ejemplos de ésta fueron los estatutos provinciales y las ordenanzas de las colonias y municipios, así como las resoluciones que concedían la ciudadanía a los extranjeros.

Esta fuente, la ley o legislación, no constituían dentro de Roma una fuente de derecho importante, excepto por la ley de las *Doce Tablas*. Son poquísimas las leyes republicanas que se conocen, unas

treinta. En el derecho moderno la ley es la fuente preeminente y hegemónica tanto para el derecho público como para el derecho privado.

EL PLEBISCITO es otra fuente formal del Derecho Romano. De los escritos de Gayo, se infiere que el Plebiscito era una decisión tomada por la plebe solo para asuntos de su incumbencia. No es un acto del Estado ni de todo el pueblo, sino de una parte del mismo: los Plebeyos.

**EDICTO DE LOS PRETORES.** Al convertirse Roma en el Imperio que fue, la regulación de las relaciones fue insuficiente con la costumbre, la jurisprudencia y los plebiscitos. Había una creciente actividad política y mercantil, además de que por las conquistas, los esclavos eran ahora contados por cientos de miles y esto implicaba una serie de relaciones de todo tipo, para las cuales la legislación existente era insuficiente. Nació pues otra fuente de derecho: los edictos.

EL SENADOCONSULTO: Fuente Formal de Derecho Romano.

Durante todo el régimen monárquico y parte de la república, el senado fue un mero consejo asesor o deliberatorio del rey y del magistrado supremo, llamado a emitir opiniones denominadas senadoconsultos. Ellos no vinculaban a sus destinatarios.

Debido a los cambios económico-sociales de la urbe, el senado se convirtió, gracias a las magistraturas, en el organismo institucional más elevado e influyente. Tenía una función rectora en materia de relaciones exteriores, conducción de la guerra, política económica, financiera, monetaria, y de gobierno de Roma y las provincias. Por lo tanto, los senadoconsultos, dirigidos a regular las materias enumeradas, eran fuente de derecho.

**CONSTITUCIONES IMPERIALES.** De manera genérica, se llamó así a los actos del príncipe, pero solo en el caso de que adquirieran carácter normativo y eficacia general de una manera consuetudinaria. Eran actos más políticos que jurídicos, tales como el prestigio y la supremacía que asumía el príncipe en la vida pública.

Para la decadencia del Imperio, las constituciones imperiales se constituyeron casi en la única fuente de derecho. Gayo enseña que las constituciones imperiales hacían las veces de leyes. Ulpiano hace saber que lo que el príncipe decía tenía fuerza de ley

Durante la época del Dominado o Bajo el Imperio de Constantino, las constituciones fueron llamadas leyes.

**Clases de constituciones imperiales:** los edictos, los mandatos, los decretos, las epístolas y los rescriptos.

Por su función y contenido, había constituciones imperiales de carácter general y abstracto: los edictos y los mandatos; y de carácter específico y concreto: los decretos, las epístolas y los rescriptos.

Los edictos (*edicta*) eran normas generales creadas por el emperador en virtud del *ius edicendi* (facultad de crear normas generales o relativas a casos concretos), de la cual estaba dotado como cualquier otro magistrado de la república.

Los mandatos (*mandata*) eran órdenes de servicio o instrucciones que el emperador daba a los funcionarios de la administración pública.

Los decretos (*decreta*) eran sentencias pronunciadas por el príncipe como supremo magistrado jurisdiccional del Estado, fuera en primera instancia o en apelación. Las epístolas y los rescriptos, tenían en común el ser decisiones que el emperador emitía por escrito, para resolver una cuestión de derecho en una situación objeto de controversia. Las primeras epístolas fueron cartas escritas por el emperador, preparadas por la secretaria *ab epistulis*, en respuesta a una consulta de un funcionario público. Los rescriptos en cambio, fueron las respuestas dadas por el soberano a solicitudes de los particulares, elaboradas por la secretaria *a libellis*.

## 2.3. FUENTES DE PRODUCCION.

Son aquellos documentos que sirven de base para elaborar las normas jurídicas y están compuestos principalmente por el Derecho no Escrito, consuetudinario, y el derecho escrito. Hace especial referencia a los hechos o actos jurídicos que tienen como función la creación, reforma, anulación o derogación de los preceptos o leyes contenidos en un reglamento jurídico. Principio teórico que identifica a la ley, a las regulaciones o a la costumbre como fuentes de producción del derecho.

Cuando los jurisconsultos emplean la expresión “fuentes del Derecho” sin ninguna otra descripción, por lo general están refiriéndose a las fuentes de producción del **Derecho**. En tal sentido, las fuentes del Derecho son los distintos procedimientos a los que un sistema jurídico asigna la facultad de elaborar leyes o reglamentos, donde la producción de normas, en ocasiones tiende a confundirse con las fuentes de conocimiento. Ahora bien, al definir la costumbre, la diferencia entre fuentes de conocimiento y fuentes de producción ha resultado menos compleja de entender, pues el Derecho escrito es producido mediante textos legales cuya divulgación es normalmente un requisito

indispensable para que entren en vigencia y puedan ser cumplidos. En definitiva, la interpretación de la expresión “fuentes del Derecho” mayormente aceptada por los principios del Derecho, es la que se conoce como fuentes de producción.

En el proceso de producción de las leyes o normativas se deben distinguir por lo menos cuatro aspectos fundamentales:

- **La potestad normativa prescriptiva:** es la facultad que reposa en cualquier sistema jurídico básico, un tipo de estructura que existe siempre y cuando los miembros que la constituyen acepten someterse a su “**jurisdicción**” y seguir sus lineamientos, dejando de lado sus propios criterios sobre lo que la ley debería prescribir. Es la autoridad facultada de poder para crear preceptos legales.
- **La sesión o acto legal de contenido prescriptivo:** es una asamblea que se basa en la implementación de reglamentos o normas en cualquier grupo u organización social. Es el procedimiento más moderno del derecho, que además, otorga fuerza de ley a las regulaciones emitidas por los órganos del Estado, principalmente a las prescritas por los órganos legislativos y que implementan como ley las decisiones de una determinada clase social que anhela el poder.
- **Los preceptos normativos:** que resultan del acto legal, que no es otra cosa que un conjunto de artículos legales. Se puede decir que, comprende documentos como normativas, regulaciones, estatutos técnicos, códigos de hábitos y ordenanzas. Las especificaciones que identifican y describen a los documentos normativos, se definen relacionando el tipo de documento y su contenido como una sola unidad.
- **La norma jurídica:** en un sentido riguroso y preciso, es la aprobación del contenido prescriptivo de los preceptos legales después de ser analizados e interpretados, proceso mediante el cual también es factible obtener distintas acepciones desde una disposición normativa análoga, por lo que puede comprenderse que, cada uno de los preceptos contienen varias disposiciones jurídicas.

**Los elementos principales de las fuentes de producción del derecho romano son:** la potestad o autoridad y el acto normativo, que constituyen el proceso intrínseco de elaboración de cada norma, mientras que los preceptos normativos y las reglas constituyen el producto. La autoridad normativa y los distintos procedimientos, son los elementos primordiales que se requieren para que se produzca y promulgue de forma efectiva un texto normativo legal, que a su vez se clasificará en normas, artículos o disposiciones, etc.

Es importante mencionar que, a través el tiempo se ha logrado establecer varias clases de fuentes de producción, las que han sido agrupadas según los diferentes juicios taxonómicos. En tal sentido,

es fácil encontrar entre las clasificaciones de mayor importancia: las fuentes escritas y no escritas, las llamadas fuentes-hecho y fuentes-acto, igualmente las fuentes legales y las históricas fuentes extraordinem. El complejo dilema sobre estas fuentes, es sin duda una constante que ha ido trascendiendo en la Historia del Derecho, debido a que las fuentes productivas sólo son un sencillo manifiesto de la verdadera significación que posee su estructura legal, la misma que una sociedad otorga mediante sus diversos poderes sociales a la hora de producir reglamentos legales.

La producción jurídica, está igualmente controlada por normas que regulan su actividad productiva y se ocupan de designar:

- Los organismos o individuos facultados u autorizados para producir las normas.
- El proceso que establece las pautas que debe respetar el organismo competente, al cual ha sido atribuido la facultad productiva.
- Los lineamientos de contenido que deben ser controlados a través de regulaciones específicas, o sea mediante normas que presiden el ámbito legal en que puede desarrollarse una competencia normativa.

## 2.4. COSTUMBRE.

La costumbre en el Derecho romano, también denominada *ius non scriptum* es considerada la fuente de derecho más antigua, por tanto, la primera en existir. A todos los conceptos de orden consuetudinario se les atribuye un carácter de tipo religioso desde las épocas más antiguas.

*Ius, fas* y costumbre en Derecho romano

Posteriormente, del amplio conjunto de este tipo de normas consuetudinarias de naturaleza jurídico-religiosas o *ius*, tuvo un papel preponderante el *fas*, el cual estaba compuesto por reglas de tinte religioso, por su parte *ius* se utilizó como la palabra o denominación específica para señalar las normas jurídicas. Durante una determinada fase histórica, la costumbre era definida bajo el nombre de *ius quod usus comprobavit*, cuya función era realmente amplia en principio y que a medida que el tiempo transcurrió se fue volviendo cada vez mucho más restringida, principalmente durante la edad clásica, desapareciendo por completo en el período del derecho justiniano.

- *Mores maiorum* y Derecho consuetudinario antiguo

La base fundamental sobre la cual se erigieron los principios del Derecho Arcaico está compuesta por las costumbres de los ancestros o antepasados (*Mores Maiorum*) y las cuales personificaban el Derecho consuetudinario de la época, o sea, las tradiciones, modos y costumbres de la vida diaria de las gentes y familias de aquel entonces. En relación a estas costumbres, se debate sobre su efecto

vinculante por el hecho de que fueron practicadas por las personas mayores, o si se dio lo opuesto, esto es, representaron una clase de Derecho Romano natural originario cuyo valor fue anterior a su efectiva aplicación.

#### + **La costumbre, cimiento del *ius civile* y *gentium***

Toda la normatividad y reglas de orden consuetudinario fueron en gran parte los cimientos sólidos del *ius Civile* y del *ius Gentium*, con base en los cuales la jurisprudencia desplegó la *interpretatio*.

En el transcurso de la época Arcaica, las *Mores Maiorum*, en lo atinente a las normas fundamentales de convivencia, fueron observadas con respeto de forma generacional y con un alto sentido religioso.

La costumbre, conocida con las expresiones *mos*, *mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*, consuetudo, siempre ha sido fuente del Derecho en la Historia del Derecho romano. Sin embargo, también es verdad, que su protagonismo frente al *ius scriptum* ha sido diferente según en el momento histórico en que nos situemos. Durante los primeros siglos de su historia, la costumbre fue la más importante fuente de Derecho en el ámbito del Derecho privado. La sólida estructura de la familia romana, el respeto a unas creencias y tradiciones ancestrales permitieron que, durante mucho tiempo, el poder público se mantuviera al margen de realizar una labor legislativa. Esta situación variará cuando la crisis ética y de valores sociales, unido al profundo cambio en el sistema político, provoque que el *ius scriptum* adquiera su supremacía sobre la costumbre como fuente del Derecho, llegando a asimilarse a la idea que de ella tenemos actualmente en nuestro Derecho positivo.

## 2.5.LEGES ROGATAE.

Las leyes rogadas son aquellas que provienen del comicio, previa proposición de un magistrado (normalmente un Cónsul), y que luego deberá ser ratificada por el Senado, mediante la *auctoritas patrum*.

Estas leyes eran propuestas por los cónsules, con el consentimiento del senado, a la opinión de los comicios por centurias, por 24 días, al término de los cuales debían ser rechazadas o aprobadas; las votaciones se hacían depositando en las urnas trozos de barrogrados con A (*atiquo*) según el antiguo derecho, o UR (*utirogas*) como propones ahora, de ahí su nombre de *leges rogatae* (Leyes rogadas).

**ELEMENTOS DE LAS LEYES ROGATAE:**

La paescritio: mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos de la asamblea comicial que la había aprobado.

Sólo podían proponer leyes, aquellos magistrados que poseían el “ius agendi cum populo” (cónsules, Pretores y Dictador).

El primer paso era la “promulgatio”, donde el magistrado daba a conocer al pueblo el texto de la ley, exponiéndolo por lo general durante tres semanas, en una tabla. El nombre de este magistrado sería el que daría la denominación a la ley, una vez aprobada.

Se excluían como días de votación los “nefasti” o inhábiles, los “fasti” o judiciales, y tampoco se incluían por lo general los días de mercado.

Se realizaba la consulta a los auspicios pasada la medianoche del día elegido, y al amanecer, si el día era auspicioso se convocaba al pueblo a través de heraldos.

Ya reunido el comicio, se realizaba un sacrificio para pasar acto seguido a la lectura del texto de la ley por parte del magistrado proponente que “rogaba” al pueblo que la apruebe.

A continuación se efectuaba la votación, sin ninguna discusión previa, que en los comicios por centurias se hacía por clases, comenzando con la de los caballeros. La unidad de voto era la centuria. En los comicios por tribus todas votaban al mismo tiempo siendo la unidad de voto, la tribu. El recuento de los votos se hacía por centurias o por tribus según correspondiera, y dentro de cada una de ellas, se decidía por mayoría.

Hasta la lex Papiria del año 131 a. C. la votación era oral, por sí o por no, pero luego de esta ley el voto se convirtió en secreto. Se les entregaban tablillas a los ciudadanos y en ellas debían consignar U.R. que significaba un voto positivo “uti rogas” o cómo lo pides; o consignaban, A.Q.R, “anti quo rogas”, cuya significación era “contra lo que pides”, o sea el voto negativo.

Luego se proclamaba el resultado de la votación, lo que se denominaba “proclamatio”, para requerirse por último la “auctoritas patrum” o autorización del Senado.

Sobre tablas, o en algunos casos, sobre piedra o bronce, en sitios públicos, se exponía la ley ya aprobada para darle publicidad.

La ley contaba con tres partes: 1. La “*praescriptio*” donde se hacían constar todos los datos y circunstancias que rodeaban su presentación (nombre del magistrado que la proponía, día de la votación, la centuria o tribu que primero votó y el ciudadano que lo hizo en primer término) 2. La “*rogatio*”, consistente en la ley, con su texto completo y 3. La “*sanctio*”, que consistía en la relación entre la nueva ley y las ya existentes (por ejemplo, a partir de cuando regía y si dejaba sin efecto las que se le oponían). Algunos sostienen que habría una cuarta parte, el “*index*”, que fijaba el título de la ley o explicaba su contenido

Las leyes “*rogatas*” según Ulpiano, podían ser perfectas, cuando sus consecuencias eran anular los actos que se le opusieran; pluscuamperfectas cuando además de anular el acto violatorio de la ley, imponía al infractor una pena; y menos que perfectas las que solo imponían una pena si la norma era transgredida, pero no anulaba el acto.

## 2.6 PLEBISCITOS.

Del latín *plebiscitum*, un plebiscito es una resolución tomada por un pueblo a partir de la pluralidad de votos. Se trata de una consulta realizada por los poderes públicos para que la ciudadanía se exprese mediante el voto popular directo respecto a una determinada propuesta.

El plebiscito es una elección que nace por propuesta de los representantes constitucionales. Suele crearse a partir de la fórmula “**sí o no**”, donde los votantes deben responder a la pregunta planteada por un ente electoral.

El plebiscito, por lo tanto, es un mecanismo de democracia semi-directa. En la actualidad, suele utilizarse para complementar el régimen de la democracia representativa. Los dirigentes elegidos por la sociedad, en este caso, requieren de la consulta pública para decidir sobre una determinada materia que consideran sensible para la vida social.

Es importante tener en cuenta que los plebiscitos pueden ser vinculantes (el resultado de la votación arroja una medida de cumplimiento obligatorio) o consultivos (el resultado sólo vale como método de consulta para los dirigentes que tomarán la decisión sobre el asunto).

En el caso de nuestro ejemplo, si el plebiscito finaliza con el “*no*” como triunfador, existen dos posibilidades: si la consulta fuese vinculante, la explotación minera no se realizaría de ninguna forma. En cambio, si la consulta fuera consultiva, el poder político aún tendría la posibilidad de aprobar la explotación.

El plebiscito es utilizado por el jefe de Gobierno para someter a consideración del pueblo acciones o decisiones muy importantes para la vida en la ciudad, antes de su ejecución. El referéndum permite al pueblo emitir su voto para aprobar o rechazar la concepción, modificación o derogación de una ley.

## 2.7. SENADOCONSULTOS.

Los senadoconsultos fueron el conjunto de actos proferidos por parte del *Senatus* en el que examinaban algún asunto puesto bajo su *auctoritas*.

A lo largo de la historia romana su vinculatoriedad jurídica varió, siendo de carácter meramente consultivo durante el periodo republicano, especialmente tras la promulgación de la Lex Hortensia; y de carácter obligatorio durante el imperio.

El senado estuvo presente a lo largo de toda la historia de la Antigua Roma, y una de sus principales funciones fue asesorar al *rex*, a los magistrados, o al *princeps* y decidir en temas litigiosos, que no correspondieran a la competencia del magistrado.

La naturaleza de los senadoconsultos fue variable a lo largo de la historia romana, en unos momentos constituyeron verdaderas leyes, y en otros, solo fueron consultivos —de allí su nombre— para dirimir los conflictos entre las colegiaturas de los magistrados.

Lo cierto es que, en todos los casos, siempre fueron de carácter rogado, con lo que podemos dar una definición más o menos acertada.

Y parece ser que para los romanos esta definición era aún menos estricta, y cualquier acto emanado en instancia del senado sería tenido como un senadoconsulta.

*Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit.*

(Un senadoconsulta es, lo que el senado declara y establece)

Los senadoconsultos se diferenciaron del resto de la legislación romana porque, aunque eran proferidos por órgano colegiado —igual que las leyes o los plebiscitos— la fuerza de este órgano no era tanto jurídica, sino político; de aquí que para pronunciarse (a) requirieran de la solicitud formal de un magistrado, careciendo de iniciativa legislativa.

- Rogados
- Excepcionales
- Autoridad moral

Además, (b) los senadoconsultos eran concebidos como un medio excepcional de resolver situaciones que sobrepasaban el aspecto de lo jurídico, como temas morales, o temas políticos; por esta razón los romanos le dieron un nombre similar al de "jurisconsulto", pues en principio su fuerza era consultiva y dependía del magistrado que los ejecutara.

Y (c) toda la legitimidad que tuvieron los senadoconsultos, como puede verse por ejemplo con el Senadoconsulto Macedonio, deviene de la idea romana de un poder moral (*auctoritas patrum*) en cabeza de los fundadores de la ciudad de Roma, a los cuales representaba el Senado

Los senadoconsultos, que no tuvieron sino hasta finales del Imperio una fuerza equivalente a la de las leyes, fueron en general escasos, y se limitaban a responder asuntos encomendados por los magistrados sobre temas que socialmente complejos. Sin embargo, algunos de ellos terminarían por constituir una fuente importante del derecho romano.

- Senadoconsulto Último
- Senadoconsulto de Bacanalibus
- Senadoconsulto Veleyano
- Senadoconsulto Macedoniano

Estos fueron especialmente relevantes en asuntos políticos o morales, pues la legitimidad del Senado romano no se basaba en la democracia, sino en su *auctoritas patrum*. Se tiene así por ejemplo el Senadoconsulto Último, que confería poderes políticos extraordinarios al cónsul; o el Senadoconsulto de Bacchanalibus, que prohibió las fiestas de las Bacanales.

O desde un enfoque más de autoridad moral, el Senadoconsulto Veleyano que limitó la libertad jurídica que habían adquirido las mujeres romanas a finales de la República, como un movimiento de los sectores sociales más conservadores; y por último el Senadoconsulto Macedonio, que en vista del asesinato de Macedonio por su propio hijo limitó el pago de acreedores con las herencias.

Aunque el senado siempre fue parte de las instituciones romanas, sus decisiones no tuvieron los mismos efectos jurídicos a lo largo de la historia, y podemos encontrar al menos dos momentos distintos en cuanto a su alcance.

Por un lado (a) desde la Monarquía hasta la mayor parte del Alto Imperio, su rol fue consultivo, y la vinculatoriedad de sus decisiones obedecía a la influencia política de sus miembros, y a una cuestión de estabilidad social, más que jurídica.

- Efectos consultivos

- Efectos legislativos

Así, al ser los senadores, todos patricios, y los más influyentes políticamente, en su mayoría antiguos cónsules, era necesario acatarles o arriesgarse a tenerlos en contra.

Pero luego de que los comicios se hicieron poco frecuentes, y especialmente (b) después de las reformas de Diocleciano, y con el comienzo del Bajo Imperio, el senado tuvo facultades legislativas plenas.

Este cambio fue el producto de las distorsiones que trajo la figura del príncipe en el orden republicano de Roma, que hizo poco necesario convocar a los ciudadanos a los comicios, y que daba mayor facilidad a que el senado legitimara lo ya decidido por el príncipe.

Y luego, cuando el príncipe se cambió por la figura del señor —*domino*—, eliminadas ya todas las demás instituciones republicanas, el senado fue el último vestigio de democracia que tenía el *domino* para no convertirse en un monarquía absolutista, con lo que el senado tuvo la función de un comicio.

## 2.8 EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS.

Los magistrados pueden dar edictos, es decir, exponer en público disposiciones relativas a su encargo. El contenido de estos edictos forma el derecho edictal, más comúnmente llamado derecho honorario, porque las magistraturas se llamaban, por ser gratuitas, honores.

El edicto fundamental es el del pretor, y lo que hace en el edicto, es recoger nuevas vías procesales que sirvan bien para tramitar derechos subjetivos que surgen o nacen como consecuencia de esa vía procesal. Eso da lugar al *ius honorarium*.

- Clases de edictos

Entre las clases de edictos, tenemos:

**+ Edicto *perpetuo o anual***

Bloque o contenido que el pretor completa al inicio del desarrollo de su función.

**+ Edicto *repentino***

En cualquier momento de su mandato puede incluir en su edicto cualquier situación merecedora de ello (caso concreto no previsto).

## + Traslatio

Conjunto de medidas que pasa del pretor anterior a aquel que le sucede.

- El derecho privado romano y los edictos

Como antes dijimos, para el derecho privado tuvieron mucha importancia sobre todo los edictos de los pretores, encargado de solucionar los litigios. Para dar sus edictos, los magistrados, que no necesariamente sabían derecho, se asesoraban en los juristas.

El edicto del pretor contenía las disposiciones conforme a las cuales iba a resolver los litigios. Señalaba ahí, entre otras cosas, quiénes podían presentarse a iniciar un juicio, cómo podían ser representados y las fórmulas; de las acciones, en las que precisaban los casos que podían juzgarse.

- Los edictos en la magistratura del pretor

El pretor emitía un edicto al comienzo de su magistratura para que rigiera durante todo el año (*edictum perpetuum*) pero en cualquier momento podía emitir otro (*edictum repentinum*), tomando el edicto de su antecesor e introduciéndole algunos cambios. Se dio a fines de la República y comienzos del Principado.

## 2.9 JURISPRUDENCIA.

El concepto IURISPRUDENTIA en su origen latino proveniente de “iuris” (Derecho) y “prudentia” (conocimiento o sabiduría). “Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”.

El jurista romano Ulpiano definía la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas tanto divinas como humanas, y también como la ciencia de lo justo y lo injusto. En este sentido jurisprudencia significaba lo que hoy llamamos doctrina, o sea, el conocimiento de la ciencia del Derecho. Quien ejercía este rol de conocedor del Derecho recibía la denominación de jurisconsulto, que era aquel capaz, al conocer profundamente las cosas divinas y humanas, de discernir lo justo de lo injusto.

Actualmente se entiende por jurisprudencia a los fallos que se reiteran sobre un asunto determinado, y que se convierten en fuente del Derecho al poder ser invocados por las partes para defender sus derechos, y tenidos en cuenta por el Juez al dictar sus sentencias.

Los jueces al dictar sentencia interpretan las normas jurídicas para adecuarlas a un caso concreto. Cuando se presenta un caso parecido, las partes pueden en sus escritos remitir a esas sentencias, para que el nuevo Juez las tenga en cuenta y decida el caso en el mismo sentido anterior; y el mismo juez, aún sin petición de parte, puede tener en cuenta esos fallos para fundamentar su propia decisión.

El valor dado a la jurisprudencia varía según el país en que se trate, en el caso del nuestro, España, los fallos concordantes deben ser por lo menos dos y emanados de las resoluciones del Tribunal Supremo.

La importancia de la jurisprudencia dentro del ámbito del Derecho es fundamental porque gracias a ella se consiguen salvar las imperfecciones que tiene el sistema. La Jurisprudencia romana como fuente de inspiración para el Derecho actual jurídico mediante la creación de lo que serían contenidos jurídicos para futuros casos que puedan tener un parecido sustancial. Por ese motivo resulta necesario subrayar su labor integradora que se basa, en otras palabras, en la tarea de cubrir las lagunas o las carencias que se dan en el Derecho cuando no hay una ley que aborde una cuestión determinada.

Entre las distintas funciones que tiene atribuida la jurisprudencia se podría establecer que quizás la más importante y significativa sea la interpretadora, pues se encarga de llevar a cabo el estudio de un precepto jurídico aplicado o utilizado en un caso concreto.

Pero estas funciones integradora e interpretadora no son las únicas que tiene la jurisprudencia. De la misma manera, hay que destacar el hecho de que se encarga de velar por el progreso y de adaptarse a lo que serían las exigencias históricas de la sociedad en cada momento.

La jurisprudencia supone la mejor forma de conocer la historia real y efectiva de la justicia; la importancia o la efectividad de la cual cambia de acuerdo a la legislación de cada país.

En España la jurisprudencia no está considerada como fuente de derecho, aunque se tiene en cuenta como un complemento muy importante del ordenamiento jurídico.

Una vez que la jurisdicción y la jurisprudencia se volvieron laicas y públicas, surgieron los prudentes («*ius peritus*» o «*ius prudens*», es decir, concedores prácticos del derecho) que eran juristas que no pertenecían a los colegios de pontífices, quienes empezaron a emitir opiniones, preparar estudios y brindar asesorías a las que se llamó «*responsa*». Estas últimas se hacían consistir en opiniones o argumentos para asesorar en forma eficiente y oportuna a los ciudadanos romanos, al Estado e

incluso se referían a temas jurisdiccionales, además de que generalmente se emitían sin obtener a cambio remuneración alguna, lo cual les valió a los jurisconsultos el reconocimiento y la obtención de un gran prestigio cívico; se trataba de casos o supuestos concretos que motivaban una respuesta o decisión del jurisprudente; sin embargo, con el transcurso del tiempo, la libertad para emitir la respuesta provocó su corrupción y creación excesiva, lo que trajo consigo desconfianza y dispersión en la producción jurídica de teorías, opiniones y asesorías absurdas e insostenibles que paulatinamente llevaron a la extinción de dichas prácticas.

## 2.10 CONSTITUCIONES IMPERIALES.

Una constitución imperial (en latín, *constitutio principis*), en derecho romano, es lo que el emperador manda en el ejercicio de sus funciones por edicto o epístola, creando una norma jurídica (*lex*). Las relaciones del emperador con sus súbditos permitían que estos pudieran proponerle una apelación directamente.

A través de los *decreta*, el emperador, asesorado por los juristas de su corte, resolvía controversias judiciales de carácter individual. Con los *rescripta*, el emperador daba su respuesta a una cuestión concreta de derecho formulada normalmente por algún funcionario estatal.

Mediante los *edicta*, que eran de carácter general, ejercía el *jus edicendi*, el derecho a ordenar y promulgar edictos, que tenían en principio los ediles curules, los pretores o los cuestores, dirigidos a una provincia o municipio. Tenían valor de ley en todo el Imperio. Con los *mandata*, dirigidas a los funcionarios del Estado, el emperador daba instrucciones de carácter general, preferentemente a los gobernadores provinciales.

Las constituciones imperiales, son el cuerpo de normas que el princeps o dominus, en ejercicio de sus facultades como emperador, podía promulgar, entre las que se cuentan: (a) los edictos, (b) los mandatos, (c) los decretos, y (d) los rescriptos.

## FUENTES DE CONOCIMIENTO.

En el más puro sentido técnico se habla de fuentes del derecho, al hablar de la ley, en sus diferentes formas de producción legislativa, parlamentaria y reglamentaria; a la costumbre; a la jurisprudencia y a la doctrina.

- Al proceso de sometimiento y vinculación del deudor al acreedor.
- Disposiciones hereditarias.
- Relaciones de vecindad y servidumbre.
- Delitos.
- Regulación de funerales y sepulturas.

- Prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos.

Son los elementos que nos permiten reconstruir el proceso de formación del Derecho Romano a través de sus épocas históricas.

Las Fuentes del Conocimiento se dividen en dos:

- a) Las Directas ó Jurídicas: son aquellas que se refieren al Derecho. Ejemplo: Las Institutas de Gayo, La Ley de las Doce Tablas, Las Fragmentas Vaticanas. Etc.
- b) Indirectas o Extrajurídicas: son aquellas que nos traen el Derecho por referencia. Ejemplo: Las Novelas y todo aquella obra literaria que nos permita reconstruir el Derecho Romano.

### **Costumbre:**

El viejo *ius civile* descansa en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición. Los mores dan vida al primitivo ordenamiento que la interpretación jurisprudencial adapta a las nuevas exigencias. Los clásicos no contraponen interpretación y ley, ambas son integradoras del *ius civile*. En la última época es clara la antítesis entre costumbre y constitución imperial. Todo el Derecho tiene fuerza en la ley, respecto de la cual la costumbre cumple una función correctora o subsidiaria, sin que pueda derogarla.

### **Ley:**

La Ley es una declaración normativa que descansa en un acuerdo. La ley puede ser pública ó privada.

La ley pública es la ley por excelencia; nace por un convenio; es precepto común, convención de la república.

Propuesta la ley por el magistrado que preside la asamblea comicial, el pueblo en ésta representado, la acepta.

Tras la aprobación de la ley por los comicios viene el refrendo del Senado.

Igual nota de bilateralidad se da en la ley privada, nacida por convenio de los particulares.

**Praescriptio o prefacio:** en él figura el nombre del magistrado proponente, lugar y fecha en que tuvo lugar la asamblea, el nombre de la tribu que abrió la votación y del ciudadano que en ella fue el primero en votar.

·Rogatio o parte dispositiva.

Sanctio, que fija los términos precisos para asegurar su eficacia.

Las leyes se citan con el nombre del magistrado proponente y suelen llevar una indicación sumaria de su contenido.

La actividad legislativa en Roma no es abundante; pocas veces la ley penetra en la esfera del Derecho privado. La actividad legislativa, por otro lado, atañe fundamentalmente a materias de Derecho público.

Las legis regia, son normas muy antiguas enraizadas con preceptos de moralidad tradicional y relativa a cuestiones religiosas o sagradas. No es probable que se deban a deliberaciones de los comicios curiados bajo propuesta del rey, sino que seguramente sean leyes dictadas por los reyes en cuanto sumos sacerdotes de la civitas e intérpretes de la voluntad divina.

La ley afecta escasamente a la esfera del Derecho privado, con excepción de la Ley de las XII Tablas, ésta tiene su origen, según la tradición, en las reivindicaciones jurídicas de los plebeyos.

Con la decadencia de los comicios y la afirmación del poder del príncipe, la ley cede paso a las constituciones imperiales; la ley desaparece casi por completo en el S. I d. C.

## 2.11. FUENTES JURIDICAS.

Se entiende por fuentes jurídicas, las manifestaciones social y jurídicamente aceptadas para el establecimiento de regulaciones jurídicas; en este texto reflexionamos sobre seis fuentes tradicionales: leyes, jurisprudencia, costumbres, doctrina y derecho internacional público.

El debate sobre las fuentes revela cuestiones esenciales que están en el origen del fenómeno jurídico. Es a partir del mismo que se forman los parámetros de regulación normativa en la sociedad y los destinatarios de la norma (ciudadanos en general y actores jurídicos en especial) pueden adecuar sus conductas, de modo de actuar conforme al derecho.

Tradicionalmente las fuentes son clasificadas en fuentes formales y fuentes materiales. Éstas son las relaciones sociales, políticas, históricas y jurídicas que determinan e imponen regulaciones jurídicas, en tanto que aquéllas son los instrumentos o medios que expresan las prescripciones jurídicas como la ley, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina.

Se comprende que la ley y las costumbres son fuentes directas del derecho en tanto que la doctrina y la jurisprudencia serían fuentes mediatas, pues sólo tratan de formas de "revelación" del derecho.

Entendemos que ninguna de ambas clasificaciones es adecuada para comprender las fuentes jurídicas contemporáneamente.

En primer lugar, en cuanto a las fuentes jurídicas, meramente jurídicas, hemos de hacer referencia, siquiera utilizando un argumento temporal; por un lado, nos encontraríamos con la costumbre y las *Leges regiae*.

La costumbre no es sino el uso que tradicionalmente, y expresada en forma verbal, iba utilizándose o iba aplicándose de forma pública ininterrumpida a lo largo del tiempo; pero como decimos, fundamentalmente verbal.

En la época monárquica, también tenemos normas escritas que eran las leyes *regiae*; eran muy rígidas y eran muy básicas y fundamentales.

Entre ellas destacamos, como no puede ser de otra forma, la ley de las doce tablas, que ni más ni menos se encontraba, en efecto, en una tabla de madera insertada sobre otra metálica, y de la que no conservamos original dado que fue quemada en el fruto de las llamas en el incendio de Roma.

La primera dicotomía debe ser superada, pues es fundamental que se entienda cómo las relaciones sociales, históricas y económicas (fuentes materiales) relacionan y condicionan la creación de la ley, de las costumbres, de la doctrina y de la jurisprudencia (fuentes formales).

En lugar de esa separación rígida, la reflexión jurídica precisa buscar la interrelación entre esos fenómenos, incluso porque es imposible interpretar solamente el texto legal sin que el contenido esté enraizado en determinado contexto existencial. A su vez, a pesar de toda la construcción teórica moderna, teniendo en cuenta que el juez racional irá a encontrar o extraer el contenido normativo, no es verosímil asegurar que la jurisprudencia solamente revela un derecho preexistente, en la cual su actuación nada genera. La norma -en tanto resultado de un proceso decisorio- es siempre un *constructo* del hombre que interpreta.

Más allá de la clasificación tradicional entre fuentes formales y materiales, la teoría del derecho contemporánea<sup>7</sup> clasifica la producción del derecho en: 1) fuentes fuertemente vinculantes, frágilmente vinculantes y fuentes permitidas, y 2) fuentes dotadas de autoridad y aquellas que no son estrictamente autorizantes. De ese modo, los textos legales son fuentes fuertemente vinculantes dotadas de autoridad, las costumbres se constituyen en fuentes fuertemente vinculantes y no estrictamente autorizantes, precedentes judiciales representan fuentes frágilmente vinculantes

y dotadas de autoridad, y la dogmática jurídica -doctrina- es una fuente permitida y dotada de autoridad.

A pesar de que esta clasificación es elaborada y refinada, merece algunas críticas. Las costumbres vigentes pueden ser establecidas por autoridades estatales; sin embargo, la doctrina es elaborada por estudiosos del derecho que poseen su legitimación, y no por ocupar un lugar en el Estado. Así, no parece adecuado clasificar necesariamente a aquéllas como fuentes no dotadas de autoridad, y a ésta como un ejemplo de creación del derecho con autoridad.

Por otra parte, además de que no se concede un papel destacado al derecho internacional de los derechos humanos, nos parece que la clasificación de los precedentes judiciales como fuentes frágilmente vinculantes no comprende con la verticalidad necesaria el tema de las decisiones

judiciales. Por ejemplo, las declaraciones de inconstitucionalidad de actos normativos, producidas de forma concentrada y abstracta por el Supremo Tribunal Federal brasileño, causa efectos contra todos, y vinculantes, en los términos del artículo 102, §2o., CF.

En el presente artículo, los autores entienden como fuentes de derecho a las manifestaciones social y jurídicamente aceptadas de establecimiento de regulaciones jurídicas, y reflexionan sobre algunas de esas fuentes. Así, se analizan las fuentes legal, jurisprudencial, doctrinaria, consuetudinaria y de derecho internacional público, a la luz de la búsqueda tanto de la máxima efectividad de la Constitución cuanto de las estructuras del Estado democrático y social de derecho.

Por lo tanto, el objetivo de este artículo radica en conceder el debido papel, en el Estado democrático y social de derecho, a la Constitución que es la principal fuente jurídica y parámetro de validez de las demás fuentes. Sobre la Constitución, los autores tienen por horizonte principalmente la Constitución brasileña de 1988, la cual prevé el modelo del Estado democrático de derecho en el *caput* del artículo 1o. El tipo de Estado brasileño es un Estado democrático y social de derecho, ya que la Constitución federal prevé un lugar destacado para los derechos sociales y cierta intervención estatal para la promoción de la ciudadanía y de los derechos fundamentales. Además, la Constitución federal (CF) prescribe a la ley como fuente de creación de los derechos y de los deberes (artículo 5o., II, CF) y establece al Poder Judicial como importante guardián de los derechos y de la Constitución (artículo 5o., XXXV, CF).

Los teóricos del derecho, a su vez, pautados en la libertad científica y académica (artículo 5o., IX, CF) poseen el relevante papel de presentación del sistema jurídico y social, así como la doctrina

posee la importante función de analizar la concretización de la democracia, de la separación de los poderes y de la realización de los derechos.

Además de las fuentes internas, la Constitución de Brasil pone de relieve al derecho internacional de los derechos humanos, al afirmar que los "derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otras derivaciones del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

Finalmente, las fuentes consuetudinarias se manifiestan como esenciales para llevar a cabo la democracia constitucional brasileña, porque la concretización de la Constitución presupone una cultura diseminada de observancia de la separación de los poderes, de respeto a los derechos fundamentales y de promoción de la democracia.

Sin embargo, en la *praxis* jurídica contemporánea, se observa una incontestable crisis en la comprensión y en el empleo de las fuentes del derecho, generada por la ausencia de una metodología clara y diseminada entre los técnicos, y quienes ejercen profesionalmente el derecho sobre cómo éste es creado y cómo se logra su efectiva concreción según los dictámenes de la Constitución de 1988.

Como consecuencia, la crisis en la comprensión y utilización de las fuentes jurídicas genera una crisis del Estado democrático y social de derecho, especialmente cuando se habla de seguridad jurídica, previsión *ex ante* de las conductas a ser evitadas y de las sanciones y demás consecuencias de la regulación jurídica. En el campo del derecho administrativo, por ejemplo, hay graves violaciones al principio de confianza legítima del ciudadano en relación con la actuación estatal.

Aunque el principio de legalidad, en sus diferentes aplicaciones y grados, sea central en el Estado democrático y social de derecho, la realidad actual muestra que hay una subvaloración de la ley y una sobrevaloración de la jurisprudencia, despreciando así los pilares de la modernidad jurídica, en la cual se superó el primado de la voluntad por el primado de la legislación.

La ley, como acto normativo puesto por el Poder Legislativo, vive una situación paradigmática y paradójica: existe la aprobación de una gran cantidad de actos normativos legales, hecho que aparentemente manifiesta un sustancial prestigio de la forma legal en la regulación jurídica contemporánea, sin embargo, se observan situaciones estructurales que quitan buena parte del impacto y de la relevancia de la disciplina legal. A partir de una visión equivocada del Parlamento y de los representantes del pueblo, el sentido común cree que un buen parlamentario es aquel representante que propone muchos proyectos de ley, y que un óptimo Poder Legislativo es el que

crea diversas leyes. Ese fenómeno es una de las grandes razones para la creación de un gran número de actos normativos legales por parte del Poder Legislativo.

Es frecuente, en periodos electorales, que los periódicos evalúen el buen desempeño de un legislador a partir de la cantidad de proyectos de ley de su autoría, así como del porcentaje y de la relevancia de sus proyectos transformados efectivamente en legislación. A pesar de que la tasa de conversión de proyectos en leyes es pequeña, como son millares las propuestas de creación legislativa, termina habiendo una cantidad enorme de leyes.

En contrapartida, la legislación, como fuente jurídica, enfrenta por lo menos tres situaciones estructurales específicas que disminuyen su impacto y su relevancia en tanto que fuente: 1) dificultad de decisión política en temas complejos y socialmente relevantes, 2) judicialización de la política, y sustitución de la legislación por decisiones judiciales y por otros actos normativos, y 3) proceso legislativo-normogénico insuficientemente plural y democrático.

### **FUENTES EXTRAJURIDICAS.**

Indirectas o Extrajurídicas: son aquellas que nos traen el Derecho por referencia. Ejemplo: Las Novelas y toda aquella obra literaria que nos permita reconstruir el Derecho Romano. Costumbre: El viejo *ius civile* descansa en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición.

### **INICIO Y EXTINCION DE LAS PERSONAS FISICAS.**

La existencia legal de la persona natural comienza al nacer y termina con la muerte (artículo 78 del Código Civil), entendida como la cesación de las funciones naturales del individuo

Los tres grupos que fundaron Roma - latinos, sabinos y etruscos - sin dejar de mantener ciertas relaciones jurídicas dentro de su propio grupo, establecieron un derecho común para todos, que los unificó en la condición de ciudadanos, creándose así el primitivo estado y derecho romano.

La persona física, también conocida como persona natural, es todo aquel cuya existencia real sea comprobable y que por el propio hecho de existir como ser humano, adquiere una serie de derechos y deberes frente a la sociedad.

Comienzo de la persona física, momento del nacimiento y requisitos del mismo. Establece el artículo 29 del Código Civil que “El nacimiento determina la personalidad”.

Conforme al artículo 30 del Código Civil: “Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno”.

Así pues, son dos los requisitos que la ley exige para que el ser humano se entienda nacido y, en consecuencia, ostente la condición de persona:

1. Que tenga figura humana; esta condición excluye la consideración de nacidos a los que aún naciendo vivos, no merecen la condición de personas según el sentido vulgar.
2. Que viva 24 horas enteramente desprendido del seno materno. Han de ser 24 horas completas, contadas desde la rotura del cordón umbilical, y de vida humana en su natural funcionamiento, que técnicamente se concreta en la triple función nerviosa, circulatoria y respiratoria.

Estos dos requisitos han de ser concurrentes, esto es, darse los dos a la vez. Por último, en cuanto al momento del nacimiento, señala el artículo 31 del Código Civil que “La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito”. Este precepto se extiende, por analogía, a los partos múltiples.

Protección jurídica del concebido. El artículo 29 del Código Civil establece que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”

Su protección se realiza haciendo que todos los derechos o relaciones que serían favorables al concebido, perteneciéndole si ya fuere persona, queden en situación de pendencia, pero sin modificarse su titularidad actual. Entretanto existe esta pendencia, se toman las oportunas medidas precautorias, sobre todo en materia de derechos hereditarios.

#### **Las medidas precautorias terminan:**

1. Por nacimiento con los requisitos del artículo 30 del Código Civil.
2. Por aborto o nacimiento sin estos requisitos.
3. Por haber transcurrido en exceso el término máximo de gestación.

El artículo 627 del Código Civil establece que: “Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya el nacimiento”.

Por analogía de este precepto, y aplicando el espíritu del artículo 29, podrán ser aceptados otros beneficios a favor del concebido.

Extinción de la persona física: premoriencia y comoriencia. Según el artículo 32 del Código Civil “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”. En el derecho sucesorio es fundamental conocer, en determinados casos como accidentes, cuál de dos personas ha muerto primero. Al ser, en ocasiones, imposible determinarlo con exactitud, debe establecerse un sistema de presunciones.

En el Derecho Romano regía la presunción de premoriencia, por la cual se entendía que unas personas morían antes que otras (principalmente por la mayor o menor fortaleza física).

Sin embargo, el Código Civil español adopta el sistema de la presunción de comoriencia, basándose en dos razones lógicas:

1. La supervivencia, en casos de accidente, no depende tanto de motivos de mayor o menor fortaleza física como de otras razones, como el lugar donde se encontraba en el momento de la muerte, el motivo inmediato de la muerte, entre otras.

2. La mayor o menor fortaleza no es sólo consecuencia de la edad o el sexo, sino que habrá de estimarla analizando cada caso particular. De esta forma, el Código Civil establece en su artículo 33 que: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”.

Prueba del nacimiento y defunción de la persona física. \* Prueba del nacimiento. La inscripción hace fe del hecho, de la fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito (art. 41 Ley del Registro Civil).

La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento, que se formulará entre las 24 horas y los 8 días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior (art. 42 LRC). Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente el padre, la madre, el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse (art. 43 LRC).

\* Prueba de la defunción. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece (art. 81 LRC). La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto de la muerte, que se prestará antes del enterramiento (art. 82 LRC).

Deberán promover la inscripción los parientes del difunto o habitantes de su misma casa o, en su defecto, los vecinos. Si el fallecimiento ocurre fuera de casa, están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que hubiere ocurrido o la autoridad gubernativa (art. 84 LRC). Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de la defunción.

En los casos en que falte o sea incompleto o contradictorio, o el encargado lo estime necesario, el médico forense adscrito al Registro Civil o su sustituto, emitirá dictamen sobre la causa de la muerte, incluso mediante examen del cadáver por sí mismo (art. 85 LRC). 5.

### **Concepto, constitución y extinción de las personas jurídicas.**

Son personas jurídicas, según el art. 35 CC:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. En cuanto a la constitución, en nuestro Derecho la personalidad jurídica se atribuye por medio del reconocimiento por disposiciones normativas, que se da cuando aquélla se otorga en el momento en que a la entidad, cumpliendo los requisitos legales, le es atestiguado el reconocimiento por un acto de autoridad.

Existe una sentencia latina que versa así: “Omne jus quod utimur: vel ad personas vel ad res vel ad acciones pertinent”, es decir: todo el derecho de que hacemos uso se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones.<sup>18</sup>

Se refiere a las personas: porque los derechos de cada una de ellas varían según la categoría, es decir: libres, libertos, ciudadanos, extranjeros, padres, hijos de familia, adoptados, etcétera.

Se refiere a las cosas: porque los derechos varían según la naturaleza de los objetos a que se aplica, ya sean estos muebles o inmuebles, corporales o incorporales, divisibles o indivisibles, fungibles o no fungibles.

Se refiere a las acciones, porque éstas son los medios legales que permiten perseguir en juicio lo que se nos debe, o hacer respetar y valer nuestros derechos.

Respecto del derecho en sentido objetivo, son las reglas que dirigen las acciones humanas, pero cuya observancia cae bajo la garantía del poder regulador de la sociedad y establece ciertas prerrogativas y derechos, mismas que provienen del derecho objetivo y que deben estar garantizadas por el poder, y que al constituirse en derecho se tornan subjetivas.

El derecho romano diferenció a las personas físicas de las que hoy conocemos como morales, pero, cabe resaltar que no todas las personas eran sujetos de derecho, ya que se hacía una diferencia respecto de su status, debiendo reunir ciertos requisitos para ser sujeto de una conceptualización jurídica.

Recordemos que la organización del Imperio Romano, está basada en la familia, cuya figura máxima era el paterfamilias, hecho que refleja su importancia en el status de la persona y esto a su vez, en conceptualización de una persona de derechos y con personalidad jurídica o no.

La personalidad jurídica, a su vez, requería de ciertos requisitos, tanto para obtenerla como para mantenerla, mismos que eran: honor, condición social, profesión, domicilio, edad, sexo, así como, no sufrir de enfermedades ya sea mentales o corporales y no dilapidar los bienes, de lo contrario, se disminuía o incluso se podía perder tanto la capacidad de jurídica como la de obrar.

La institución de la esclavitud, contraria a derecho, tanto como a las garantías individuales y a los derechos humanos, fue una institución legal en el Imperio Romano, ya sea que se naciera esclavo, o se obtuviera esta condición por alguna de las circunstancias que el derecho positivo determinaba. Era una condición, por medio de la cual, los hombres estaban bajo la tutela y la propiedad de un dueño.

La institución de la esclavitud desaparece con el Emperador Caracalla en el año 338 a.C., hecho que genera integración del Imperio, pero al mismo tiempo, mayor obtención de ingresos por parte del Imperio, debido al pago de impuestos.

## UNIDAD III

### CONCEPTO DE PERSONA Y SU DIVISIÓN

#### 3.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Etimológicamente, la palabra persona, proviene de per, sonare (para sonar), o sea la máscara con que los actores cubrían su rostro en escena, máscara que en el orificio bucal tenía una membrana que permitía amplificar el sonido de la voz; asimismo, se daba el nombre de persona al personaje que un individuo representaba en la escena.

Ahora bien, persona, tiene dos acepciones, una de carácter físico que atribuye a una individuo la capacidad de tener derechos; y la otra de carácter abstracto a la que también se le reconocen ciertos derechos, son seres abstractos que han sido conceptualizados como personas, es decir, la persona moral, a quienes también se les llama abstractas o jurídicas.

La capacidad legal de un hombre es el cúmulo de cualidades que debe poseer, las aptitudes para poder ser sujeto de derechos y adquirirlos, situación de la que deviene que una persona física es un hombre capaz de tener derechos.

La dogmática moderna llama persona, en sentido técnico, a quien posee capacidad jurídica, entendiéndose por tal la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Ya que, diversas fuentes indican que, “la causa de la constitución de todo derecho es el hombre” (*hominum causa omne ius constitutum est*).<sup>19</sup> Pero, no todos los hombres eran sujetos de derecho en la antigua Roma. Para ser considerado persona, se requería, además:

- Ser libre, *status libertis*.
- Ciudadano romano, *status civitatis*.
- Jefe de familia o *sui iuris*, *status familiae*.

La posesión de estos tres *status* daba al ser humano plena capacidad jurídica y la calidad de persona, por lo cual a la capacidad jurídica se la suele denominar también personalidad

### 3.2. STATUS DE LAS PERSONAS.

Para Gayo, ser una persona legítima significaba que el sujeto estaba calificado, de acuerdo a la ley, para actuar en un juicio.

El status estaba conformado por el conjunto de derechos y facultades de una persona. El status de un ciudadano romano se integraba de tres aspectos: *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*. La pérdida de alguno de estos elementos implicaba una disminución de su capacidad las consecuencias, según el caso, significaban la pérdida de ciertos derechos y facultades.

El derecho romano, de acuerdo a Margadant (1992), sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos los cuales debían reunir, para ser personas, los tres requisitos siguientes:

- Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).
- Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).
- Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).

La personalidad, era el resultado de la reunión de estos tres requisitos.

El origen de la palabra "persona" proviene del medio teatral de la antigua Roma, donde un actor utilizaba una máscara o careta, también denominada "persona", para hacer resonar con mayor fuerza su voz. Después, al mismo actor enmascarado se le denominó con este término y también, al personaje que desempeñaba.

Con el tiempo, la palabra "persona" fue incluida en la jerga jurídica para hacer referencia al individuo adjudicado de representación propia en el derecho. También se aplicó en la vida cotidiana para distinguir la función que ejecutaba cada sujeto en la sociedad: la "persona" del cobrador, la "persona" del adeudado, la "persona" del magistrado. Y así como un actor podía desempeñar varios papeles, algunos individuos podían asumir varios roles dentro de la sociedad y con ello eran sujetos de derechos y obligaciones provenientes de las correspondientes relaciones sociales y jurídicas.

El término "persona" fue evolucionando hasta que se identificó con el de ser humano, sin tener peso la función que éste exigía dentro de la sociedad. Actualmente, el término persona representa a toda entidad física o moral susceptible de ejercer derechos y asumir obligaciones.

Dentro del contexto jurídico existen dos tipos de personas: físicas y morales o jurídicas. El ser humano es una persona física. Una institución o una empresa es una persona moral o jurídica cuyo

origen es artificial porque por mano propia no puede ejercer sus derechos ni dar cumplimiento a sus obligaciones y ejerce sus funciones a través de sus órganos.

### 3.3. STATUS LIBERTATIS.

Los romanos fueron un pueblo conquistador y por ello se vieron en la necesidad de regular el régimen jurídico de la esclavitud. En Roma, un esclavo era calificado como una cosa (*res*) u objeto de derecho. Sin embargo, a pesar del rigor con que fue tratado en la jurisprudencia romana, su vida se desarrolló en cierta forma placentera, considerándosele, de hecho, como un miembro más de la *domus* romana.

Gracias a la esclavitud, el desposeído encontraba junto al dueño los medios necesarios para sobrevivir, y este último aumentaba su producción con el trabajo del esclavo. Sistema útil para ambas partes.

Pero Roma no se convertirá en una verdadera sociedad esclavista sino hasta mediados de la época republicana (a partir del siglo II a. de C.) cuando, como resultado de las grandes conquistas, el trabajo de los esclavos pasó a ser la base de la economía del país.

La enorme acumulación de esclavos, en esta época, hizo disminuir su valor económico. Por otra parte, la heterogeneidad étnica de los mismos y los malos tratos de que fueron objeto por parte de sus amos, al perder contacto directo con ellos, trajeron como consecuencia varias sublevaciones que culminaron con el levantamiento antiesclavista más famoso de la historia, encabezado por el gladiador tracio Espartaco (73 a 71 a.C.), quien hizo estremecer los cimientos del Estado romano.

éste se vio entonces en la necesidad de dictar una serie de medidas tendentes a mejorar la situación del esclavo. Así creó una legislación proteccionista que caracterizó varios siglos de la Roma imperial, y que complementó el tradicional principio romano del favor *libertatis*. Sin embargo, a pesar de la lucha de Espartaco, la esclavitud se mantuvo, ya que no se habían dado las condiciones necesarias para que la revolución pudiera triunfar, la economía romana respondía todavía a un basamento de tipo esclavista.

### 3.4. STATUS CIVITATIS

El segundo requisito de la personalidad física era la ciudadanía romana. La palabra ciudadanía proviene del latín *civitas*, que fue la organización jurídico-política de los romanos. Se puede afirmar, ante todo, que la ciudadanía indica la cualidad genérica de los ciudadanos; entendiéndose por

ciudadano, etimológicamente, la pertenencia de un individuo, hombre o mujer, al grupo social estructurado políticamente y, diríamos hoy, dotado de soberanía.

La ciudadanía otorgaba tres privilegios de carácter privado (*connubium*, *comercium* y el acceso a las *legis actiones*) y tres de índole pública (*ius suffragii*, *ius honorum* y el derecho de servir en las legiones).

El *connubium* era el derecho de casarse en *iustae nuptiae*, con todas las consecuencias del *ius civile*, entre las que figura la extensa patria potestad sobre los descendientes. Este privilegio fue concedido frecuentemente a grupos no romanos, pero no incluía la patria potestad romana, en tal caso.

El *commercium* era el derecho de realizar negocios jurídicos (*inter vivos* o *mortis causa*), con efectos previstos por el *ius civile*. Sin este *commercium*, por tanto, no podía hacerse un testamento que tuviera las consecuencias jurídicas de un testamento romano, o celebrarse válidamente una *mancipatio*.

Las fuentes de la ciudadanía romana eran por el nacimiento; por adquirir la ciudadanía, mediante una *manumissio solemne*; además, la ciudadanía, individual o colectiva, podía obtenerse por concesión de los comicios; por último, ciertos extranjeros, según tratados especiales, podían adquirir la ciudadanía por el simple hecho de establecerse en Roma.

La ciudadanía se perdía por caída en esclavitud, por emigración y adquisición de otra ciudadanía y como consecuencia de ciertas penas.

### 3.5. STATUS FAMILAE.

La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de la "familia doméstica" en oposición a la "familia gentilicia". Como una huella de la antigua gens romana, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de estos (nietos) aunque no vivan en la misma casa.

En Roma, no bastaba con ser ciudadano romano libre. La personalidad física requería todavía algo más: ser *sui iuris* y no *alieni iuris*.

Roma estaba repartida en diversas *domus*. Cada monarquía doméstica tenía su jefe, su *pater familias*. Sólo éste era *sui iuris*, independientemente de alguna patria potestad: los demás miembros de

la *domus* estaban sometidos a su poder, y participaban en la vida jurídica romana sólo a través del *pater familias*. Eran, por tanto, *alieni iuris*.

Los *alieni iuris* podían realizar actos jurídicos, pero su capacidad respectiva no era más que un reflejo de la capacidad del *pater familias* bajo cuyo régimen se encontraban. Por tanto, lo que adquirían, lo adquirían para él. El romano *alieni iuris* no podía tener propiedades y, respecto de las consecuencias de sus actos jurídicos, encontramos un régimen semejante al de los esclavos. Deberes nacidos de contratos celebrados en relación con el peculio, por instrucciones expresas del *pater familias*, o con resultado benéfico para éste, podían reclamarse del jefe de la *domus*.

La mayoría de los ciudadanos libres son, al mismo tiempo, *alieni iuris*, y en el derecho privado no gozan de plena personalidad. Sólo el ciudadano libre que al mismo tiempo dirige su propia *domus*, es *sui iuris* y puede actuar por propia cuenta en la vida jurídica.

### 3.6.LA FAMILIA.

#### LA DOMUS.

Domus es la palabra latina con la que se conoce a un tipo de casa romana. Las domus eran las viviendas de las familias de un cierto nivel económico, cuyo cabeza de familia llevaba el título de dominus.

Nuestro estilo de vida ha estado marcado por la evolución de la sociedad. El conocimiento que hemos ido adquiriendo con la curiosidad, la investigación y el estudio de las cosas nos ha hecho evolucionar en todos los aspectos de nuestra vida.

Los primeros hombres utilizaron palos y piedras para cazar animales salvajes puesto que eran los elementos que tenían más a mano y no se les ocurría otra forma de hacerlo. Después dejaron de vivir en cuevas para empezar a construir sus propios refugios en terrenos que fuesen más cómodos para recolectar agua y comida.

La domus romana estaba ocupada por un solo propietario y su familia, lo cual significaba que eran casas pertenecientes a familias bien posicionadas y adineradas que podían permitirse construir una casa de grandes dimensiones y con todas las comodidades de la época.

Precisamente se trataban de construcciones que llegaban a medir unos 120 metros de largo y 30 de ancho, equipadas con varios habitáculos y las diferentes estancias esenciales y de ocio, lo que las hacía cómodas, muy amplias y bien ventiladas e iluminadas.

Para su construcción, se usaban materiales sencillos como la madera y el ladrillo pero su decoración era más elaborada y seguían las tendencias del momento revistiendo las paredes con mosaicos o con pinturas murales, lo que le daba también mayor prestigio a su dueño

Una de las principales características de las domus es que eran viviendas que se diseñaron orientadas hacia el interior mediante la construcción de distintos patios, por medio de los que se ventilaba y entraba la luz al interior. Las ventanas exteriores, debido a esto último, solían ser pequeñas y poco abundantes, dando así un estilo más íntimo al hogar y ocultando la vida familiar al exterior.

La organización de las estancias más común era la siguiente:

#### El atrium

Se ubicaba normalmente en el centro de la vivienda y consistía en un patio interior en el que se desarrollaba la vida doméstica, formado por una galería de columnas y a su alrededor se encontraban las distintas estancias.

#### El impluvium

Se trataba de una pila o cisterna —por lo general colocada en medio del atrium— que se usaba para recoger el agua de lluvia que caía del compluvium —parte de la cubierta que tenía un cierto ángulo de inclinación que rodeaba el atrium, que canalizaba el agua cuando llovía—.

#### La culina

Es a lo que hoy llamaríamos cocina, situada alrededor del atrium para tener un mejor acceso al agua para cocinar. Era una habitación pequeña con encimeras de madera y fogones fabricados en mampostería para manipular y cocer los alimentos.

#### Las cubila

Eran habitaciones para el descanso de los habitantes de la casa. Generalmente eran individuales para los hijos y comunes para los esclavos que servían en la casa, y se situaban bastante separadas las de unos y otros.

El tablinum

Se solía colocar al fondo de la casa, entre el atrium y el hortus —el jardín o la zona de huerta— o el peristylum —un jardín porticado de mayor tamaño que se construía en las domus más grandes y lujosas, en el que a veces había piscinas, plantas, fuentes y estatuas—y estaba destinado a ser la sala principal o a veces el gran comedor.

El triclinium

El comedor oficial y en el que se celebraban las comidas con invitados. Estaba por lo general muy decorado y recargado con telas y elementos más ostentosos para causar buena impresión a las visitas.

### 3.7. EL PARENTESCO.

La palabra parentesco emana del latín *parens-entis*. Desde el punto de vista biológico, parentesco es el lazo efectivo entre los individuos que provienen unos de otros o de un progenitor común, por lo que la procreación es el sustento de este término.

Dentro del derecho, además de esta concepción basada en las fuentes primarias de las relaciones humanas, se crean otras, independientes de los elementos biológicos, para construir su propia definición de parentesco: es la relación jurídica establecida entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción.

Por lo tanto, derivadas del concepto jurídico de parentesco surgen tres especies: el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil o por adopción.

En Roma el parentesco procedía únicamente del *pater familia* que era la cabeza de la familia, por lo que las relaciones que se derivaban solo él las controlaba, así como la esposa y los hijos pertenecían a él podía tomar decisiones sobre ellos o sus actos.

El antiguo *pater familias*, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él. Las relaciones entre los *pater familias* y los diversos miembros de sus *domus* son las siguientes:

- a. Sobre los clientes el *pater familias* tiene un poder patronal que se acerca mucho al ya descrito poder del antiguo señor sobre sus libertos.

- b. Sobre los esclavos el *pater familias* tiene un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada.
- c. Sobre los libertos el *pater familias* ejerce los *iura patronatus*.
- d. Sobre su esposa y sus nueras puede tener la manus.
- e. Sobre los hijos y nietos tiene la patria potestad.

## GENERALIDADES.

Con el derecho de familia, en realidad estudiamos un aspecto más de lo concerniente a las personas. Como ya sabemos, desde el punto de vista del lugar que guarda el individuo dentro de la familia, éste puede ser un *alieni iuris*- y por lo tanto estará sometido a la autoridad de un *paterfamilias*- o un *sui iuris*, el cual no se subordina a ninguna autoridad.

Las personas *alieni iuris* pueden estar sometidas a cualquiera de estas tres autoridades. La autoridad paternal o patria potestad, la autoridad del marido sobre su mujer, o *manus* (1) Esta autoridad también la puede ejercer una tercera persona, como por ejemplo el suegro, si el marido es a su vez *alieni iuris*.

Por lo que respecta a las personas *sui iuris*, estas no se someterán a la autoridad de nadie, pero su capacidad puede estar limitada por distintas razones, por ejemplo la edad; situación que traerá como consecuencia el que permanezcan bajo el régimen de tutela o de curatela.

El prototipo de la persona *sui iuris* es el *paterfamilias*, quien puede tener un patrimonio y ejercer las autoridades señaladas.

El ser *paterfamilias* no implica tener determinada edad ni el hecho de ser padre; un recién nacido puede ser *paterfamilias* y tendrá una plena capacidad de goce, no así de ejercicio, ya que deberá estar representado por un tutor.

En lo que concierne a la mujer, existe el término *materfamilias*, pero éste no indica ningún derecho específico; es más bien un título honorífico dentro de la familia y de la sociedad.

## 3.8. TIPOS.

En Roma existió un parentesco civil o agnación, y una natural o cognación. También la legislación romana reconoció un tercer vínculo de parentesco: la afinidad, que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

El parentesco: es el vínculo que une a las personas y que depende de sus relaciones de familia; hay cuatro tipos de parentesco y son las siguientes:

- Parentesco por agnación: que es el que existe entre el paterfamilias y las personas sometidas a su potestad. Vínculo de dependencia.
- Parentesco por gentilidad: es el que existe entre las familias que tienen un ascendente común.
- Parentesco por cognación: que es el parentesco de sangre, que se refiere a las personas que descienden unas de otras.
- Parentesco por afinidad: que es el que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos de su consorte.

Parentesco podía ser:

- En línea recta: Todos aquellos que descienden unos de otros.
- En línea colateral: Todos aquellos que descienden unos de otros y cada generación equivale a un grado.
  1. Primer grado: Consanguinidad
  2. Segundo grado: Hermanos
  3. Tercer grado: Primos hermanos en línea colateral.

El pater familias era el hombre romano que no dependía de nadie (*sui iuris*) y de quien dependían los demás (*alieni iuris*). No importaba que estuviese soltero o casado, ni su edad. La mujer nunca podía ser cabeza de familia.

Para entender lo anterior, hay que tener en cuenta que el parentesco natural, fundado en la descendencia física de la mujer, y que los romanos llamaban *cognatio*, carecía de valor civil, en tanto el parentesco civil, fundado en el reconocimiento por parte del hombre de su descendencia o en la adopción como hijos de descendencia ajena, y a lo que los romanos llamaban *agnatio*, era el único parentesco legalmente válido.

La *adoptio* era el acto de adoptar a alguien. Pero, si ese alguien era cabeza de familia, se adopta a toda su familia y el patrimonio pasa al adoptante. En este segundo caso se llama *arrogatio*.

Teniendo en cuenta que la autoridad paterna también se llama manus, la emancipatio o 'emancipación' consiste en liberar a un hijo de la potestad paterna o hacerlo pasar a la potestad de otro.

Por la adoptio un hijo extraño pasa a igualarse civilmente al hijo de legítimo matrimonio. Por eso los romanos daban más importancia a la decisión legitimante del pater familias (agnatio) que al hecho físico del parentesco natural (cognatio).

**Familia agnaticia.**- Se entendía por familia agnaticia al conjunto de personas bajo la misma potestad doméstica, o que lo estarían si el común pater no hubiese muerto, por línea de varón (hasta el sexto grado). Así, por ejemplo forman parte de la familia agnaticia de un individuo bajo la potestad de su abuelo (avus): su padre (pater), su tío paterno (patruus), su hermano (frater), su hijo (filius) y su primer hijo de su tío paterno (frater patruelis o patruelis) así como el hijo de éste (nepos ex patruelis) o su propio nieto (nepos), así mismo todos los varones adoptados por el pater familias. La muerte del ascendiente no implica la disolución del vínculo hasta el sexto grado.

**Familia cognaticia.**- Se entendía por familia cognaticia al parentesco por consanguinidad natural. Es decir, las personas vinculadas por la procreación y el nacimiento. Se compone de un tronco común y dos líneas:

- Línea recta: Aquellos que descienden unos de otros. Puede ser ascendente o descendente. Por ejemplo: padre, hijo, nieto, bisnieto, etc.
- Línea colateral: Aquellos que no descienden unos de otros pero tienen un tronco común. Por ejemplo: hermanos.

En el ejemplo expuesto en el anterior punto, formarían parte de la familia cognaticia del individuo señalado todos los anteriores señalados además de la abuela (avia), la madre (mater), la hija (filia), la hermana (soror), la tía paterna (amita), el tío materno (avunculus), la tía materna (matertera), la hija del tío paterno (soror patruelis), el hijo y la hija de la tía paterna (amitinus y amitina), el hijo y la hija del tío materno (matruelis), el hijo y la hija de la tía materna (consobrinus y consobrina), y sus descendientes.

**Familia gentilicia.**- Se entendía por familia gentilicia el conjunto de personas que tenían en común la misma base que la familia agnaticia, es decir, la gens. Sin embargo, se consideran grados más lejanos, con la condición de que los involucrados se sientan parientes.

**Familia por afinidad.-** Se entendía por familia por afinidad aquella compuesta por uno de los cónyuges y los agnados o cognados del otro. Para contar los grados, se cuenta como si un cónyuge ocupara el lugar del otro en su familia.

### 3.9. MATRIMONIO.

Se llama *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano. En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de ésta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de los hijos.

El matrimonio en la Antigua Roma era una de las principales instituciones de la sociedad y tenía como principal objetivo generar hijos legítimos que heredasen la propiedad y la situación de sus padres.

Entre los patricios también servía para sellar alianzas políticas o económicas. Un ejemplo era el de Julia, hija de Julio César y Cornelia, quien inicialmente se había comprometido con Marco Junio Bruto y que terminó casándose con Pompeyo debido al deseo de su padre de establecer una alianza con este, lo que condujo al Primer Triunvirato.<sup>3</sup> Otro ejemplo fue el tratado de Tarento, el cual dio lugar al matrimonio entre Octavia la Menor y Marco Antonio.

En principio, no era necesario un acto jurídico o religioso para que el matrimonio fuera reconocido como tal, bastando la convivencia entre un hombre y una mujer.

La estructura del matrimonio se desarrolló en la época de la República, pero fue modificada durante el Imperio.

Varios ritos del matrimonio en la Antigua Roma fueron heredados por el mundo occidental contemporáneo, como la existencia de un anillo de compromiso, el consentimiento de los padres, el uso de velo por parte de la novia, la unión de las manos de los contrayentes o el acto del beso con la novia después de que quien dirigía la boda le pusiera término a la ceremonia, lo que demuestra la de esta civilización

#### CONCEPTO.

Modestino, define al matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos” (*nuptiae sunt conjunctio maris et feminae es consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).

El matrimonio está constituido por dos elementos; uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter subjetivo, que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama *affectio maritalis*.

La *affectio maritalis* se exterioriza por el honor matrimonii; esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquél y gozar de la dignidad de esposa.

Se consideran como hijos legítimos aquellos nacidos después de 180 días contados desde la celebración de las *iustae nuptiae*, o bien dentro de los 300 días contados desde la terminación del matrimonio.

Para impugnar la legitimidad o no del producto nacido en las circunstancias anteriores, podría existir prueba en el contrario por parte del marido, de los herederos de aquél o de la madre de la criatura, en el sentido de demostrar que no había existido relación carnal alguna entre ellos, ya fuese por viaje, por enfermedad, impotencia, etc.

En conclusión, los hijos nacidos dentro de los plazos señalados quedarían automáticamente bajo la patria potestad del padre, con todas las obligaciones y derechos que tal situación implica y que, como ya sabemos, fue adquiriendo cada vez más un carácter de reciprocidad. En el caso de las hijas, desde la época de Augusto, éstas tienen derecho a que el padre les dé una dote en el momento de contraer matrimonio, dote que debe estar en relación directa con la fortuna y el rango social del paterfamilias.

## REQUISITOS.

Para que un matrimonio fuera válido en la Antigua Roma (en latín, *iustae nuptiae*), era necesario que se respetaran los siguientes requisitos: edad mínima de catorce años para los hombres y doce años para las mujeres, capacidad jurídica y consentimiento de los respectivos *pater familia*.

### *Connubium*.

La capacidad jurídica matrimonial recibía el nombre de *connubium* y de ella gozaban únicamente los ciudadanos romanos. Los extranjeros, los esclavos, los actores y los que se dedicaban a la prostitución tenían prohibido contraer matrimonio, aunque el *connubium* podía concederse en casos excepcionales.

No era lícito el *connubium* entre padre e hija, madre e hijo, incluso si el hijo o hija era adoptado, ni entre hermanos, incluso si solamente eran medio hermanos.

Tampoco estaba permitido el matrimonio de un hombre con la hija de su hermano, prohibición que fue modificada por el Senado Romano para permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina la Menor en el año 49 a. C., exponiéndole las razones al estado romano.

Edad legal.

La edad mínima que debían tener las personas para casarse estaba relacionada con la pubertad (*pubertas*). En el caso de los hombres, la edad fijada eran los catorce años, al ser púber, y en las mujeres los doce años, *viripotens*, "que pudieran soportar varón". De hecho, era sumamente raro que un hombre se casara pasados los treinta años.

En cuanto a las mujeres, esperaban llegar a una edad entre los catorce y los quince años. El matrimonio de un hombre con una mujer de mayor edad era socialmente aceptado, aunque no tanto como el caso contrario.

Casarse cuando aún no se había completado el proceso del desarrollo físico implicó para muchas jóvenes romanas la muerte prematura durante el parto así como otras complicaciones asociadas.

Las mujeres menos acomodadas se casaban a una edad más madura ya que para ellas no era tan fácil obtener la dote. Los padres podían realizar una promesa matrimonial para sus hijos cuando estos ya tenían siete años de edad.

Consentimiento.

El consentimiento requerido para contraer matrimonio era el de los contrayentes y el de sus *patres familiae*.<sup>11</sup>

### 3.10. Noviazgo.

La celebración del noviazgo de los contrayentes se realizaba en una ceremonia (*sponsalia*) en la que se reunían ambas familias. El novio ofrecía regalos a la novia, entre ellos un anillo de hierro, cambiado más tarde por uno de oro, el cual era colocado en el dedo anular de la mano izquierda debido a que en la antigüedad se creía que este dedo se comunicaba con el corazón a través de un nervio. También se firmaba el contrato nupcial en el que se establecía el monto de la dote (*dos*). Realizados estos trámites, se celebraba un banquete. El matrimonio se celebraba en un período comprendido entre algunos meses y dos años después del noviazgo.

El matrimonio en Roma se perfeccionaba mediante el consentimiento, el cual en la justa nupcia debía cumplir con los siguientes requisitos:

- Serio y no simulado.

- No estar afecto a error con respecto a la identidad del otro contrayente.
- Ser puro y simple, esto es, no admitía ninguna modalidad.

En cuanto a los elementos constitutivos del matrimonio, nadie soslaya la importancia del consentimiento como característica propia del matrimonio romano, él cual pervivirá en tanto exista el consentimiento. El consentimiento o  *affectio maritalis*  es un elemento subjetivo y esencial, llegando a decirse que el matrimonio romano es más bien un estado de voluntad cotidiano, vale decir, exige consentimiento continuo y duradero y que por estar exento de formalidades permite a algunos sostener que el matrimonio romano consiste sólo en el consentimiento. La manifestación no estaba sujeta a ninguna formalidad, el solo consentimiento bastaba.

Conviene reiterar que el consentimiento en el matrimonio o  *affectio maritalis*  tiene carácter permanente, esto es, se exigía para comenzar y mantener todo matrimonio, y que se trata de un estado de vida cotidiano, esto es, la voluntad de continuar viviendo como marido y mujer. El consentimiento no es solamente inicial, sino que debe ser duradero, continuo, de allí que se le denomine  *affectio*  que indica una voluntad con ese carácter. El matrimonio terminaba cuando cesaba la  *affectio maritalis*  o sea la mutua intención de ser marido y mujer. Esto varió con el advenimiento del cristianismo, ya que se le otorgó mayor importancia al  *consensus*  o consentimiento inicial, llegándose a postular por algunos, los católicos, el carácter indisoluble del matrimonio.

Situación de los  *alieni iuris* .

Conviene destacar que el consentimiento de los contrayentes no es suficiente cuando uno de ellos o ambos están bajo  *patria potestas* , pues en tal caso se requiere, además, el consentimiento del  *pater familias* . Cualquiera sea la edad del  *alieni iuris* , este requiere consentimiento o autorización, el cual, tampoco está sujeto a formalidad y hasta puede ser tácito. En este sentido, se estableció que el silencio del  *pater*  implicaba la aceptación del matrimonio.

En los primeros tiempos la norma que exigía la autorización de su  *pater*  era absoluta, pero a comienzos del Imperio, con las leyes Julia y Papia, se atenuó esta norma y se generalizaron las siguientes soluciones:

- Si el hijo se había casado sin la autorización de su  *pater* , este podía después de contraído el matrimonio, ratificarlo o confirmarlo con lo cual se subsanaba cualquier vicio que se derivara de la falta de autorización paterna, o sea la ratificación posterior confirma el matrimonio ya contraído.
- Si el  *pater*  no puede prestar su consentimiento por encontrarse ausente, prisionero de guerra o padecer algún impedimento que le imposibilitare otorgarlo, puede prescindirse de este

requisito, estableciéndose en el Derecho justiniano que hubiesen transcurrido tres años de ausencia, permitiéndose incluso antes si pareciere verosímil que el pater no se opondría al matrimonio.

- Si el pater no puede prestar el consentimiento en razón de que se encuentre afecto por alguna enfermedad mental, el consentimiento debe ser otorgado por el magistrado oyendo al curador y a los miembros más importantes de la familia.
- Si el pater de la mujer se niega a prestar el consentimiento sin que exista causa o motivo suficiente, puede ser suplido por el magistrado. Ello no ocurre cuando el pater familias del varón es el que rehúsa su consentimiento, pues aquí rige un principio según el cual a nadie puede hacerse un heredero contra su voluntad (se aplicaría en caso de matrimonio de hijas). Finalmente, Justiniano equipara a los hijos de ambos sexos.

Cabe destacar que el pater no puede imponer a un *filiusfamiliae* un matrimonio, dado que el matrimonio exige siempre el contrayente del varón y la mujer que se unen en comunidad.

Finalmente, tratándose de hijos varones, además del consentimiento del paterfamilias se exige también el del padre, pues los hijos habidos en este matrimonio podrían eventualmente quedar bajo su *patria potestas*.

Situación de los *sui iuris*.

Cabe destacar que respecto de los *sui iuris*, en virtud de dos constituciones de Constantino se exige para el matrimonio de las hijas menores de edad el consentimiento del padre, de la madre y a falta de ésta, de los más próximos parientes. En el caso de una mujer *sui iuris* mayor de edad, algunos autores consideran que debía intervenir la autorización del tutor, pero cesada la tutela en razón del sexo, sólo se exigía el consentimiento de los parientes próximos y, en caso de disenso, la intervención de la autoridad judicial.

### 3.1.1. TIPOS DE MATRIMONIO

Existían dos formas jurídicas para contraer matrimonio: el *cum manu*, o también llamado *in manum*, y el *sine manu*.

- A través del matrimonio *cum manu*, la mujer romana pasaba de la autoridad de su padre a la del marido. Se trataba de una forma patrilineal y patrifocal de matrimonio. Quedaban por tanto bajo la potestad de sus maridos, aunque en menor medida que su proge, quienes quedaban bajo la *patria potestas*.

- El matrimonio *cum manu* cayó en desuso, incluso antes del final de la República, lo que dio lugar a una nueva forma, el *sine manu*, bajo lo cual la mujer permanecía bajo la tutela de su padre, quien decidía la persona que sería tutor en caso de que el padre muriera, disponía de sus bienes y recibía sus herencias; en caso de producirse el divorcio, la dote no sería solo para el marido. El matrimonio *cum manu* se manifestaba en tres formas: el *confarreatio*, el *coemptio* y el *usus*.<sup>11</sup>

- *Cum manu*
- *Confarreatio*

La *confarreatio* era la más antigua y solemne forma de matrimonio en la Roma Antigua, siendo practicada por los patricios durante esos tiempos. Era práctica obligatoria entre los *Rex sacrorum*

- *Rex sacrorum*, los *Flamen Dialis*, los *Flamen Martialis* y los *Flamen Quirinalis*, además solo podían casarse de esta forma, estos sacerdotes tenían que ser hijos de las parejas casadas en un *confarreatio*.

- La *confarreatio* también era la única forma de matrimonio en la que los sacerdotes podían estar presentes, y eran los *Flamen*, en representación de Júpiter, y al igual los *Pontifices Maximi*. La ceremonia se celebraba en presencia de diez testigos, ya que los novios estaban con la cabeza cubierta uno al lado del otro en bancos cubiertos con piel de oveja ofrecida en un sacrificio. Después continuaba con un acto solemne en el que el novio daba una vuelta a la derecha del altar, tomaba un poco de sal y una bola de espelta, el *panis farreus*, lo que daba lugar al nombre *confarreatio*, con lo cual juraba amar a su esposa, quedando ambos elementos depositados en las manos de los contrayentes. Octavio y Livia decidieron casarse en esta forma de matrimonio.

- *Coemptio*

- La *coemptio* sí fue una restauración simbólica de los tiempos remotos en los que los hombres compraban a las mujeres para poder casarse.<sup>9</sup> Requería únicamente cinco testigos, ante los cuales el novio pagaba al padre de la novia una moneda de plata y una de bronce, lo que colocaba al hombre en un equilibrio seguro, el *libripens*.

- *Usus*

- El matrimonio por *usum* o *usus* era una de las tres formas de matrimonio, junto a la *confarreatio* y la *coemptio* admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio. Para poder llevar a cabo esta forma de matrimonio la novia debía haber estado un año con su novio. Para disolver el matrimonio era necesario que la novia durmiera durante tres noches seguidas fuera de su casa, conocido como *trinoclio*.

-

### 3.12. PATRIA POTESTAD (PATER FAMILIAS).

La patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes que forman la familia civil o agnática. En consecuencia, esta patria potestad es ejercida por el ascendiente varón de mayor edad.

La patria potestad -que es creada para proteger los intereses familiares en todos los sentidos y a través de un jefe (paterfamilias) con plenos poderes para salvaguardar los intereses del grupo- en una primera etapa en realidad es una institución que va a proteger antes que nada los intereses de quien la ejerce. En otras palabras, todos los derechos estaban de su lado y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a él, y este sometimiento no cambiaba por razón de la edad ni por la circunstancia de contraer matrimonio.

En un principio, la autoridad paternal fue semejante a la autoridad del amo sobre el esclavo; se ejercía de forma total tanto sobre la persona como sobre los bienes. Sin embargo, poco a poco esta enérgica autoridad fue desapareciendo, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

1. Derechos sobre la persona. En los primeros siglos de Roma, el poder del paterfamilias era prácticamente ilimitado, llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder manciparlos a una tercera persona.

Este poder absoluto – en muchos casos irracional - fue paulatinamente frenado por el derecho y ya en la época republicana se hizo mucho más moderado.

2. Derecho sobre los bienes. Como es lógico suponer y teniendo en cuenta la evolución que sufrió el poder del paterfamilias sobre las personas sometidas a su autoridad, en lo referente a los derechos sobre los bienes sufrió una evolución semejante.

En el derecho más antiguo, todo lo que la persona adquiría, automáticamente pertenecía al jefe de la familia, pero ya en la época republicana y gracias a la idea del peculio profecticio –o sea aquellos bienes que el hijo puede tener con independencia de los bienes familiares- esta circunstancia va evolucionando y el filius familias puede ir formando un patrimonio propio e independiente.

### 3.13. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Se entienden por fuentes de la patria potestad aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un alieni iuris respecto del sui iuris.

Estas Fuentes son las siguientes:

- A. El matrimonio.
- B. La adopción.
- C. La legitimación.

A. Matrimonio. Se llama *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano. En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de ésta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de los hijos.

### 3.14. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio se podía disolver por diversas razones, por un lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

Entre estas razones encontramos en primer término el *repudium*, o sea la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo. Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de la época de Augusto, sobre todo en los casos en que no había hijos, pero lógicamente, respetando ciertas formalidades.

Por otra parte, encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. Este tipo de divorcio fue cada vez más frecuente sobre todo en la época de los emperadores cristianos, ya que por motivos básicamente de carácter religioso, se empieza a estar en contra de la práctica del repudio.

Cuando Justiniano sube al trono existen cuatro clases de divorcio.

1. **Divorcio por mutuo consentimiento.** Es decir, la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque Justiniano imponga sanciones a las personas que disuelven el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.
2. **Divorcio por culpa de uno de los cónyuges.** O sea que uno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados por la Ley. El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que ésta concurriera a lugares

públicos sin su consentimiento, o, hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causa de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

- 3. Divorcio por declaración unilateral.** Y sin existir causa legal para la disolución del matrimonio, en cuyo caso, una vez reconocido el divorcio, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.
- 4. Divorcio por bona gratia.** Es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

### 3.15. ADOPCIÓN.

Otra de las fuentes de la patria potestad es la adopción, entendiéndose por ella aquella institución de derecho civil cuya finalidad es establecer determinadas relaciones de carácter agnático semejantes a las existentes entre el paterfamilias y el filiusfamilias.

De esta manera se introduce en la familia y queda bajo la autoridad de su jefe, una persona que en la mayor parte de los casos no tiene ningún tipo de parentesco cognático con él

La adopción fue muy frecuente en las familias romanas, como ya sabemos, la familia sólo subsistía por el parentesco agnático creado por línea masculina; por tanto, era necesario establecerlo a fin de que la familia no desapareciese. Por otro lado, debido a que la patria potestad se establecía principalmente como consecuencia de las *iustae nuptiae*, era necesaria la adopción para la continuidad de la familia.

Existen dos clases de adopción:

- a. La adopción de una persona *sui iuris*, que se llama adrogación .
- b. La adopción de una persona *alieni iuris*, que es propiamente la adopción.

#### C. Adrogación

Es la forma más antigua de adoptar; data prácticamente de los orígenes de Roma. Por medio de ella se permitía que un paterfamilias adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro paterfamilias.

Por ser ésta un acto muy trascendental y de suma importancia –puesto que acarrearía la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implica- era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto desde el punto de vista religioso como del social o político.

Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen, ya que a consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado.

## **Legitimación.**

Es el procedimiento para establecer la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Este procedimiento para establecer la dependencia surgida como consecuencia de la patria potestad, tuvo una mayor importancia en la época de los emperadores cristianos.

La legitimación podía llevarse a cabo mediante tres procedimientos distintos:

- a. Matrimonio subsiguiente
- b. Oblación a la curia
- c. Rescripto del emperador.

Extinción de la patria potestad.

Las causas que ponen fin a la autoridad paternal pueden ser divididas en dos grupos: por un lado, las causas fortuitas o ajenas a las personas que intervienen en la relación y, por el otro, los actos solemnes.

Entre las primeras tenemos la muerte, la reducción a la esclavitud o bien la pérdida de la ciudadanía de cualquiera de los dos sujetos que integran esta figura.

Por lo que toca a los hijos, si el padre se encuentra en las situaciones señaladas, se convierten a *sui iuris*, pero no pierden las relaciones agnáticas existentes.

Por otra parte, si se presenta el caso de que el paterfamilias esté en cautiverio, la suerte del hijo estará en suspenso mientras se resuelve esta situación, ya que debemos tener presente que el padre puede recuperar todos sus derechos en virtud del *postliminio*.

También sería causa de la terminación de la relación de dependencia la circunstancia de que el hijo alcanzara determinada dignidad de carácter religioso o público. Esta circunstancia, aún terminando con la dependencia de la patria potestad, no extinguía los lazos agnáticos, los cuales seguían considerándose. Los actos solemnes son la adopción que ya estudiamos y la emancipación.

La emancipación es el acto por medio del cual el jefe de la familia hace salir al hijo de su patria potestad declarándolo *sui iuris*. Esta situación por un principio fue más bien un castigo –ya que si tal hecho sucedía se rompían también los lazos agnáticos- posteriormente se convierte en un beneficio

al establecerse que no se interrumpiera la relación agnática, subsistiendo entonces todos los derechos hereditarios nacidos de ella.

Estas uniones son:

1. El concubinato. Es una unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que éste es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente a cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas ilícitas.
2. El contubernio. Se llamaba así a aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo.
3. El matrimonio *sine conubio*. Es aquella unión de carácter marital que se celebra entre personas que por alguna razón no gozaban del *conubium* o, cuando menos, una de ellas no gozaba de él.

## **TUTELA.**

Una vez estudiadas las distintas potestades bajo las que podía encontrarse una persona *alieni iuris*, pasaremos a examinar las diversas situaciones en que podía hallarse una persona *sui iuris* que, como sabemos, no está sujeta a ninguna autoridad pero que, en virtud de alguna incapacidad, estuviera sometida a la institución de la tutela o bien de la curatela.

Tutela. En el Digesto, en un fragmento de Paulo, este autor afirma que Servio Sulpicio define la tutela como “el poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo” (*vis ac protestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aertatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*) (D.26, I, I pr.)

Tutela de los impúberes. La función primordial del tutor era el buen manejo de la fortuna del pupilo y no la de ocuparse de forma directa de su guarda educación. Por tal razón, debía efectuarse un inventario de los bienes pertenecientes al pupilo para que, con base en el mismo, le fueran restituidos.

De no hacerse tal inventario se consideraría al tutor culpable de fraude; no cabía excusa de ninguna naturaleza para no haberlo efectuado y, en consecuencia, estaba obligado a indemnizar al pupilo de los posibles daños ocasionados. El deber fundamental del tutor era conservar intacto el patrimonio del pupilo.

Un requisito introducido por Justiniano es que el tutor no podía ser acreedor ni deudor de su pupilo y si esta circunstancia se diese, no al principio de la tutela sino durante ella, debería de renunciar al cargo. En caso de no hacerlo perdería su crédito, o bien no se le reconocía como acreedor de la deuda.

El poder dado al tutor no es equivalente a la patria potestad sino más bien una facultad que tiene como objetivo la protección de los pupilos. Se trata de una institución regulada lógicamente por el derecho civil pero no es exclusiva de éste, ya que también la encontramos en muchas ocasiones en el derecho de gentes.

Para poder ejercer la tutela era necesario cumplir con los siguientes requisitos: ser libre, ser ciudadano romano, de sexo masculino y tener más de 25 años.

El paterfamilias podía designar en su testamento tutor para sus hijos, situación que se reconoce ya expresamente en la Ley de las XII Tablas y que conocemos con el nombre de tutela testamentaria.

En el supuesto caso de que ésta no existiese y fuese necesario designar tutor, se llamaría al agnado más próximo del pupilo. A esta tutela la conocemos con el nombre de legítima, puesto que corresponde, por disposición de la ley, al pariente más cercano. Si se daba el caso de que no existiese ningún agnado del pupilo, el magistrado sería el encargado de nombrar un tutor. A esta tutela la conocemos con el nombre de dativa. De estos tres tipos de tutela la primera es la más importante y excluye automáticamente a las otras, así como también la tutela legítima excluirá a la dativa.

En el caso de existir tutor nombrado por testamento, el paterfamilias que lo hubiese designado podría prever la situación de la falta de tutor por algún motivo y, para evitar que se tuviese que recurrir a la tutela legítima, se podrían nombrar varios tutores, uno en sustitución de otro.

Se podía presentar también la situación de la existencia de pluralidad de tutores que desempeñaban conjuntamente la función. Al ejercer la tutela el tutor se encontraba con una serie de restricciones.

En primer lugar, el no poder efectuar ninguna donación en nombre del pupilo, inclusive no podía dar la dote a ninguna mujer miembro de la familia; tampoco podía enajenar ningún predio rústico o suburbano, salvo si era necesario y conveniente para pagar deudas urgentes del pupilo, en cuyo caso se debería dar aviso al magistrado, a efecto de que éste designase que bien se debería enajenar.

Finalmente, en ningún caso, el tutor puede hacer uso personal de las rentas o capital que administra; es más, si no invertía debidamente el patrimonio administrado, debía pagar intereses procedentes de su propio patrimonio.

En el desempeño de sus funciones, el tutor debe realizar todos los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo, pudiendo darse dos situaciones: que obre él solo en representación del pupilo; esto es, la gestio del tutor, o bien que sea el pupilo el que actúe con la

auctoritas del tutor; es decir, con la conformidad de éste en relación con el acto celebrado por el pupilo.

**Tutela perpetua de las mujeres** La mujer en principio, estará siempre bajo la tutela de una persona, puesto que su capacidad estaba limitada, para llevar a cabo determinados actos. La tutela perpetua de las mujeres podía pertenecer a cualquiera de los tres tipos que ya conocemos: tutela testamentaria, legítima o dativa. La tutela de las mujeres estará en desuso en el periodo imperial. En la época de Augusto se le concede lo que conocemos con el nombre de *ius liberorum*; es decir, la circunstancia de que la mujer *sui iuris* quede liberada de tener que ser representada por alguien, aunque con una serie de limitaciones; por ejemplo, se concedía a las ingenuas que tuviesen tres hijos y a las manumitidas que tuviesen cuatro. En el siglo V de nuestra era, esta institución desaparece de forma definitiva, pues hacía muchísimas décadas que de hecho no se llevaba a cabo.

**2. Curatela.** Según la ley de las XII Tablas caían bajo el régimen de curatela los locos (*furiosi*) y los *pródigos*; con posterioridad también se nombraron curadores para sordomudos y enfermos mentales. Además se les nombraba un curador, en todos los casos, a aquellas personas *sui iuris* menores de veinticinco años pero mayores de 14; es decir, a aquellos individuos que por razón de la pubertad ya no estuvieran bajo el régimen de tutela. En algunos casos especiales se nombraba un curador para el pupilo bajo tutela cuando éste tenía que recibir las cuentas del tutor.

Si el tutor interrumpía temporalmente su tutela. Si el tutor no era capaz de administrar los bienes del pupilo, y mientras se nombra a otro tutor.

## **UNIDAD IV.**

### **DERECHOS REALES.**

#### **4.1. LAS COSAS.**

El derecho real forzosamente presupone la existencia de una cosa sobre la cual va a recaer la conducta autorizada del titular, entendiéndose por cosa o bien –res- todo objeto del mundo exterior, que puede producir alguna utilidad al hombre. Según el derecho Romano, no todas las cosas podían ser susceptibles de apropiación por el particular; éstas eran las cosas que estaban fuera del comercio (*res extra commercium*). Las cosas que sí podían ser apropiadas por los particulares eran a aquellas que estaban dentro del comercio (*res in commercium*). Las cosas podían estar fuera del comercio por razones de derecho divino o de derecho humano. Estaban fuera del comercio por

derecho divino: Las res sacrae o sagradas, como los terrenos, edificios y objetos consagrados al culto. La res religiosae o religiosas, que eran las cosas destinadas al culto doméstico, como los sepulcros.

Las res sanctae o santas, como los muros y las puertas de la ciudad, que estaban encomendados a la protección de alguna divinidad. Estaban fuera del comercio por razones de derecho humano: Las res comunes, que son aquellas cuyo uso es común a todos los hombres, como el aire, el agua corriente, el mar y la costa del mar. Las res publicae, que pertenecen al pueblo romano considerado como un ente jurídico, como las carreteras, los puertos, los ríos, los edificios públicos y las calles de la ciudad. A su vez, las cosas in commercium pueden clasificarse de la siguiente manera: I. Res Mancipi y res nec Mancipi. Este criterio de clasificación es muy antiguo; entre las res Mancipi incluye a los terrenos y casas propiedad de los ciudadanos romanos y por tanto situadas en suelo itálico, a las servidumbres de paso o de acueducto constituidas en esos terrenos, así como a los esclavos y a los animales de tiro y carga. No solo la inhumación de un hombre libre le otorgaba al terreno la cualidad de cosa religiosa. La inhumación de un esclavo surtía, también, el mismo efecto.

Como se puede apreciar, las res Mancipi representan las cosas más valiosas para un pueblo agricultor como lo fue el romano de los primeros tiempos. Todas las demás cosas son cosas no Mancipi; es decir, nec Mancipi. Para la transmisión de las primeras había que acudir a alguno de los modos solemnes del derecho civil, como la Mancipatio; para las cosas nec Mancipi era suficiente la simple transmisión o traditio.

La clasificación que estamos estudiando tenía razón de ser en la época más antigua, cuando también existía una gran diferencia entre los ciudadanos y los peregrinos, y entre los terrenos itálicos y los terrenos provinciales. Al desaparecer estas diferencias también desapareció la razón de ser de la clasificación, que fue abolida formalmente por Justiniano, al igual que la Mancipatio.

## 4.2. COSAS INMUEBLES Y COSAS MUEBLES

Esta distinción vino a sustituir a la anterior, siendo los bienes inmuebles los más importantes. Entre ellos tenemos a los terrenos y edificios; muebles son los demás bienes. En el derecho imperial la enajenación de las cosas inmuebles requería de mayores requisitos y de formas solemnes.

**3. Cosas corporales e incorpóreas** Son corporales las cosas que pueden apreciarse con los sentidos, que son tangibles, que pueden ser tocadas; son incorpóreas las cosas no tangibles, como un derecho o una herencia.

**4. Cosas divisibles e indivisibles.** Las cosas divisibles son aquellas que sin detrimento de su valor pueden fraccionarse en otras, de igual naturaleza, como una pieza de tela, por ejemplo; las cosas indivisibles, por el contrario, no pueden fraccionarse sin sufrir menoscabo, tal es el caso de una obra de arte.

**5. Cosas principales y accesorias.** Son principales aquellas cosas cuya naturaleza está determinada por sí sola, y sirven de inmediato, y por ellas mismas a las necesidades del hombre; por ejemplo, un terreno.

**Son accesorias.** aquellas cuya naturaleza y existencia están determinadas por otra cosa de la cual dependen; por ejemplo, un árbol. Pertenecen a la categoría de las cosas accesorias los frutos, que son los productos de una cosa, y que adquieren individualidad al separarse de la cosa principal. Los romanos incluían entre los frutos a los productos de la tierra, de los animales, de las minas, y también a los productos que se obtenían de otras cosas, como las rentas de un edificio, pero no consideraban en esta categoría –es decir como fruto- al hijo de una esclava.

Distinguían entre los frutos pendientes, que todavía no han sido separados de la cosa principal y pertenecen al dueño de la misma, y los frutos separados o percepti, que pueden pertenecer a otra persona que tenga algún derecho sobre la cosa, aunque no sea el propietario.

**6. Cosas fungibles y no fungibles.** Son cosas fungibles las que pueden ser sustituidas por otras del mismo género, como el vino, el trigo o el dinero; para los romanos estas cosas se individualizaban al contarlas, pesarlas o medirlas.

Son cosas no fungibles las que no pueden sustituirse las unas por las otras, ya que están dotadas de individualidad propia; un cuadro, por ejemplo.

## **7. Cosas consumibles y no consumibles**

Las cosas consumibles son las que generalmente se acaban con el primer uso, como los comestibles. El dinero también es consumible, porque su uso normal lo hace salir del patrimonio

Las cosas no consumibles son las que pueden usarse repetidamente, como los muebles de, una casa o la casa misma.

### 4.3. LA POSESIÓN, DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

La palabra *possidere*, de donde *possessio* se deriva, contiene a su vez la palabra *sedere* o sentarse, sentarse o asentarse en una cosa, de ahí la definición de posesión como el poder de hecho, que una persona ejerce sobre una cosa, con la intención de retenerla y disponer de ella como si fuera propietario.

Esta situación de hecho, al ser contemplada por el derecho, adquiere relevancia jurídica, como veremos más adelante.

La posesión es una de las figuras jurídicas más difíciles de estudiar. Ello es así porque la institución ha sido objeto de múltiples interpretaciones desde la época de Roma hasta nuestros días.

Muchos de los romanistas contemporáneos afirman que para el Derecho romano la posesión no era un derecho, sino una situación de hecho. Para fundamental afirmación, recurren a varias citas del Digesto.

Así por ejemplo, en relación con el postliminio, Papiniano dice: “por lo demás, si el comprador, antes de adquirir la propiedad de una cosa por usucapión, hubiese sido capturado por los enemigos, se estimó procedente que la usucapión interrumpida no pueda reintegrarse por el derecho de postliminio, porque la usucapión no se realiza sin la posesión y la posesión es sobre todo un hecho, y la situación de hecho no entra en el derecho de postliminio” (D.41, 2, 23 pr.).

Al referirse a la herencia Javoleno señala: “Cuando somos instituidos herederos, al adir la herencia, pasan a nosotros todos los derechos, pero no tenemos la posesión a no ser que la hayamos tomado realmente” (D.41, 2.23 pr.).

Finalmente, en lo tocante a la adquisición de la posesión, Paulo afirma: “El loco y el pupilo no pueden tomar posesión sin la autoridad del tutor, pues es cosa de hecho y no de derecho y no de derecho, opinión ésta que puede admitirse si los pupilos tienen ya edad de entender lo que hacen.” En otro pasaje agrega: “Si un marido cede la posesión de una cosa a su mujer a causa de donación, creen los demás que ella posee aquella cosa porque una situación de hecho no puede anularse por derecho civil...” (D.41, 2, 1:3 y 4).

Sin embargo, a las anteriores, podemos oponer las siguientes citas en las cuales se sitúa a la posesión en el mundo del derecho. Así, en relación con la adquisición y pérdida de la posesión, Paulo afirma: “Nos liberamos de una obligación aproximadamente por los modos contrarios de aquellos por los

que nos obligamos; y perdemos un derecho por los modos contrarios de aquellos por los que lo adquirimos; así, del mismo modo que no se puede adquirir la posesión a no ser con la intención y tenencia efectiva, así tampoco puede perderse si no se ha producido algún acto contrario a ambas” (D.50, 17, 153). También en lo que concierne a la adquisición de la posesión, Papiniano dice: “Puedo adquirir la posesión por mediación del esclavo que tengo en usufructo, si es con bienes míos o con el trabajo del esclavo, ya que está en la posesión natural del usufructuario y la posesión sigue en gran parte el régimen de la propiedad. “Más adelante añade: “Los que están bajo potestad pueden tener materialmente una cosa del peculio, pero no pueden tenerla como propietarios, ni tampoco poseerla, pues la posesión no es algo sólo material, sino también de derecho.” (D.41, 2, 49 pr.; 41, 2, 49, 1).

Al hablar de los interdictos Paulo afirma: “No importa para este interdicto que la posesión sea justa o sea con vicio respecto de otras personas, pues cualquier poseedor, por el hecho de serlo, ya tiene más derecho que el que no posee” (D.43, 17, 2).

Todos sabemos que el Digesto muestra contradicciones, que al reunir las citas los compiladores las adecuaban o actualizaban con interpolaciones, y también sabemos que no siempre lograron criterios uniformes al realizar esta tarea. Sin embargo, no creemos que esta sea la única explicación para la aparente contradicción entre un grupo de citas y otro.

Se puede especular sobre la posibilidad de que los juristas romanos se refieran en unos casos a la posesión de hecho y en los otros a la posesión como un derecho.

La posesión de hecho, o sea el que una cosa esté bajo el control de una persona, no es difícil de entender; constituye un hecho natural que no tiene relevancia para el derecho, ya que solo la adquirirá en el momento en que desempeñe determinada función de naturaleza jurídica, como:

Ejercicio de un derecho

Cumplimiento de un deber

Violación de un deber

Supuesto para la producción de consecuencias: derechos y deberes o su modificación, transmisión o extinción.

El primer caso, está implícito en todos y cada uno de los derechos que nos autorizan a actuar sobre las cosas, Tanto el propietario como el arrendatario estar autorizados a poseer (ius

possessionis), por ser un derecho es forzosamente un facultamiento de conducta, una autorización, o sea la conducta facultada al poseedor.

En cuanto a la célebre cita de Ulpiano, que reza: “Nada tienen en común la propiedad con la posesión...” (D.41.2.132.1), no quiere decir que la posesión sea sólo un hecho mientras que la propiedad es un derecho, sino que nos demuestra que estamos frente a dos derechos distintos.

Por último en lo referente al argumento que sostiene que la posesión es un hecho en tanto se defiende procesalmente con los interdictos y no con acciones, tampoco creemos que sea un argumento decisivo, ya que el resultado es el mismo; poder defender nuestro derecho ante el órgano jurisdiccional, además de que en el derecho justinianeo los interdictos sólo son un recuerdo histórico, y la posesión al igual que la propiedad, se protege también con acciones, según podemos comprobar en las Instituciones, que se refieren a los interdictos de la siguiente manera:” Debemos ahora tratar de los interdictos y de las acciones que hacen las veces de tales.” Para agregar más adelante:”En cuanto a los trámites y resolución que antiguamente tenían los interdictos en inútil ya decir cosa ninguna, porque siempre que se ejerce la jurisdicción extraordinariamente –cosa que sucede hoy en toda clase de juicios- no se necesita pronunciar interdicto, sino que se juzga sin él del propio modo que si se hubiera concedido una acción útil en virtud de interdicto previo” (Ins. 4,15pr.y 4,15, 8).

Las contradicciones que supuestamente se encuentran en las citas de los juristas romanos que acabamos de mencionar, dieron lugar a las teorías modernas acerca de la posesión. Entre las más importantes aparecieron en el siglo pasado, las de dos destacados juristas alemanes: Savigny y Ihering. Federico Carlos Von Savigny (*Traité de la posesión en Droit Romain.*), desarrolla y encabeza la corriente que afirma que la posesión es sólo una situación de hecho, aunque esté protegida por el derecho, y así pudiera aparecer que ella misma lo es.

Por su lado Rodolfo Von Ihering (*La posesión.*), adopta la postura contraria al afirmar que la posesión por sí misma es un derecho. Este autor define al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido y ya que el interés del poseedor en poseer está protegido jurídicamente, la posesión es un derecho subjetivo.

## 4.4. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

La posesión se constituye por la reunión de dos elementos.

El primero, de carácter objetivo, se llama hábeas y es precisamente el control o poder físico que la persona ejerce sobre la cosa. El segundo elemento tiene carácter subjetivo, se denomina animus possidendi o simplemente animus, y consiste en la intención o voluntad del sujeto de poseer la cosa, reteniéndola para sí, con exclusión de los demás.

Para adquirir la posesión es necesaria la reunión de ambos elementos. Puesto que el hábeas implica un poder material o una relación física entre el poseedor y la cosa, en principio la posesión sólo

podía referirse a cosas corporales. Sin embargo, más adelante se admitió la posesión de cosas incorpóreas; es decir, la posesión de derechos, y para ella se creó la figura de la quasi possessio o iuris possessio. Se podía adquirir el hábeas a través de otra persona, como un hijo o un esclavo, o bien, por un representante.

En cuanto a la adquisición de la posesión de un inmueble, no hacía falta recorrer todo el fundo, era suficiente con introducirse en él., tratándose de cosas muebles, bastaba con que quedaran puestas a disposición del poseedor.

En lo concerniente al animus o intención de poseer, era necesaria la capacidad jurídica para poder adquirir la posesión.

No tenían el animus possidendi aquellas personas que estuvieran autorizadas a actuar sobre las cosas en virtud de otro derecho -real o personal-, que excluyera la posibilidad de que se convirtieran en propietarios. Se decía que sólo tenían una posesión natural sobre la cosa en cuestión; esto es, una mera detentación.

La posesión se perdía por la pérdida de cualquiera de sus elementos –el hábeas o el animus-, y forzosamente por la pérdida de ambos.

## 4.5. CLASES DE POSESIÓN.

Los romanos distinguieron varias clases de posesión: la posesión justa e injusta, u la posesión de buena fe y de mala fe. La posesión es justa cuando se adquiere sin perjudicar a un anterior poseedor, esto es, que se adquiere sin vicios. Por eso también se le llama posesión no viciosa.

La posesión injusta implica lo contrario: al adquirirla se dañó a otro poseedor; esta posesión también se conoce como posesión viciosa, a aparecía cuando se adquiría violentamente (vi), clandestinamente (clam); o en virtud de que precario, cuando el que tiene una cosa que se le había concedido en uso se negaba a devolverla.

La posesión también puede ser de buena o de mala fe. Es de buena fe cuando el poseedor cree tener derecho a la posesión, y es de mala fe cuando sabe que no lo tiene, como es el caso del ladrón.

El poseedor de buena fe con el transcurso del tiempo, puede convertirse en propietario, por usucapión; además, se hace dueño de los frutos hasta el momento en que el verdadero dueño le reclame la cosa poseída, tiene derecho a los gastos necesarios y útiles que hubiera hecho para la conservación del objeto y puede retenerlo hasta que le sean pagados.

El poseedor de mala fe jamás se convierte en propietario; además, debe devolver todos los frutos y sólo tiene derecho a recuperar los gastos necesarios.

Cualquier poseedor podía pedir la protección posesoria por medio de los interdictos, tanto el de buena como el de mala fe, siempre que no lo hiciera en relación con la persona de quien hubiera obtenido la posesión de forma viciosa, esto es, con violencia, clandestinamente o en precario. En oposición a la posesión jurídica o posesión civil, que podía convertirse en propiedad,

### **Protección posesoria.**

El poseedor cuenta con los interdictos para demandar el reconocimiento o protección de su posesión frente al despojo.

Existen dos grupos de interdictos para proteger la posesión. Unos se ejercen ante la amenaza de despojo, y son aquellos que sirven para retener la posesión (interdicta retinendae possessionis). se utilizan antes de que el despojo se consume, esto es, cuando alguien perturba la posesión.

Los otros se utilizan cuando el despojo ya se realizó, para pedir la restitución del objeto:

Son los interdictos que sirven para recuperar la posesión (interdicta recuperandae possessionis)<sup>30</sup>

**A. Interdicta retinendae possessionis.** En este grupo de interdictos que se utilizaban para retener la posesión, encontramos uno referente a la posesión de bienes muebles, que se llama interdicto uti possidetis, y otro que se utiliza para la conservación de bienes muebles y se llama interdicto uturbi.

**Interdicto de possidetis** Como ya dijimos, este interdicto servía para conservar o retener la posesión de bienes muebles. Se otorgaba al que estuviera poseyendo, vale decir, al poseedor actual del inmueble, para que se defendiera de cualquier perturbación. De este modo, el poseedor lograba mantener la posesión actual, siempre y cuando esta no fuera viciosa, pues si la había obtenido con violencia, de forma clandestina o en razón de un precario, en relación con el adversario, el pretor le ordenaría devolver el inmueble. De ahí que aunque este interdicto se considera de carácter prohibitorio, pudiera fungir, en este último caso, como un interdicto para recuperar la posesión, y tuviera también carácter de restitutorio. Por otro lado, el interdicto uti possidetis es un interdicto duplex, porque cualquiera de los litigantes podía tener el papel de demandante o de demandado, por ello el magistrado lo dirigía a ambos, en los mismos términos, ordenándoles no perturbar la posesión actual.

**b. Interdicto utrubi.** Como sabemos, este interdicto se usaba para conservar la posesión de bienes muebles. Se otorgaba al litigante que hubiera poseído el objeto en cuestión por más tiempo durante el último año. Por tanto, era también un interdicto duplex, y al igual que en el caso anterior, aunque su carácter fuera esencialmente prohibitorio, también podía servir para recuperar la posesión.

**B. Interdicta Recuperandae Possessionis.** Entre los interdictos que sirven para recuperar la posesión, existen tres, que son: el interdicto unde vi, el interdicto de precario y en interdicto de clandestina possessione.

**a. Interdicto unde vi.** Este interdicto servía en los casos en que se era desposeído por la fuerza, esto es, violentamente, de un inmueble. Aparecía en dos formas distintas: de vi y de vi armata; esta última utilizaba para defenderse cuando la desposesión se había realizado con la ayuda de hombres armados.

**b. Interdicto de precario** .Este interdicto lo otorgaba el magistrado para pedir la restitución de una cosa mueble o inmueble –que se había dado a título de precario- cuando el precarista se negaba a devolverla.

**c. Interdicto de clandestina possessione.** Este interdicto se daba contra la desposesión oculta y maliciosa de un inmueble. Los tres interdictos que acabamos de analizar servían para recuperar la posesión y, por lo tanto, son interdictos restitutorios. Los tenía cualquiera poseedor para defenderse en estos tres supuestos; su ejercicio por regla general sólo se excluía en relación con la persona de quien se hubiera obtenido la posesión de forma viciosa, esto es, con violencia, clandestinamente o en precario.

## 4.6.LA PROPIEDAD, TERMINOLOGÍA Y DEFINICIÓN

Los romanos usaron diferentes vocablos para designar al derecho real de la propiedad. El más antiguo es el término *mancipium*<sup>31</sup>, después usaron la palabra *dominium* y, finalmente la de *propietas*.

Es el derecho de propiedad el derecho real por excelencia, el más importante de esta clase de derechos, por ser el más extenso en cuanto a su contenido, y también porque es el derecho real originario y conceptualmente fundente de los otros derechos que autorizan a actuar sobre las cosas, ya que todos ellos suponen la existencia previa de la propiedad para poder estructurarse.

Las fuentes romanas no nos proporcionan una definición de derecho real de propiedad, de modo que en este libro adoptaremos una definición moderna del autor mexicano Guillermo Floris Margadant, (*El Derecho privado Romano...*) que afirma: “ La propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que este pueda proporcionar”.

Los comentaristas explicaron el contenido del derecho de propiedad diciendo que éste otorga a su titular el *ius utendi* o derecho de usar el objeto, el *ius fruendi* o derecho de aprovecharlo, esto es, disfrutarlo o percibir sus frutos y, finalmente, el *ius abutendi* o derecho de disponer del objeto, hasta agotarlo, consumiéndolo, por ejemplo, o haciendo con él lo que queramos, como enajenarlo o donarlo.

El Derecho romano reglamentó la propiedad privada, otorgándole, como acabamos de mencionar, facultades muy amplias al propietario, pero también, y en atención al interés social, estableció limitaciones a esas facultades.

Entre estas limitaciones encontramos las siguientes: prohibición de enterrar o quemar cadáveres dentro de la ciudad, obligación de los vecinos de permitir el paso por el fundo propio cuando se estropeará la vía pública; asimismo, los propietarios de fundos ribereños debían permitir el uso público del río y sus riberas, para fines de la navegación. El propietario de un fundo en donde se

encontrara una mina debía permitir las excavaciones hechas por un tercero, siempre que éste pagara una cantidad al propietario y otra al fisco.

Otras obligaciones derivadas de las relaciones de vecindad nos dicen que el dueño de un fundo que hubiera hecho obras que desviarán las aguas de un río, podía ser obligado a destruirlas, que era obligatorio dejar entrar al vecino para recoger los frutos caídos de sus plantas.

Asimismo, la construcción del vecino no debía oscurecer la casa del otro; para ello, las nuevas construcciones deberían salvar la distancia de cuando menos doce pies, y no debía exceder de los cien de altura. También era necesario dejar espacios libres entre los edificios, para permitir la circulación.

En cuanto a la expropiación por causa de utilidad pública, no se conocen disposiciones expresas que la reglamenten, pero dadas las grandes construcciones que a lo largo del territorio nos dejaron los romanos, es congruente pensar que sí se hubiera conocido.

### **Clases de propiedad**

El Derecho Romano conoció una doble reglamentación de la propiedad; la primera en la que establece el derecho civil y se llama propiedad quiritaria (*dominium ex iure quiritium*). La otra, que apareció con posterioridad, fue establecida por el derecho honorario y se denomina propiedad bonitaria. Con el tiempo, y al darse la fusión entre el derecho civil y el derecho honorario, encontraremos un instituto unitario; Justiniano, por ejemplo, sólo habla de *propietas*, sin hacer ya ninguna distinción.

**A. Propiedad quiritaria.** La propiedad quiritaria fue la única forma reconocida por el derecho civil que exigía para su constitución los siguientes requisitos: a. Que el sujeto fuera ciudadano romano

#### **b. Que la cosa estuviera en el comercio**

c. Si el objeto era inmueble, debía estar situado en suelo itálico. d. Su transmisión debía hacerse por los medios solemnes del derecho civil; la *mancipatio* o la *in iure cesio*, por ejemplo.

La protección procesal de la propiedad quiritaria se lograba a través de la acción reivindicatoria (*reivindicatio*), que era una acción real que tenía el propietario en contra de cualquier tercero, para pedir que se le reconociera su derecho y, en su caso, que se le restituyera el objeto. Los Romanos se daban a sí mismos el nombre de *quirites*, nombre tomado del dios Quirino, que

representa a Rómulo, el fundador de Roma. El derecho quiritarario es el antiguo derecho civil; la propiedad Quiritaria, la que está reglamentada por este derecho.

## 4.7. LA COPROPIEDAD.

La copropiedad existe cuando varias personas son titulares del derecho de propiedad, sobre el mismo objeto, en cuyo caso cada una de ellas será propietaria de una cuota ideal.

La copropiedad podía surgir accidentalmente cuando se mezclaban granos o líquidos –vino, por ejemplo- de diferentes personas; también surgían de acuerdo entre las partes, como en el contrato de sociedad, o por donación o herencia.

### Modos adquisitivos de la propiedad

Con independencia de adquisiciones a título universal –que son aquellas en que todo el patrimonio de una persona pasa a manos de otra, como en la herencia<sup>36</sup> tenemos las adquisiciones a título particular; es decir, cuando una cosa determinada ingresa al patrimonio de una persona. Tales adquisiciones serán objeto de estudio en este capítulo.

Los modos adquisitivos de la propiedad fueron clasificados por el Derecho romano en modos adquisitivos del derecho civil y modos adquisitivos del derecho de gentes (Gayo, 2, 65, Inst.2, 1,11).

**A. Modos adquisitivos del derecho civil.** Los modos adquisitivos del derecho civil son: la mancipatio, la in iure cesio, la usucapio, la iudicatio y la lex.

**a. La Mancipatio.** La mancipatio, que podemos traducir como mancipatio, era un negocio solemne usado por los ciudadanos romanos en la transmisión de la res Mancipi.

Era necesaria la presencia del transmitente u el adquirente, cinco testigos y el portabalanza (libripens), ya que la mancipatio es uno de los negocios per aes et libram, esto es, se efectúa por medio del cobre y la balanza.

El adquirente tomaba en sus manos la cosa que se iba a mancipar o algún objeto que la representara y afirmaba que aquélla le pertenecía de acuerdo con el derecho de los quirites. Después tocaba la balanza con un pedazo de cobre, que entregaba al transmitente como símbolo del precio

Además de utilizarse para formalizarla transmisión de la propiedad, la mancipatio servía para la transmisión de los otros derechos reales, la realización de determinados actos del derecho de familia; adopción, emancipación, establecimiento de la manus por coemptio; la venta del hijo en mancipium, la constitución de una dote o de una donación, la entrega de la persona, sometida a potestad, que garantizaba el cumplimiento de la obligación, en el nexum; la entrega de una cosa que serviría para garantizar una deuda (fiducia), la realización del actus contrarius en la extinción de las obligaciones y la confección del testamento mancipatorio.

La mancipatio se conoció desde muy antiguo, probablemente antes de la Ley de las XII Tablas, pero perdió importancia al desaparecer la distinción de las cosas en res mancipi y res nec mancipi. Justiniano ya no la menciona en su compilación.

**b. La in iure cessio.** La in iure cessio es un modo adquisitivo que debía llevarse a cabo frente al tribunal.

De acuerdo con un precepto de la Ley de las XII Tablas, el demandado que no se defendía perdía el proceso. Con base en este precepto la jurisprudencia pontifical creó un nuevo modo de adquirir la propiedad. Era éste un proceso ficticio en el cual el actor adquirente comparecía in iure ante el magistrado, para reivindicar una cosa. Poniendo la mano sobre ella o sobre algún objeto que la representara, afirmaba ser el propietario. El demandado transmitente no se defendía, por lo que el magistrado declaraba propietario al actor.

Este método adquisitivo de la propiedad se refería tanto a cosas mancipi como nec mancipi; además, tenía otras aplicaciones, como la manumisión, la constitución de servidumbres y, a

través de este juicio fingido, también se podía llevar a cabo la adopción o establecerse la tutela.

La *in iure cesio* corrió con la misma suerte que la *mancipatio*. Fue muy importante en el derecho preclásico y se usó poco en la época clásica, para desaparecer por completo en la compilación justiniana.

c. La *usucapio*. El jurista romano Modestino define la usucapión como: “la adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley” (D.41, 3,3). Al ser la usucapión, como los anteriores, un modo de adquirir del derecho civil, sólo era aplicable a los ciudadanos romanos y en relación con aquellas cosas sobre las cuales se pudiera tener la propiedad *quiritaria*.

Para la usucapión deben reunirse cinco requisitos: *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio* y *tempus*.

**1. Res habilis.** Este requisito tiene que ver con la cosa que se va a usucapir, que debería estar *in commercium*, puesto que las cosas que estaban fuera del comercio no podían ser apropiadas por los particulares.

**2. Titulus.** El título es aquel que justifica la posesión que debe estar fundada en una justa causa de adquisición. Estas causas son: *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro soluto*, *pro derelicto*; es decir, que se debe poseer como comprador, donatario, en virtud de la dote; como legatario, por haber recibido un pago o por haber ocupado una cosa que se pensó estaba abandonada.

En todos los casos anteriores existió un título que debió haber sido suficiente para justificar la adquisición y, en su caso, la propiedad, pero por un vicio de fondo –que el transmitente no fuera el propietario de la cosa-, o de forma- no haber realizado la *mancipatio* o la *in iure cesio*- no se adquirió la propiedad y sólo se justificó el comienzo de la posesión.

**3. Fides.** Existe la buena fe cuando el poseedor cree tener derecho a la posesión. Sólo el poseedor de buena fe puede convertirse en propietario por usucapión; en el Derecho romano, el ladrón no podía usucapir.

**4. Possessio.** La posesión debería ser continuada, pues una interrupción hacía necesario el comienzo de una nueva usucapión con todos los requisitos.

**5. Tempus.** La Ley de las XII Tablas fijó el plazo necesario para la usucapión, que debía ser un año para cosas muebles y dos años para inmuebles

**d. La adjudicatio.** En los juicios divisorios el juez tenía la facultad de adjudicar, esto es, de atribuir a cada uno de los litigantes la parte que le correspondía.

La adjudicación se daba en relación con las tres acciones divisorias; de la herencia indivisa, de la cosa común en la copropiedad y el deslinde.

**e. La lex.** Bajo esta denominación el derecho civil incluyó todos aquellos casos, en los que se adquiría la propiedad por el solo efecto de la ley.

Estos casos son tres: el legado vindicatorio, por el cual el legatario se hace propietario en el momento en que el heredero acepta la herencia; las leyes caducarias de Augusto, que excluían de ciertas liberalidades a las personas solteras o sin hijos, para atribuírselas a otros herederos; finalmente, el que encontraba un tesoro en un terreno ajeno, debía entregar la mitad al dueño del terreno, quien se convertía en propietario de esa parte por disposición de la ley

#### 4.8. MODOS ADQUISITIVOS DEL DERECHO DE GENTES.

De acuerdo con el derecho de gentes (*ius gentium*), el derecho romano también reconoció como modos de adquirir la propiedad a los siguientes: la traditio, la ocupación de accesión, la especificación, la confusión y conmixción, la *praescriptio longi temporis* y la adquisición de frutos.

**a. La traditio.** Una de las acepciones de la palabra tradición –*tradio*– es la de “entrega”, y este modo adquisitivo de la propiedad se realizaba precisamente mediante la entrega de una cosa, aunada a la intención de transmitir y adquirir.

Para que la tradición sea efectiva deber reunirse dos requisitos uno de carácter objetivo, consistente en la entrega de la cosa, y otro de carácter subjetivo, que es la intención de transferir por parte de la tradens, y la de adquirir, por parte de la accipens.

La traditio fue conocida desde la época preclásica, pero se aplicaba solamente a las cosas necmancipi; para la res Mancipi era necesaria la Mancipatio o la in iure cesio. Al desaparecer la distinción de cosas Mancipi y nec Mancipi la traditio sustituyó a la Mancipatio y la in iure cesio.

Con el tiempo, la exigencia de la entrega material fue sustituida por actos simbólicos que pusieran de manifiesto la intención de las partes de transferir y adquirir, como por ejemplo la entrega de las llaves de la bodega en donde se guardaba la mercancía por entregar.

## **b. La ocupación.**

Adquirimos por ocupación, esto es, apropiándolas aquellas cosas que están en el comercio y que carecen de dueño, bien porque nunca lo tuvieron -res nullius-, o porque su dueño las abandonó -res derelictae.

Los romanos consideraban entre la res nullius a las siguientes

Los animales salvajes que gozaban de libertad; la caza y la pesca.

Las cosas pertenecientes al enemigo en el momento de iniciarse la guerra.

Las piedras preciosas, las perlas y el coral encontrados en el mar o en sus orillas

La isla que se forma en el mar y que todavía no pertenece a nadie.

El tesoro, entendido por éste a la suma de dinero o los objetos preciosos escondido portanto tiempo que nadie recuerda quien era si legítimo propietario.

El tesoro no se consideraba como fruto de la finca, sino que se clasifica como una res nullius, y su propiedad la correspondía a quien lo encuentre y ocupe,

Si el descubrimiento se hacía en un fundo ajeno, la mitad del tesoro correspondía al propietario del terreno.

**c. La accesión.** Hay accesión cuando una cosa se adhiere a otra de forma inseparable, en cuyo caso será dueño del conjunto el dueño de la cosa principal. La adquisición es definitiva, aunque indemnizando al propietario de la cosa accesoria.

**El Derecho romano distinguió tres clases de accesión:** Unión de una cosa mueble a otra inmueble.

1. Ferruminatio, que es la soldadura de dos objetos del mismo metal.
2. Textura. Bordado o tejido que se incorpora a una tela
3. Tinctura, coloración de telas.
4. Scriptura, escritura sobre papel o pergamino.
- 5 Pictura, pintura sobre lienzo o madera.

Unión de una cosa mueble a otra inmueble.

1. Avulsio o avulsión, que tiene lugar cuando una porción de terreno, arrancada por la corriente de un río, se incorpora a otro fundo.

2. Alluvio o aluvión, que consiste en el incremento constante e imperceptible en los fundos ribereños por el movimiento del agua.

3. Isla nacida en un río; si nace en medio del río, la propiedad les corresponde a todos los propietarios de los fundos ribereños; si no es así, sólo les corresponderá a los de la orilla más próxima.

4. Río que abandona su cauce; éste será propiedad de los ribereños de acuerdo con la regla precedente.

Conforme a lo que ya apuntamos al hablar de la clasificación de las cosas, sabemos que se consideran como cosas principales aquellas que sirven por sí solas y de inmediato a las necesidades del hombre, mientras que son accesorias las cosas cuya existencia está determinada por la cosa de la cual dependen.

Para los efectos de la accesión han que agregar que los sabinianos opinaban que la cosa de mayor valor era la principal, mientras que los proculeyanos dijeron que la cosa principal era la que determinaba la función del conjunto

#### **4.9. LA SUCESION HEREDITARIA Y SUS EFECTOS.**

La sucesión hereditaria implica que una persona (el testador) traspase a otra (heredero o legatario) su patrimonio. Estos son esencialmente su familia, a quienes les pasa la titularidad de bienes, derechos y obligaciones. También puede hacerlo a personas sin parentesco e, inclusive, a instituciones públicas o privadas.

En el derecho, la sucesión hereditaria implica que una persona, el testador o de cujus, traspase a otra, heredero o legatario, su patrimonio. Estos últimos serán fundamentalmente sus familiares, transfiriéndoles la titularidad

De bienes, derechos y obligaciones. También puede hacerlo a personas sin parentesco e inclusive instituciones públicas o privadas. La herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

La herencia de conformidad a la parte del proceso sucesorio en que se encuentre puede estar:

- a) Vacante: a la muerte del de cujus, pero antes de saberse quiénes son los herederos o legatarios, o bien cuando identificado o identificados no la aceptan.
- b) Yacente: es el estado en que se encuentra desde la muerte del cujus hasta la adjudicación de los bienes a los herederos o legatarios.
- c) Aceptada: cuando los herederos o legatarios expresa o tácitamente la aceptan.
- d) Divisa: cuando ya se ha hecho la partición de los bienes respecto de los herederos y legatarios y es posible realizar la adjudicación tanto del todo como de las partes que integran la masa hereditaria a cada uno de ellos, de acuerdo con la voluntad del testador.



El testador puede disponer de sus bienes en todo, a título universal, o en parte, a título particular.

El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance el valor de los bienes que adquiere con la misma.

El legatario adquiere a título particular y sólo puede tener las cargas que el testador le imponga. Puede ser que toda la herencia se distribuya en legados, en este caso a los legatarios se les considerará herederos.

A la muerte del testador los herederos adquieren derecho al conjunto de bienes que integran la herencia o masa hereditaria como un patrimonio común, mientras no se haga la partición.

El heredero no puede disponer ni enajenar de las cosas que forman la sucesión hereditaria sino hasta la muerte del testador y siempre que se haya hecho la partición y adjudicación de los bienes.

En el caso de los legatarios, éstos adquieren derecho al legado en lo particular, puro y simple, desde el momento de la muerte del de cujus y sólo podrán enajenar el o los bienes del legado hasta la muerte del testador. El principio de commorincia es el que se aplica en el discernimiento del derecho de los herederos o de los legatarios a la sucesión del de cujus,

Cuando éste y aquéllos mueren al mismo tiempo. En este sentido, cuando el autor de la herencia y sus herederos o legatarios mueren en el mismo evento, o en el mismo día, sin que se pueda determinar quién o quiénes murieron primero, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado.

La disposición de los bienes que integran la masa hereditaria, en los términos antes mencionados, tanto por los herederos como por los legatarios, sólo puede hacerse a la muerte del de cujus. Para ello éste, es decir, el testador, expresará libremente su voluntad de transmitir y repartir sus bienes en un testamento. Cuando no lo establece en un testamento, es la ley la que determina quiénes son los herederos y en qué orden de preferencia.

#### **4.10 MODALIDADES DE SUCESION.**

Así, de acuerdo con el CCF, la sucesión patrimonial se puede generar por alguna de las opciones siguientes: la sucesión testamentaria y la sucesión legítima. Al respecto, señalamos los principales aspectos legales que se deben observar en la sucesión patrimonial.

Según la fuente de su designación o vocación, hay tres clases de sucesiones: a) testamentaria; b) contractual; y c) intestada o legal. Estas clases constituyen títulos sucesorios sin los cuales el llamado a recibir la herencia no podría hacerlo.

## **I. Sucesión testamentaria**

En la sucesión testamentaria, la institución de heredero o legatario se determina conforme a la voluntad del causante manifestada mediante testamento. La sucesión testamentaria, como expresión de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce, prevalece sobre la sucesión legal o intestada. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad del testador se encuentra limitada por determinadas exigencias legales en cuanto a los requisitos de forma y fondo.

Respecto de la forma, el testamento es un acto jurídico que debe revestir exigencias de naturaleza solemne. Esto es, para que tenga validez solo pueden emplearse las clases de testamento que la ley señala y deben cumplirse determinados requisitos que la ley exige bajo sanción de nulidad. Estos requisitos son extrínsecos. Así, por ejemplo, el testamento por escritura pública debe otorgarse ante notario público y con la presencia de dos testigos. En el testamento ológrafo el propio testador debe otorgarlo de su puño y letra, etcétera. Son requisitos formales extrínsecos.

Pero, además, la sucesión testamentaria está limitada por requisitos de fondo. Esto es, si el testador tiene determinados sucesores —como hijos y demás descendientes, cónyuge o padres— está obligado a instituirlos porque son considerados herederos forzosos y por tanto con derecho a una parte de la herencia denominada legítima, que es la parte de la que aquel no puede disponer libremente porque las normas reguladoras limitan su facultad de libre disposición. Son derechos de reserva impuestos por la ley. Así, veremos en su oportunidad cómo la legítima que corresponde a los herederos forzosos es intangible cualitativa y cuantitativamente.

## **2. Sucesión contractual**

En la sucesión contractual o de pacto sucesorio, el llamamiento a la sucesión tiene lugar mediante la celebración de pactos o contratos sucesorios en virtud de los cuales el derecho sucesorio tiene lugar en tres casos:

- 1)** el pacto de constitución o institución;

- 2) el pacto de renuncia; y
- 3) el pacto de disposición.

### **2.1. Pactos de constitución o de institución**

Estos pactos son celebrados por el propio causante con terceras personas, diferentes a los herederos legales, unidos por vínculos de sangre, por matrimonio o por adopción, con el propósito de instituirlos cuando muera como herederos de todo o parte de su patrimonio. Mientras tanto, conserva la propiedad de sus bienes, pero no podrá disponer de los mismos a favor de otras personas. Los pactos de constitución tienen la virtualidad de dejar sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior, con lo cual quedaría afectada la autonomía de la voluntad del testador, que por principio es autónoma.

### **2.2. Pacto de renuncia**

El sucesor a futuro pacta con el causante una renuncia anticipada a su calidad de heredero cuando muera el causante. De esta forma, el causante queda liberado de esta obligación.

### **2.3. Pacto de disposición**

En este pacto no interviene el causante. El futuro sucesor pacta con un tercero y queda obligado a transferirle sus derechos hereditarios cuando muera el causante.

Nuestro ordenamiento legal prohíbe estos pactos (arts. 678, 1405 y 1406 del CC) por varias razones:

- Limitan o anulan la libertad del testador, quien en principio tiene derecho irrestricto sobre sus bienes.
- Los aludidos pactos por ser bilaterales no pueden ser revocados unilateralmente, siendo así que la revocabilidad constituye un derecho esencial del testador (art. 678 del CC).
- Hacen peligrar la intangibilidad de la legítima (art. 733 del CC).
- Alteran el orden sucesorio (art. 816 del CC).
- Generalmente son onerosos, porque no son pactos gratuitos y se prestan a la especulación.

- Generan incertidumbre sobre la propiedad y reducción del crédito inmobiliario e inseguridad jurídica, afectando el comercio.

Sin embargo, el art. 1622 del CC regula un caso de pacto sucesorio muy discutible: la donación mortis causa. La donación, como sabemos, es un contrato, produce sus efectos a la muerte del donante, se rige por las reglas de la sucesión testamentaria y es esencialmente revocable. Consideramos que esta figura no tiene naturaleza contractual, pues se trata más bien de un legado que se establece mediante testamento: precisamente el precepto legal que la regula señala que se rige por las reglas de la sucesión testamentaria. En la sucesión testamentaria, según nuestro ordenamiento legal, no hay contrato. Es un acto jurídico unilateral mortis causa-, en cambio la donación es un contrato que tiene lugar por acto entre vivos.

#### 4.11.LA HEREDITAS Y LA BONORUM POSSESSIO.

En caso de deportación, especie de muerte civil, NO existe herencia, ya que los deportados NO podían tener herederos al confiscarse todos sus bienes después de la condena. Tampoco tenía herencia el *servus poena* o esclavo en virtud de condena penal.

El derecho de sucesión, tal como se nos presenta en la legislación justiniana y cuyos caracteres generales hemos esbozado, proviene también, como tantas otras instituciones jurídicas romanas, de la fusión del estricto derecho civil con el derecho pretorio; razón por la cual debemos remontarnos a las instituciones que le precedieron.

El sistema de sucesión del antiguo derecho civil se llamaba *hereditas*; el introducido más tarde, merced a la acción del pretor, *bonorum possessio*.

El antiguo derecho civil era riguroso, exclusivo y tal vez contrario a la equidad, especialmente en la sucesión legítima, porque las disposiciones de las XII Tablas respecto a esta materia, fundadas únicamente en la organización jurídica de la familia romana, conducían frecuentemente a grandes injusticias. Así, por ejemplo, las XII Tablas llamaban a suceder en primer término a los *heredes sui*, esto es, a los que aún se hallaban sometidos a la patria potestad del difunto, luego a los agnados y, finalmente, a los gentiles; de donde resultaba que los hijos quedaban excluidos de la herencia de su madre (si ésta no se hallaba en la *manus* del padre) y, viceversa, los hijos emancipados también de la de su padre por el hecho de no pertenecer a la familia agnaticia del difunto (1). Los progresos de

la civilización y las mudanzas de las costumbres hicieron sentir la necesidad de una reforma, la cual se obtuvo, en efecto, mediante la institución de la *bonorum possessio*.

- Desarrollo histórico de la "*bonorum possessio*"

Como todas las reformas pretorias en general, la *bonorum possessio* tuvo el triple objeto de declarar, suplir y corregir el derecho civil. Al principio, el pretor trató simplemente de manifestar el modo cómo regularía la posesión en el caso de haber varios pretendientes a la herencia. Porque, así como en las controversias relativas a la propiedad era menester saber, ante todo, quién sería el poseedor durante el litigio, y sostendría, por tanto, como tal la cómoda posición de convenido, y quién, por el contrario, tenía que soportar la más gravosa del actor, así también en el juicio de petición de herencia era necesario establecer quién poseería la herencia durante el litigio. El pretor concedía esta posesión al que presentase un testamento válido en su forma externa (*tabulae septem signis signatae*), y en su defecto, al llamado a suceder por la ley civil (*heredes legitimi*); de donde provenía que el favorecido de esta suerte con la posesión de los bienes pudiera valerse, como representante interino del difunto, del *interdictum quorum bonorum* y de las *actiones ficticiae*, remitiendo al juicio de petición de la herencia el decidir cuál de los dos litigantes fuese el verdadero heredero. Podía tal decisión coincidir con la provisionalmente adoptada por el pretor; es decir, podía suceder que se reconociese la cualidad de heredero al poseedor interino; pero podía ocurrir también que éste sucumbiera en el litigio frente al que en virtud de la disposición del pretor se había visto obligado a actuar de demandante en la *petitio hereditatis*, lo cual bien claramente demuestra que la *bonorum possessio* en su primer origen (*bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi*) se reducía en último término a una mera concesión de la posesión interina de los bienes hereditarios. Sólo en un caso la *bonorum possessio* podía producir, efectivamente, las ventajas de la herencia a quien no hubiese sido heredero por derecho civil, y era cuando el adversario no continuaba el juicio de petición de herencia y dejaba realizar en perjuicio suyo la *usucapio pro herede*.

Con el tiempo la *bonorum possessio* constituyó un verdadero derecho hereditario: en efecto, faltando herederos civiles (*legitimi* y *agnati*), el pretor llamaba a la sucesión a los parientes próximos, y cuando ni aun éstos existían, al cónyuge supérstite (*bonorum possessio unde cognati et unde vir et uxor*). Estas personas no eran ya simples poseedores interinos de los bienes hereditarios: tenían la consideración de verdaderos sucesores universales según el derecho pretorio, precisamente por no existir herederos civiles que pudiesen disputarles la herencia. De este modo, mientras la *bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi* había sido introducida en auxilio del derecho civil (*iuris civilis adiuvandi gratia*), la *unde cognati et unde vir et uxor* vino a suplir al mismo derecho (*iuris civilis supplendi gratia*).

Por último, en la época imperial, habiéndose dejado sentir aún más la rigidez del derecho civil, la institución pretoria de la *bonorum possessio* prosiguió su camino y acogió principios abiertamente contrarios a los del derecho civil. El pretor estableció dos nuevas especies de *bonorum possessio*, una en favor de los injustamente excluidos de la herencia por testamento (*bonorum possessio contra tabulas*) y la otra en favor de los hijos emancipados a quienes el derecho civil, contra todo principio de equidad, había excluido de la sucesión, postergándoles a personas unidas con el difunto por vínculos civiles de agnación (*bonorum possessio unde liberi*). De este modo el pretor, concediendo la posesión de los bienes a personas excluidos por el derecho civil aunque existiesen herederos legítimos, modificó profundamente el sistema del *ius civile* (*iuris civilis corrigendi gratia*). Véase, pues, en resumen, cómo la *bonorum possessio* inventada al principio para auxiliar al derecho civil, pasó luego a llenar sus vacíos para llegar, por último, a corregir completamente su excesivo rigor. A su vez la *bonorum possessio secundum tabulas* experimentó posteriormente importantes modificaciones de las que trataremos en lugar más oportuno.

#### - Diferencias entre las "*hereditas*" y la "*bonorum possessio*"

De lo dicho hasta aquí, fácil es deducir las diferencias que mediaban entre los dos sistemas de sucesión anteriores al adoptado por Justiniano. Se diferenciaban, en efecto:

- 1.º En cuanto a las personas llamadas a suceder;
- 2.º En cuanto a la manera de adquisición;
- 3.º En cuanto a la eficacia de la misma adquisición.

**EL TESTAMENTO.** En derecho romano, el testamento (en latín *testamentum*) es un acto jurídico solemne por el que una persona con capacidad para ello hace constar su voluntad dispositiva acerca de su propio patrimonio para después de su fallecimiento. Por este acto se permite a una persona sui iuris, en la que no concurra ninguna incapacidad que lo impida, otorgar una ley a su propio patrimonio, pero es ésta un tanto peculiar al no entrar en vigor hasta el momento de la muerte de la persona y por poder ser revocada con total independencia por un nuevo testamento

hasta que se sobrevenga el fatídico desenlace. La doctrina romanista del momento considera que es una de las invenciones más importantes del genio jurídico romano.

La persona que testa designa ante todo uno o varios herederos, bien directamente o bien como sustitutos de los instituidos en primer lugar. Pero el testador también está capacitado para hacer otra clase de disposiciones, como son los legados o fideicomisos, las concesiones de libertad a esclavos (no eran propiamente manumisiones), la asignación del patronato, los nombramientos de tutores o la ordenación de sepultura.

## Formas del testamento

---

### Derecho civil

En el derecho civil de la época arcaica los romanos disponían de dos clases diferentes de testamento, pues uno era de aplicación en época de paz (*en pace et in otio*) mientras que el otro se reservaba para la situación de guerra (*in proelio*). Sin embargo, en la época clásica fue introducido y popularizado un tercer tipo basado en la adaptación de la forma mancipatoria, que terminó por volverse la forma ordinaria de hacer testamento. Gracias a los comentarios conservados de Gayo, a las *regulae Ulpiani*, a los escritores romanos y a la *Paraphrasis* griega de las *Institutiones* perteneciente a Teófilo ha sido posible conocer gran parte de las características inherentes a cada uno de los testamentos vinculados al derecho civil.

#### Testamentum calatis comitiis

Los lictores llegaron a suplir a los tradicionales comicios curiados en cuestiones de atestiguamiento testamentario.

Esta clase de testamento se caracterizaba por otorgarse ante las antiguas asambleas convocadas por el Pontifex Maximus, las cuales recibían el nombre de *comitia calata*, por lo que indirectamente adoptaba la forma de una ley pública. Estas asambleas se reunían delante de la curia Calabra para tal efecto un par de veces al año, concretamente el vigésimo cuarto día de los meses de marzo y mayo, como atestiguan tanto Teófilo como Gayo en sus respectivos escritos; no en vano, el último mencionado sentencia que «[...] *calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant* [...]». Durante una de esas dos jornadas anuales reservadas, los ciudadanos que tuviesen interés en testar lo podían hacer ante los comicios, hallándose así bajo la autoridad y presencia del pueblo.<sup>11</sup> No obstante, la *rogatio* del *pater familias* en la que se creaba un heredero distinto al natural se hacía conforme a la autorización del colegio de Pontífices, limitándose el pueblo a atestiguar el acto.

Sin embargo, los *comitia calata* acabaron deviniendo en los denominados *comitia curiata*, los cuales asumieron las competencias en materia testamentaria que tenían los primeros al mismo tiempo que se le asignaron otras funciones de una naturaleza más legislativa.

En el momento en que se instaura la República, los *comitia curiata* ya habían perdido parte de su importancia al restringirse su campo de acción a la ratificación e investidura de magistrados y a ciertos actos derivados del derecho de familia, entre los que se encontraban la *adrogatio* y el testamento. Desde ese momento, estas asambleas fueron decayendo progresivamente hasta ser substituidas por treinta subalternos que vinieron a reemplazar de un modo simbólico a las primitivas treinta curias.

Puede llegar a parecer un tanto superflua la parafernalia ante la población romana, pero lo cierto es que la solemnidad era siempre necesaria, puesto que con el testamento *calatis comitiis* se instituía a un sucesor que no era el natural. De hecho, las personas que acudían a este tipo testamentario lo solían hacer porque no tenían hijos, o bien, porque deseaban desheredar a los *heredes sui*.

El acto en el que se fraguaba el testamento era similar al de la antigua *adrogatio* de un *pater familias*, por lo que los estudiosos del derecho romano actuales no descartan que se tratase del mismo acto.

También existe una cierta duda en cuanto al papel que se desenvolvía el pueblo romano en los *comitia curiata*, pues no se puede dictaminar con total certeza si éste actuaba simplemente como un mero testigo, o en su defecto, exponía su conformidad a lo dispuesto por el testador. En cualquier caso, la doctrina opina de forma unánime que este testamento fue una especie de transición entre la sucesión intestada y la emergente sucesión testamentaria.

Testamentum per aes et librar.

En la época clásica del derecho romano, tras haber sido eludidas, que no derogadas, las poco funcionales formas testamentarias relativas a la etapa arcaica, el método que se seguía para hacer testamento ordinariamente era el rito del bronce y de la balanza, o lo que viene a ser lo mismo, el *testamentum per aes et libram*. Es por tanto a partir del año 130 a. C. cuando el testamento libral conoció su momento de mayor popularización y expansión social, a pesar de haber sido ejecutado con relativa asiduidad durante los siglos precedentes. Las cuestiones que indujeron a este reemplazamiento de las formas arcaicas fueron de lo más variado: el exclusivismo reinante en los comicios curiados tan propicios siempre al orden patricio como desfavorables a la plebe, las dificultades derivadas de hacer testamento únicamente un par de veces al año por lo que muchas personas que deseaban testar se quedaban sin poderlo hacerlo o el imperativo de que el testamento se otorgase en Roma, eran tan solo unas pocas de las inconveniencias.

La herencia entendida como el derecho de heredar era una cosa no mancipable a consecuencia de su carácter incorpóreo, pero a efectos patrimoniales se erigía como una cosa mancipable, por lo que fue aplicada sin grandes dificultades la fórmula de la *mancipatio*.

Inicialmente, el testamento libral comenzó siendo una mancipación para disponer de bienes singulares en forma de legado. El testador mancipaba *nummo uno* su patrimonio a una persona de confianza, a la que los romanos aludían como *familiae emptor*, mientras que en la *nuncupatio* la persona que testaba especificaba el destino que el comprador debía dar a los bienes cuando se sobreviniese su fallecimiento. Con la intervención de este amigo familiar quedaba patente que este modo testamentario se fundaba en la desconfianza del testador de que se respetase su voluntad una vez hubiese perdido la vida. Como resultado del trámite, el *emptor* adquiriría realmente la propiedad de los bienes, si bien lo hacía en régimen de fiduciario, por lo que los legatarios recibían de este la propiedad de los mismos que el testador había dispuesto para cada uno.

Pero el testamento libral no permaneció estático con el paso de los años, sino que en un determinado momento este llegó a servir para instituir a un verdadero heredero, llegando a requerirse para que la validez del acto

Con el devenir del tiempo, quizá a mediados del siglo IV a. C. como asegura Franz Wieacker, quizá tras la promulgación de la ley agraria del siglo III a. C. como expresa Siro Solazzi, el testamento libral sirvió para instituir un verdadero heredero, llegándose a hacer requisito indispensable para la validez del acto que se nombrara ante todo un *heres*. Por ello el testamento pasó a consistir realmente en una *nuncupatio* declarada ante cinco testigos a los que se añadían otros dos asistentes, como eran el *libripens* y el *familiae emptor*, dejando este último de ser un verdadero fiduciario al ser el heredero quien se encarga de dar cumplimiento a los legados.

### **Derecho pretorio.**

Para el derecho civil no era válido el testamento si no se había realizado el acto *per aes et libram*, pero lo cierto es que la voluntad del testador, su *nuncupatio* con todas las disposiciones en ella contenidas, se hallaba recogida en las tablillas testamentarias. Es precisamente por esta realidad por lo que el pretor, prescindiendo de la solemnidad libral, consideró que el testamento lo constituían las mismas tablillas, por lo que ofrecía la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien apareciese instituido heredero en unas tablillas convenientemente selladas con los sellos íntegros de siete testigos.

La *bonorum possessio* que el pretor concedía fue en un primer momento *sine re*, de manera que se daba preferencia al heredero civil que reclamase la herencia. En el caso de que solo existiese un documento que no había estado precedido por el acto libral, y apareciese un heredero instituido

con las formalidades per aes et libram, cosa que se demostraba con testigos, quien salía triunfadora era la segunda de las personas.

Con la llegada al poder del emperador Antonino Pío la situación cambió de forma drástica, pues se pasó a conceder

De este modo, puede hablarse de un testamento pretorio, escrito, con siete testigos, que se contraponen al testamento civil, oral, de cinco testigos. En la historia del documento romano, el testamento relativo al ius honorarium representa el primer documento que aparece con un valor constitutivo, aunque tan solo a efectos pretorios.

## Bibliografía

GONZALEZ, A. B. (2014). *DERECHO ROMANO*. MEXICO: PORRUA.

IDUARTE, M. M. (2002). *DERECHO ROMANO*. MEXICO: OXFORD.

ROJAS, E. B. (2002). *DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES*. MEXICO: OXFORD.

