

Derecho Romano I:

Unidad I:

1. Concepto de derecho romano.

Por derecho podemos expresar que es el conjunto de reglas y principios que rigen la conducta del hombre en la sociedad, y decimos en sociedad porque el derecho por naturaleza se ocupa de la interacción humana. Cuando hay más de una persona, cuando se trata de coordinar y compatibilizar los deberes y las facultades de todos, cuando hay que definir donde acaba lo mío y empieza lo tuyo allí es necesario el derecho. El derecho romano es el conjunto de normas y principios que rigieron la conducta del pueblo romano desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.). Todo este gran periodo, que es lo que vulgarmente se denomina la primera vida del derecho romano es la etapa en que aquel está vivo y vigente. Por oposición la segunda vida del derecho romano se llama a los tiempos posteriores, que se prolongan hasta nuestros días.

2. Importancia del estudio del derecho romano.

La importancia del estudio del derecho romano es múltiple, podemos señalar lo siguiente:

- El corpus iuris de Justiniano es el antecedente del derecho moderno universal. Esto es así porque los romanos lograron fijar en un sistema de normas y decisiones jurídicas claras las supremas exigencias de vivir en sociedad.
- Roma ha sido entre los pueblos antiguos pionera en la laicización de su derecho. Los romanos fueron los primeros en despojarse de connotaciones religiosas, lo que permitió la fácil absorción por los restantes pueblos, por distintas que fuesen sus creencias.
- El romano fue además un jurista de mente abierta, que nunca pretendió defender su propia y primitiva legislación, sino que tomaba ejemplos de otros sistemas legales.
- El derecho romano como consecuencia, es la base de muchos sistemas jurídicos modernos. Nuestro código civil ha tomado directa o indirectamente gran parte del derecho romano.
- Es la base de los sistemas jurídicos occidentales.

3. Origen y significado de la voz "derecho":

Si bien la palabra **IUS** suele traducirse al castellano como **derecho**, etimológicamente esta no deriva de aquella. Sin embargo **IUS**, podría más bien vincularse con "unir", emanan conceptos como los de **IUSTITIA**, o **IURISPRUDENTIA**.

Posteriormente en el latín cristiano del S. IV d.C. surge la voz **DIRECTUM** que fue empleada en el lenguaje clásico, mientras que **DERECTUM**, origen de nuestra palabra derecho, fue considerada el término vulgar.

4. Conceptos fundamentales: Derecho público y Derecho privado:

Ulpiano nos suministra el concepto: "Derecho público es el que se refiere al estado de la cosa pública romana", mientras que "Derecho privado es el que concierne al interés de los particulares". (d.1.1.1.2)

5. Derecho natural, derecho civil y derecho de gentes:

El derecho civil es "el que cada pueblo constituye para sí" es el creado por y para el ciudadano romano.

El derecho de gentes, por el contrario es "el común a todos los pueblos".

El derecho natural tiene dos definiciones. La primera es de Ulpiano: el que la naturaleza enseñó a todos los animales. La segunda es de Paulo: el que siempre es bueno y equitativo.

6. Derecho civil y Derecho honorario:

Según Papiniano es derecho civil "el que dimana de las leyes, acuerdos de la plebe, o del senado, decretos de los príncipes, y autoridad de los sabios".

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Por otra parte es derecho honorario " el que introdujeron los pretores a fin de ayudar, suplir o corregir el civil, por causa de utilidad publica ".

7. Principios fundamentales del derecho:

Según Ulpiano son tres:

- **Vivir honestamente.** Es un principio exclusivamente moral.
- **No dañar al otro.**
- **Dar a cada uno lo suyo.**

8. El IUS, el FAS y el MOS:

A medida que los romanos comenzaron a distinguir el campo de lo humano de lo divino, el concepto de **IUS** y de **FAS** se dividen. (Antes sinónimos porque estaban ligado a lo moral).

IUS es el término utilizado para aludir al derecho humano en toda su integridad. A las normas y principios sancionados por los hombres para regular la vida en sociedad.

FAS paso a aludir a lo preceptos que ordenaban las relaciones del hombre con los dioses. Todo lo que atiende al culto.

MOS se refiere a la costumbre jurídica, o sea a la costumbre que tiene fuerza.

9. La Ley. Partes, formación y clasificaciones:

Según Papiniano, ley es el " precepto común, decreto de hombres prudentes, corrección de los errores que por voluntad e ignorancia se cometen, pacto común de la republica ".

PARTES: se distinguen tres partes

- **PRAESCRIPTIO.** En esta parte se indica el magistrado proponente, el comicio votante, el día de la votación, la unidad comicial que sufragó primero y dentro de esta el ciudadano que voto primero.
- **ROGATIO.** Es el texto completo de la ley, debe ser idéntico a lo promulgado.
- **SANCTIO.** Estaba integrada por cláusulas extrañas al contenido normativo del texto de la ley en si, que conformaba la rogatio. Tenía como finalidad el regular la forma en que el nuevo texto legal se adecuaría al marco legal ya existente.

FORMACION:

Las leyes dictadas por el comicio, o rogadas, se creaban mediante el siguiente procedimiento:

En primer lugar, el magistrado que iba a proponerlas al comicio debía tener facultades para convocar a esta asamblea, cosa que solamente sucedía con los de rango superior: cónsules, pretores, dictadores.

Previamente debía dar a conocer el texto de la ley que proponía (rogatio) al pueblo, a la vista de todos durante no menos de tres semanas y que de ordinario se extendía a 27 días. Esta publicidad se llamaba promulgación (promulgatio).

Para la votación no podían elegirse días judiciales ni los días inhábiles, evitándose por lo común los días de mercado. El lugar señalado era, para los comicios y concilios por tribus, el foro, sede de reunión de los antiguos comicios curiados. Para los comicios por centurias, el campo de Marte.

Apenas apuntaba el alba del día fijado se llamaba al pueblo por medio del heraldo.

El magistrado leía el texto de la ley que proponía rogando su aprobación. Finalmente invitaba a los ciudadanos a votar.

La votación se celebraba por centurias, primero se llamaba a los caballeros, luego a la primera clase, y de ser necesario por no haber alcanzado la mayoría a las restantes.

La unidad de voto era la centuria o en su caso era la tribu. Existía un escrutador encargado de anotar el voto que se realizaba de manera oral.

Luego, en el S. II a.C. se sustituyó por una urna que por medio de una tableta de arcilla en las que cada elector escribía su pronunciamiento: **UR** afirmativo, **A** negativo, **NL** en blanco.

Los votos se contaban por centurias o tribus (si en 100, 60 eran positivos se daba la centuria por el si sin importar el resto)

Producido el escrutinio y proclamado el resultado para que la ley entre en vigencia el senado debía dar su conformidad, mediante la **AUTOCRITAS PATRUM**. Luego se publica el texto legal en lugares públicos.

CLASIFICACIONES.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Se clasificaban en leyes **DADAS** y **ROGADAS**. Las rogadas son las leyes romanas por excelencia, dado que eran las votadas por el pueblo en asamblea. Las leyes dadas eran las distadas por los magistrados, en virtud de una autorización expresa o tacita del comicio.

Otra clasificación:

- **Leyes pluscuamperfectas.** Cuya formulación trae aparejada nulidad del acto realizado en violación a las mismas y una pena para el infractor.
- **Leyes perfectas.** Las que declaraban nulos los actos realizados en violación a ellas.
- **Leyes menos que perfectas.** Prevén como consecuencia de su violación una pena para el infractor.
- **Leyes imperfectas.** Enunciativas de algún precepto o principio. No establecen nulidad ni pena para el infractor.

10. Jurisprudencia:

Según Ulpiano consiste en " el conocimiento de las cosas divinas y humanas, en la ciencia de lo justo y los injusto ". Esta definición alude a la ciencia del derecho.

El jurisconsulto esta dotado de conocimientos generales sobre todas las cosas, divinas y humanas, para poder discernir que es justo y que no. Debían ser sabios y prudentes.

11. Justicia:

Ulpiano define justicia como " la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo ".

Voluntad surge del fruto del obrar humano deliberado y consiente. Es constante porque se aplica de la misma manera a todos los hombres, en todos los casos, sin privilegios. Es perpetua porque se da a través del tiempo y por ultimo la justicia debe dar a cada uno lo suyo, debe entenderse como dar a cada parte lo que le corresponde.

12. Plebiscitos:

Gayo los definió como " lo que la plebe manda y establece ". Es la deliberación de la plebe en su asamblea propia. Originalmente fue un mandato emanado y destinado a los plebeyos, únicos en relación a los cuales tenia vigencia. Pero después de la ley hortensia, del año 287 a.C. se equiparó a la ley obligando también a los patricios. A partir de entonces se hablo indistintamente de leyes o plebiscitos.

13. Épocas en que puede dividirse el estudio del derecho romano:

Hay que diferenciar las épocas de la historia de roma de la historia del derecho romano, dado que los cambios jurídicos suelen no coincidir exactamente con los cambios políticos, por esta razón hay muchas clasificaciones de los periodos en que pueden dividirse el derecho romano.

Algunas de estas clasificaciones son:

Gustavo Hugo (Alemania): Propone una clasificación que compara las etapas de evolución del derecho romano con la de la vida del hombre.

- La infancia: desde la fundación de roma hasta la ley de las XII tablas. Es la etapa en la que el derecho nace y comienza un lento proceso de independización de la religión.
- La juventud: desde las XII tablas hasta cicerón, aquí sobresale como fuente del derecho el edicto del pretor, la ley de las XII tablas, el IUS flavianum y el IUS aelianum.
- La madurez: desde cicerón hasta el emperador Alejandro severo (235 d.C.) época en que el derecho se desarrolla en todo su esplendor.
- La vejez: se extiende entre el reinado de Alejandro severo y el fallecimiento del emperador Justiniano. Es la época de la codificación, con la gran recopilación del corpus iuris civilis.

Jorge Núñez: hace una división en tres partes:

- Derecho antiguo: etapa del nacimiento que se extiende desde la fundación de roma (753 a.C.) hasta el tribunado de los hermanos Graco (133 a.C.). esta época abarca dos formas de gobierno, la monarquía y parte de la republica, y en ella las fuentes del derecho son las leyes comiciales, en especial la de las XII tablas, y el edicto del pretor a partir de la creación de la pretura (367 a.C.). el sistema procesal es el de las acciones de la ley.
- Derecho clásico: etapa del florecimiento del derecho, comprende la última parte de la republica y lo que se conoce como alto imperio.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Derecho codificado: va desde dioclesiano hasta el fallecimiento de Justiniano. Corresponde al bajo imperio, es la época de las grandes compilaciones como el *corpus iuris civilis*.

C. López Núñez: realiza una división cuatripartita.

- Periodo del derecho quirritario: desde la fundación de roma hasta mediados del S. IV a.C., época en que no se distingue entre el derecho humano y el divino.
- Periodo del derecho honorario: iniciado en el 367 a.C. con la creación de la pretura, hasta el S. I a.C.
- Periodo del derecho jurisprudencial: iniciado entre los años 100 y 50 a.C., y concluido con Ulpiano, Paulo y Modestito, de actuación relevante en épocas de Alejandro severo. Es la época de la labor creadora de los jurisconsultos y de la codificación, predomina el derecho privado frente al público.
- Periodo del derecho de la codificación: prejustiniana y justiniana, que llega hasta la muerte de Justiniano, marca la debilidad del derecho clásico, es la época de las constituciones imperiales.

14. Roma monárquica (753-509 a.C.) y sus órganos de gobierno:

Solo existe una leyenda acerca de la creación de roma, no existen testimonios escritos de la historia. Según esta leyenda se emparentó a los ancestros romanos con el héroe troyano Eneas, que luego de un periplo por el mediterráneo desembarca con su hijo Cayo Ascanio y se asienta en una zona del centro de Italia donde se funda una ciudad llamada Alba Longa, en la que reinan los sucesores latinos de Eneas y se suceden las generaciones hasta que gobernando Numitor, el mismo fue derrocado por su hermano Amulio. Este toma precauciones por temor a que los nietos de Numitor lo expulsen por haberle arrebatado el trono a su abuelo.

Numitor hasta ese momento no tenía nietos pero si tenía una hija que podía dárselos y para evitar que esto sucediera Amulio hizo que ella se consagrara al culto de la diosa Vesta como sacerdotisa, función en la que tenía que mantener su virginidad, no obstante la princesa quedó encinta del dios Marte, del que tubo gemelos: Rómulo y Remo.

Estos niños fueron abandonados en el bosque, y según la leyenda fueron criados por una loba, aunque otras versiones dicen que lo hizo Acca Laurencia, la esposa de un pastor a quien se llamaba la LOBA.

Los jóvenes cuando crecen cumplen la profecía, derrocan a Amulio y le devuelven el trono a su abuelo, quien agradecido les regala la tierra que ellos elegían que funden su propio reino.

Ellos escogen un lugar vecino a siete colinas denominado Septimontium. Cuando deben escoger a su rey, dejan esta cuestión a los dioses, que dio como ganador a Rómulo, Remo enojado por el resultado de la decisión salta por encima del surco que delimitaba la ciudad y como se lo consideraba sagrado Rómulo lo mata, quedando el de origen latino como primer rey romano.

Pero había un problema, roma en esos tiempos estaba habitada solo por hombres por lo que estaba destinada a durar por solo una generación, entonces a fin de procurarse de mujeres invita a un pueblo vecino, los Sabinos, a un festejo. Antes de esto había convenido con sus compañeros que cada uno tomaría una sabina y se la llevaría a roma para que se su esposa.

De esta forma muchas familias Sabinas se mudaron a roma decidiendo que en lo sucesivo reinaría en la ciudad un latino y un sabino, recayendo la designación en Rómulo y en Tito Tacio, pero la vida del segundo fue muy corta quedando Rómulo solo en el poder, llegando al acuerdo de que en adelante reinarían alternativamente un latino y un sabino.

La sucesión de dio de la siguiente manera:

- Rómulo
- Numa Pompilio
- Tulio Hostilio
- Anco Marcio
- Tarquino el antiguo
- Tarquino el soberbio

Órganos de Gobierno:

- El rey: tenía poderes militares, administrativos y civiles, jurisdiccionales y religiosos, es decir la totalidad de los poderes. El cargo era vitalicio, por lo cual cuando fallecía tomaba el cargo el senado, periodo denominado Interregno y lo ejercía empezando por el senador mas viejo por 5 días cada uno con el titulo de Interrex. La elección era por comicios reunidos bajo el Interrex del momento, los nombres propuestos los dejaba el monarca anterior. Realizada la votación y con la consulta de los Auspicios, aprobación del senado, el rey entraba en funciones.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- El senado: eran un órgano consultivo del rey, quien no estaba obligado a seguir sus consejos y ni siquiera requerirlos. El cargo era vitalicio y al fallecimiento de un senador es el rey quien designa su reemplazante. En la antigüedad estaba formado por los jefes de familia (padres).
- Los comicios: existieron diversos tipos, comicios por curias, organizados según la sangre (Rómulo). Estaban estructurados sobre la base de tres tribus: los Rammes, los Titienses y los Luceres. Cada una de estas tribus se dividía a sus ves en 10 curias, una curia era la reunión de 10 Gens. La curia era la unidad de voto, se consultaba la voluntad popular dentro de ellas para obtener el voto de esta, alcanzando la mayoría de curias en un mismo sentido se dejaba de votar.
Servio Tulio creo un nuevo tipo de comicios, los llamados comicios por centurias, estructurado sobre el dinero de los ciudadanos.
Ya existía en esos tiempos los patricios que eran los descendientes de los fundadores de roma y los plebeyos que eran una masa de personas y familias cuyo número iba en aumento continuamente. El comicio por centuria es una consecuencia desesperada de los plebeyos por el afán de igualarse con los patricios. Con este comicio los plebeyos adquieren la ciudadanía.
La unidad de voto era la centuria, y por centuria se entendió en un principio cien hombres y luego un numero indeterminado de familias que pudiesen suministrar soldados.
Este comicio era convocado y precedido por el rey. Servio Tulio establece una división de pueblos por tribus, conforme a su asentamiento geográfico, que será la base del nuevo tipo de asamblea popular: el comicio por tribus.

15. Colegios sacerdotales:

- Colegio de los Pontífices: estaba compuesto por 15 miembros, de los cuales uno era el pontífice máximo. Su función, jurídicamente hablando comprendía el **CAVERE**, asesoramiento acerca de cómo llevar a cabo un determinado acto; el **RESPONDERE**, respuesta a consultas legales; y el **AGERE**, indicación de las acciones que había que emplear para promover un determinado litigio.
- Colegio de los Augures y Aurispices: los augures eran los encargados de consultar la voluntad de los dioses acerca de si un día determinado es fasto o nefasto, calificación esta ultima que lo hacia inapropiado para cumplimentar cualquier acto jurídico.
- Las vírgenes Vestales: las vetales eras sacerdotisas consagradas al culto de la diosa Vesta, y debían mantenerse vírgenes mientras durase su consagración al culto.
- Colegio de los Feciales: eran sacerdotes cuya función principal consistía en comunicar a los pueblos extranjeros las disposiciones que roma tomaba en materia de guerra o paz.

16. Organización Social:

- Gens: es una subdivisión política de la curia efectuada por el soberano. Era considerada como una agrupación natural de familias que descienden de un tronco en común. La gens es la relación familiar entre los miembros de las gentes
- Familia: tuvo dos aspectos, uno político y uno privado. En cuanto al primero, era una institución de carácter monárquico en la que el Pater era el supremo magistrado, investido de una autoridad tal que no era supremo ningún otro poder. Se desenvuelve sobre la base de las leyes propias dadas por los usos y costumbres. Con respecto al segundo, estaba organizada en torno al jefe que detenía los más amplios poderes sobre la persona y los bienes de los integrantes del grupo y ordenaba sobre la base de un vínculo civil.
- Patriarcado: eran calificados como patricios los descendientes de los padres que Rómulo había elegido para constituir dicho grupo, eran ilustres ciudadanos y jefes de las distintas gens, eran los únicos participantes de la soberanía.
- Clientela: era una institución PRE-romana, aparece en roma constituido por todos los individuos que integraban las clases inferiores de la sociedad.
- Plebe: habría sido una división de la clientela, políticamente y públicamente no formaba parte de la civita, no votaban en los comicios y no podían ocupar las magistraturas. No formaban parte del culto y eso provoco que adorasen divinidades propias.

17. Reformas Servianas:

Las reformas servinas se realizaron a fin de recaudar tributos, hombres al ejercito y establecer una unidad de voto que era la centuria a tal fin de dividir la población mediante un censo que se realizaba cada 5 años. Con el comicio por centuria los plebeyos adquieren la ciudadanía y eran citados para integrar el ejército y

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

pagaban impuestos. Los que no poseían fortuna figuraban en el censo con su nombre y apellido y su número de hijos.

18. La costumbre, Leyes regias y el IUS Papiriarum:

La costumbre: es el conjunto de principios que la sociedad entera acata y viene cumpliendo desde tiempo inmemorial, convencida de que son obligatorias. Estos principios forman parte de lo que se denomina MOS, ósea la costumbre jurídicamente vinculante.

A la costumbre se debe la formación de las primeras instituciones romanas como la familia y la gens, pero poco a poco fue desplazada como fuente del derecho al ir apareciendo las primeras leyes de alcance obligatorio.

Leyes regias: las primeras leyes romanas de mayor relevancia como fuente del derecho se denominan leyes regias, o también IUS Papiriarum porque fueron recopiladas por el pontífice Sexto Papirio. Estas leyes habrían sido 14, de las que se conocen solo 4:

- Una atribuida a Rómulo, penando a la nuera que faltase el respeto su suegra.
- De Numa Pompilio sobre el homicidio de un hombre libre.
- Tulio Hostilio, dictada en contra de los hijos que maltratan a los padres.
- De Numa Pompilio por la que se pena el delito.

Las otras 10 leyes no se conocen correctamente. Existe otra versión en la que estas leyes regias superarían las 50.

Unidad II:

1. Roma republicana (509-27 a.C.) y sus órganos de gobierno:

Con la expulsión del último monarca (Tarquino el Soberbio) comienza el periodo de la república que va hasta el advenimiento del imperio. En este periodo roma será una civitas, ósea una ciudad estado similar a la polis griega.

Órganos de gobierno: esta ciudad conforma en si misma un estado, regida por diversos órganos de poder, los magistrados republicanos, herederos del rey, el senado y los comicios.

2. Las magistraturas y el Cursus Honorum:

Los magistrados romanos combinaban los principios Etruscos del Imperium, poder unitario, absoluto e ilimitado por definición, con la temporalidad y colegialidad.

Características de la magistratura:

- **Gratuidad:** los cargos son honoríficos, esto es que los magistrados no cobran por ejercer sus funciones.
- **Responsabilidad:** dentro de los 5 días posteriores a asumir el cargo, los magistrados juraban solemnemente observar fielmente las leyes de la república, juramento que reiteraban al abandonar sus funciones, asegurando que las que las habían respetado.
- **Periodicidad:** su mandato era temporal, periódico y no perpetuo como el monarca.
- **Colegialidad:** el hecho de que había más de un colega con las mismas funciones impedía que otro usara su poder de manera desmesurada. Era a través del veto se ejercía el control y con ello la posibilidad de que un magistrado se oponga a otro de su misma categoría o inferior a él.
- **Electividad:** los magistrados ordinarios son elegidos por la asamblea del pueblo romano en comicio centuriado, en comicio tribado o en los concilios de la plebe.

Potestad e Imperium:

Potestad significaría el poder que los magistrados tenían para representar al estado.

El Imperium en cambio, era el poder específico que los magistrados superiores tenían para realizar alguna función determinada.

Clasificación de las magistraturas:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Ordinarias y extraordinarias: las primeras son las magistraturas que conforman la estructura normal de la república, existen de manera permanente, integradas en una carrera, el *Cursus Honorum*, que es la carrera necesaria. Las segundas fueron creadas para casos excepcionales, que debían durar solamente el tiempo durante el que se prolongase la contingencia que había dado lugar a su designación, como por ejemplo la dictadura.
- Curules y no curules: quienes se sentaban en una silla con adornos llamada curul fueron los curules. Estos eran los dictadores, los censores, los cónsules, el pretor y el edil curul.
- Mayores y menores: según la amplitud del derecho a consultar los auspicios. Los dictadores, cónsules, censores y pretores eran los mayores. Los magistrados menores eran elegidos por comicios por tribus.
- Del pueblo romano y de la plebe: las primeras eran elegidas para desempeñar funciones atinentes a la marcha y gobierno de la república, como las que en general integraban el *Cursus Honorum*. Las magistraturas plebeyas actuaban en beneficio de un determinado sector, el de los plebeyos.

El *Cursus Honorum*: esta es la carrera ordinaria de la magistratura, los cargos debían desempeñarse ordenadamente y a medida que se adquiriera edad legal.

- Cuestura (28 años): los cuestores tenían a su cargo todo lo concerniente al erario público, recibir y custodiar los ingresos y realizar los pagos ordenados por el senado o los magistrados superiores.
- Edilidad (35 años): los ediles tenían a su cargo la atención de los asuntos de la ciudad.
- Pretura (38 años): el pretor urbano era en encargado de impartir justicia entre ciudadanos, a diferencia del pretor peregrino que impartía justicia entre ciudadanos y extranjeros.
- Consulado (40 años): originalmente sus miembros tenían todo el poder de los reyes, excepto en funciones religiosas. En el orden administrativo eran las máximas autoridades de la ciudad, convocaban y presidían el comicio y eran los jefes del ejército.
- Censura: se trata de dos magistrados cuya misión consistía en la realización del censo, en supervisar las costumbres y la moralidad de los ciudadanos, pudiendo castigarlos al bajarlos de la tribu y anotarlos en una categoría inferior.
- Dictadura: es una magistratura extraordinaria, los dictadores estaban previstos en la constitución romana como un recaudo para mantener el normal funcionamiento de las instituciones. Eran elegidos entre los exconsules y se los designaba en caso de serio peligro exterior o de una grave conmoción interna. El dictador duraba el tiempo necesario para sobrellevar la emergencia y en ningún caso más de 6 meses.

3. Conflictos sociales:

Con las reformas de Servio Tulio los plebeyos habían alcanzado la dignidad de ser ciudadanos, y van a ser protagonistas junto a los patricios de una lucha de clases.

En el año 494 a.C. los plebeyos advierten que su inclusión en el comicio no les representó ninguna mejora, sino que por el contrario ahora estaban obligados a integrar el ejército, pagar tributos, pero así mismo siguen excluidos del gobierno de la ciudad. En ese año los plebeyos reaccionan y deciden una secesión trasladándose al monte sagrado Aventino para fundar allí una nueva ciudad.

Ante esto los patricios conmocionan a un personaje simpático a los ojos de los plebeyos llamado Agripa para disuadirlos de su actitud, este personaje tiene éxito, un éxito relativo ya que los plebeyos regresan a roma pero a condición de que se designen dos nuevos magistrados anuales. Los tribunos serán los encargados de tutelar los intereses de la clase, tienen una facultad esencialmente negativa, el derecho al veto por el cual podían oponerse a las resoluciones de los magistrados. También podían convocar al pueblo en asamblea y al comicio por tribus, citar ante su presencia a cualquier ciudadano, inclusive a un cónsul.

La figura de los tribunos constituye un contrapeso a las facultades de los magistrados y el senado, pero lamentablemente abusaron de sus poderes actuando de manera demagógica.

4. La ley de las XII tabas:

Se sancionan en plena época del conflicto entre plebeyos y patricios, los primeros cansados de ver que el derecho era custodiado por el colegio de los pontífices que eran patricios resuelven en el año 455 a.C. la creación de una magistratura extraordinaria, el colegio de los Decenviros, que tenían a su cargo redactar un cuerpo de leyes que fuese conocido por todo el pueblo.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Así surgen las XII tablas, que en bronce o madera quedaron permanentemente expuestas en el foro romano, las que resultan destruidas durante la invasión de los galos, por lo que no podemos conocer el contenido de estas leyes.

- 1-3: tratan sobre el procedimiento judicial.
- 4: poderes del padre de familia.
- 5: herencias, tutela, locos furiosos y los pródigos.
- 6: propiedad y posesión.
- 7: de los inmuebles edificados y plantados, de la servidumbre y límites del dominio.
- 8: los delitos.
- 9: del derecho publico, y los delitos contra el pueblo romano.
- 10: del derecho sacro y los funerales.
- 11: prohibía los matrimonios entre plebeyos y patricios.
- 12: prohibía consagrar a los dioses cosas litigiosas.

5. IUS Flavianum:

Como las XII tablas no tuvieron la consecuencia esperada de hacer desaparecer el predominio patricio en el conocimiento del derecho porque los pontífices mantuvieron en secreto las formulas de las acciones de la ley y el conocimiento de los días fastos y nefastos. Siglo y medio después de la redacción de las XII tablas Neo Flavio Liberto, publica lo que se conoce como IUS Flavianum, que contenía la descripción de los actos que ineludiblemente debían realizarse en el proceso según el sistema de las acciones de la ley y que además contenía un apéndice con el detalle de los días fastos y nefastos.

6. IUS Aelianum:

Un siglo después del IUS Flavianum, con la necesidad de dar a conocer las nuevas formulas, el jurisconsulto Sexto Aelio Peto Cato las publico en una colección que se denominó IUS Aelianum.

Con posterioridad dio a conocer la llamada Tripartita que constituye el primer intento de codificación y contenía lo siguiente:

- El texto de la XII tablas.
- Su interpretación hecha por jurisconsultos.
- El catalogo de las acciones de la ley.

7. El edicto del pretor:

En el año 367 a.C. se crea la Pretura, existiendo el pretor urbano y peregrino, de la labor de estos magistrados surge el derecho honorario para ayudar, suplir o corregir el derecho civil. Estos magistrados estaban investidos de IUS Edicendi que era la facultad de dictar edictos, siendo estos los que dieron origen al derecho honorario. Esta fue una importante fuente de creación de derecho porque los magistrados se renovaban anualmente y cada uno dictaba su propio edicto, así el derecho honorario recogía las mejores soluciones, en base a la equidad.

El proceso se detiene cuando el emperador Adriano ordena al jurisconsulto Salvio Juliano codificar los edictos perpetuos, que eran los que cada magistrado dictaba al inicio de su mandato, se llamaban perpetuos porque duraban durante todo el mandato del pretor que los dicto. Esta codificación marca el principio de la decadencia del derecho honorario o pretoriano.

8. Periodo del 27 a.C. al 284 d.C. La caída de la Republica:

Al ingresar los plebeyos a los comicios e igualarse con los patricios a través de distintas leyes, los primeros dejaron de existir al asimilarse por completo ambos ordenes y así se deja de hablar de patricios y plebeyos como dos clases distintas.

Esto no implicó una sociedad sin clases sino una división distinta del pueblo, ahora las dos clases serán los **OPTIMATES** que representaban la clase alta y se dividían en nobles y caballeros, y los **POPULARES** que constituían los estratos mas bajos de la sociedad y eran el grueso del pueblo.

Entre estas dos clases se presenta un conflicto que llevara a la caída de la republica que terminara finalmente por derrumbarse dando lugar a un nuevo orden, El Imperio.

9. El alto imperio: estructura del estado.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Octavio, conocido como Cesar Augusto inicia una transformación política con la que pone fin a la republica y da comienzo al Imperio, este se divide en Alto imperio o Principado (27 a.C. al 285 d.C.) y Bajo imperio o Dominado (284 en adelante).

Estructura del Estado: Augusto bajo la apariencia de procurar la restauración de la republica va instaurando un nuevo orden y sin aparentarlo se perpetúa en el poder dándose el titulo de Imperator, acumulando en su persona múltiples prerrogativas.

En virtud de la Autocritas tenia facultades de dirigir la política exterior, distar ordenanzas de carácter general, auñar moneda y proponer candidatos para las magistraturas. Las facultades del Imperium Consular le permitían gobernar las provincias, con la Potestad Censoria se permitió elegir y controlar los miembros del senado y con la Potestad Tribunicia se permitía convocar al concilio de la plebe y al senado y el poder de veto y la inviolabilidad.

Para ejercitar todas estas funciones designaba funcionarios que le respondían y cuya duración dependía de su voluntad, estos funcionarios eran:

- Prefecto del pretorio: jefe de estado mayor, con competencia en materia jurídica por delegación del emperador.
- Prefecto de la ciudad: jefe de policía. El más importante en cuestiones de orden correccional penal.
- Prefecto de la anomas: encargado del abastecimiento, transporte y represión de la especulación en materia de cereal, aceite.
- Prefecto de vigiles: al mando de los guardias.
- Prefecto de vehículos: encargado del correo oficial.
- Prefecto de Egipto: delegado del gobierno de esa región.

En esta época los órganos de gobierno tradicionales sufren cambios. El senado era presidido ahora por el príncipe cediéndole gran parte de sus funciones de política exterior y control de la republica. Las magistraturas van perdiendo importancia, llegando a desaparecer al ser absorbidas sus funciones por los nuevos funcionarios designados por el emperador. Los comicios solo subsisten por una cuestión formal para aclamar al emperador.

10. Los jurisconsultos:

Su actividad constituye una de las más importantes fuentes de creación del derecho.

Los pontífices monopolizaron durante todo el periodo monárquico y gran parte de la republica el conocimiento del derecho que recién empezó a disiparse con la aparición de las XII tablas, el IUS flavianum y el IUS aelianum. Surge así, paralelamente a la decadencia del monopolio jurídico de los pontífices los primeros prudentes, entregados al estudio de los principios del derecho que contribuyeron a formar la ciencia jurisprudencial.

Publio Papiro recopilador de las leyes reales es considerado el primer prudente y Salvio Juliano, codificador del edicto perpetuo, el ultimo.

A partir del imperio, la labor jurisprudencial alcanza la categoría de fuente oficial del derecho. El emperador Adriano entrega a algunos jurisconsultos el IUS Respondendi, dándole así a sus trabajos valor legal del cual no podían apartarse los jueces.

11. Edicto perpetuo de Salvio Juliano:

El emperador Adriano encargo en el año 130 a Salvio Juliano la recopilación de revisión de la masa edictal. Su obra se conoce como el edicto perpetuo de Salvio Juliano. Este consta de 4 partes:

- Introducción: con lo relativo a la iniciación de los juicios y el procedimiento hasta la Litis Contestatio.
- Segunda parte: sobre acciones relacionadas al crédito y la deuda entre cónyuges, tutela y hurtos.
- Tercera parte: contiene las reglas relativas a los procesos de herencia, apertura de testamentos, legatarios y litigios sobre la libertad o la esclavitud.
- Cuarta parte: las normas sobre cosa juzgada y ejecución de sentencia.

12. Constituciones Imperiales:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Durante el bajo imperio la fuente del derecho son las constituciones imperiales, ósea las decisiones de los emperadores, desapareciendo casi por completo la variedad de fuentes de la republica y el principado. Estas constituciones, también llamadas Leges, fueron de distinto tipo:

- Edictos: destinados a algunas provincias o municipios, que se transformaban gradualmente en ordenanzas.
- Mandatos: instrucciones dirigidas a funcionarios imperiales, fundamentalmente a los gobernadores de las provincias, conteniendo disposiciones de tipo jurídico.
- Rescriptos: opiniones emitidas por el emperador sobre casos jurídicos controvertidos a pedido de los litigantes o de los jueces.
- Decretos: eran las sentencias judiciales dictadas por el emperador en los casos llevados a su conocimiento.
- Pragmáticas: se dictaban a pedido de entidades oficiales para regir determinada provincia o cierto grupo de personas.

13. Periodo del 284 al 565 d.C. El bajo Imperio:

El bajo imperio o dominado, llamado así porque el emperador es un Dominus, señor absoluto.

Con la muerte de Alejandro, el imperio se sumerge en una profunda anarquía, cada jefe militar se creía con el derecho de reinar, hubo de esta manera un cantidad de emperadores, con mandatos muchas veces muy breves, llegando a convivir con usurpadores.

Surge en este contexto el emperador Diocleciano, quien pacificó el imperio dándole una nueva estructura, a la que se conoce como bajo imperio o dominado, en el que el emperador ya no sería el primero entre sus pares sino que virtualmente será un Dios.

14. Diocleciano y Constantino:

Aurelio Valerio Diocleciano, emperador entre el 284 y el 305 d.C. es quien realiza las más importantes reformas. Comienza por dividir el imperio para facilitar su gobierno y defensa. En el año 285 lo divide en Oriente, que quedo bajo su gobierno y en Occidente, bajo el gobierno de Maximiano, quienes se dieron el título de Augustos. En el año 293 estas partes se vuelven a dividir en dos, nombrándose Cesares a Constancio Cloro en occidente, encargado de Hispania, Galia y Britania; a Galerio a cargo de las Balcanes.

Diocleciano establece el asiento de su gobierno en Nicomedia, y Roma pierde su calidad indiscutida de capital del imperio.

Vemos entonces, que en el gobierno hay una colegialidad desapareja, los Augustos eran superiores a los Cesares, y Diocleciano era el mas importante. Se había previsto que luego de 20 años los Cesares reemplacen a los Augustos y su lugar vacante sea ocupado por dos nuevos Cesares elegidos por su capacidad y no por se hijos o parientes, con lo que se pretendía acabar con la monarquía hereditaria.

A este sistema se lo conoce como Tetrarquía o Gobierno de Cuatro Cabezas, ya que se produce una descentralización administrativa, en la que los cuatro gobernantes tenían en su zona un ejército, sus finanzas y una organización judicial propia.

Sin embargo es sistema no funciono, ya que cuando Diocleciano abdica luego de 20 años, tal como estaba previsto, Maximiano lo hace de mala gana, pasando los Cesares a ser Augustos, uno de ellos Constancio Cloro fallece y surge el problema cuando su hijo Constantino no es incluido en el poder. Esto da comienzo a una crisis que acaba con el precario equilibrio reinante, finalizando con el imperio dividido en dos nuevamente: Occidente bajo el orden de Constantino y Oriente a cargo de Licinio, este fallece quedando Constantino como único emperador, reuniendo al imperio bajo una única autoridad luego de casi medio siglo de división, se acentúa así el carácter monárquico del emperador, estableciendo una nueva capital, Constantinopla.

15. Ley de Citas:

Al decaer totalmente la labor de los jurisconsultos, esta se concentra en cuestiones de índole religiosa y teológica. Así, la consulta de la obra de los juristas clásicos se vuelve permanente y la divergencia de opiniones constituye un obstáculo insuperable para los magistrados.

A esta situación se pone punto definitivo con la obra de Teodocio II y Valentiniano III llamada ley de citas. Según esta norma, para resolver un litigio, los jueces debían consultar sobre el tema lo que habían escrito quienes se consideraban los 5 grande jurisconsultos; Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestito. También valía la opinión de los jurisconsultos por ellos citados como Sabino o Juliano.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

En caso de unanimidad de opiniones el juez debía seguirla sin mas, si había divergencia debía adoptar la solución de la mayoría y en el caso de empate de opiniones debía tomarse lo que había opinado Papiniano, si este no había opinado estaba libre a resolver.

Esta ley de citas tiene vigencia hasta que es derogada por Justiniano.

16. Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano:

Por la multitud de constituciones imperiales surge la dificultad de distinguir entre las que tenían vigencia general y las que eran de aplicación solo a un caso particular, sumando a la falta de coordinación de las nuevas normas y las anteriores. Por esto Diocleciano intenta reunir en un cuerpo uniforme las constituciones vigentes, surgiendo así colecciones llamadas Códices que recibieron el nombre de sus autores.

- Código Gregoriano: compila exclusivamente Rescriptos en 15 libros, divididos en títulos y distribuidos por materias ordenadas cronológicamente.
- Código hermogeniano: completa al anterior código recogiendo en un solo libro todos los Rescriptos de Diocleciano.
- Código Teodociano: es la primera colección oficial de constituciones, contiene todas las constituciones que conservan vigencia desde la época de Constantino.

17. Fragmentos del Vaticano:

Se trata de una recopilación conservada en la biblioteca del Vaticano y que recién fue descubierta en el año 1820. Son 378 trozos doctrinarios tomados con gran fidelidad, mayor a la que se encuentra en el digesto de Justiniano de los textos originales de los jurisconsultos Papiniano, Paulo y Ulpiano.

18. Las compilaciones Romano Bárbaras:

Cuando cae la parte occidental del imperio. Los monarcas Germanos se nutren del derecho romano para regir a sus nuevos súbditos romanos, así todo individuo podía exigir ser juzgado según su propio derecho nacional. Estas compilaciones fueron:

- El edicto de Teodorico: Teodorico, rey de los Ostrogodos que ocupan Italia, constituye una excepción al principio de personalidad del derecho, dado que fue dictado para regir tanto a los romanos como a los ostrogodos.
- La ley romana de los Burgundios: la compilación reunía las fuentes jurídicas de la época.
- El breviario de Alarico: es la más perfecta de las leyes romano bárbaras, contiene extractos de todos los códigos anteriores.

HUGO FERREIRA

PRESIDENTE CEDUNA 2016

Unidad III:

1. La compilación Justiniana. El corpus Iuris Civiles. Sus partes.

Justiniano llega al poder en oriente en el 527 d.C. reinando hasta su muerte en el 565. Ha sido llamado el último emperador romano, no porque el imperio desapareciera, ya que subsistirá hasta la invasión de los turcos otomanos, sino porque luego de su fallecimiento el oriente se reducirá y se hablara ahora del imperio Bizantino.

Justiniano es quien emprende por última vez la tarea de reconquistar el antiguo esplendor de roma, lo hace en dos aspectos, en lo territorial y en lo jurídico con el corpus iuris.

Justiniano tuvo el honor y la gloria de realizar el anhelo de no pocos emperadores y juristas, recoger en un cuerpo sistematizado las constituciones imperiales y las opiniones de los jurisconsultos. Nace así el Corpus Iuris Civilis.

Partes:

- **Código primitivo:** cuando Justiniano asume el poder crea una comisión encargada de elaborar un nuevo código en base a los anteriores Gregoriano, Teodosiano y Hermogeniano. El trabajo se realizó rápidamente publicándose en el 529, pero su vigencia no fue prolongada ya que 10 años después fue reemplazada. El nuevo código: dado que el primer código quedó desactualizado por el gran número de constituciones se hizo necesario llevar a cabo una segunda edición, corregida y actualizada del código, tarea encomendada a Triboniano, Doroteo y a tres abogados más. Este código está dividido en 12 libros, subdividido en títulos, cada uno con su respectivo rubro. El primero de los libros se ocupa de las fuentes del derecho y autoridades, los libros del 2-8 tratan del derecho privado, el 9 de lo penal y los 3 últimos de lo administrativo y financiero.
- **El digesto:** es la recopilación de la opinión de los jurisconsultos dotados del *Ius Respondendi*. Justiniano designa para este trabajo a Triboniano y el mismo es quien elige a sus colaboradores, concluyendo su obra en 3 años. El digesto se divide en 50 libros, estos se dividen en títulos, salvo el 30, 31 y 32 que son de título único. Cada título al iniciarse lleva una pequeña leyenda que se denomina Rubrica, que indica de que se trata. Los títulos se dividen en fragmentos, que son trozos extraídos de la obra de algún jurisconsulto, estos se inician con una *Inscriptio* que es la que indica a que jurisconsulto corresponde y la obra de la que fue extraída. Por último si el fragmento es muy extenso se divide en párrafos.
- **Las institutas:** mientras se realizaba la compilación del digesto, Justiniano encarga que se realice un pequeño manual para uso de los estudiantes. La obra tiene 4 libros que tratan sucesivamente: las personas, las cosas, las acciones. Cada uno se divide en títulos, con sus respectivas rubricas y subdivididos en párrafos.
- **Las novelas:** es la recopilación de las nuevas constituciones. Se indicaban con un Prefacio y finalizaban con un Epilogo. Divididas en capítulos y estos en párrafos. Estaban probablemente destinadas a integrar un tercer código, cosa que no se logró, pero si existieron colecciones particulares.

2. Compilaciones posteriores en Oriente:

Aunque en oriente surge el corpus iuris, este no tiene la trascendental importancia que adquirió en occidente, sino que es una etapa más en la evolución jurídica que no se detiene con él, ya que a los pocos meses de la finalización de las institutas uno de sus autores, Teofilo, realizó un comentario ampliándolas, al que llamo Paráfrasis de Teofilo, quien luego también inició un índice del digesto. Otros autores también redactaron índices, llegando a ser tal su cantidad que complicaban y confundían a juristas y jueces, por esto surge la necesidad de reemprender la labor legislativa.

Así, a inicios del S. VIII se dicta la *Égloga*, determinada a hacer más accesible la compilación Justiniana.

A fines del S. IX, Basilio prepara dos breves compilaciones: Prochiro y la Epanagoge. A él también se debe la obra de reemplazar completamente el corpus iuris ya que estaba redactada en latín y había numerosas obras independientes que dificultaban sus análisis. Esta obra se conoce como las basílicas. LEER PAG. 99

3. Derecho romano en Europa:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Los glosadores: en el año 1090 de nuestra era, un monje, Irnerio, descubrió en la biblioteca de la ciudad de Pisa un manuscrito de parte del digesto, al que se conoció como manuscrito pisano o manuscrito florentino, ya que en el S. XV fue llevado a Florencia. Irnerio lo estudió desde el punto de vista filosófico y gramatical, dando origen a una escuela: la de los Glosadores, designación que deriva de las acotaciones denominadas Glosas que los estudiosos insertaban en los textos que analizaban. Estas glosas podían ser interlineales, que eran la que explicaban un término oscuro; o marginales, que explicaban un concepto entero.
Así florece la universidad de Bolonia, la primera del mundo, a la que concurren estudiantes de toda Europa, que luego que obtener sus títulos regresan a sus países convencidos de que el derecho romano es ley general para todos y que además es el que informa a la totalidad de los sistemas jurídicos.
- Los comentaristas: como una continuación de los glosadores, florece en Italia la labor de los comentaristas o postglosadores. El punto culminante se halla con Bartola de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldis, a quienes se los señala como los fundadores de la ciencia jurídica moderna.
Emplean en su obra el Modelo Escolástico, esto es la aplicación de los métodos lógicos de deducción e inducción, llevándolos a niveles en que sus estudios adquieren altos niveles. Sin embargo hay que rescatar que lograron presentar al derecho romano como un cuerpo sistemático útil adecuándolo a la época en que ellos vivieron.
- Escuela histórica Francesa: llamada también escuela de los humanistas, surge en el renacimiento cuando se rechaza la obra de los glosadores y post glosadores, porque en esta época se busca el culto por lo antiguo, por que directamente se estudian las fuentes Justinianeas. Se preocuparon por descubrir el derecho romano puro, cultivando la normativa jurídica primitiva, como por ejemplo la ley de las XII tablas.
- Los Iusnaturalistas: surge en Holanda en el S. XVII, fundada por Hugo Grocio e influida por la teología. Posteriormente con Puffendorf se desliga de las disciplinas ideológicas. Los Iusnaturalistas observan que el Ius Pentium es la rama más vigorosa del derecho romano y que contiene principios comunes a los diversos sistemas jurídicos de la época. Era propósito de la escuela formular un derecho fundado en la naturaleza misma del hombre, lo que daría principios de validez universal. Estas formulaciones realizadas por los Iusnaturalistas inspiraban los movimientos codificados de los siglos XIX y XX.
- La Pandectística Alemana: surge en el S. XIX con Savigny, quien sentó las bases del historicismo alemán. Su obra cumbre fue Sistema de derecho romano actual, escrito entre 1840 y 1849. la idea rectora de Savigny era que el derecho se encuentra en íntima conexión con el espíritu del pueblo al que esta destinado a regir, así el derecho debe corresponder a los sentimientos y modos de ser de un pueblo determinado, por esto el sostiene que un estado solo puede llegar a la codificación cuando se encuentra maduro como nación, vemos así que se opone a las codificaciones apresuradas.
Desaparecido Savigny la escuela histórica abandona su pensamiento dando lugar a un sistema dogmático del derecho privado, La Pandectística, que busco el retorno a las fuentes romanas pero aplicadas como derecho vigente. Hacia fines del S. XIX surge Von Ihering, criticando las teorías de Savigny y orientando la Pandectística hacia el positivismo jurídico.
- 1. La recepción en el sistema anglosajón: en Inglaterra y en USA el derecho romano fue cultivado y estudiado pese a ser estas naciones cuna del derecho anglosajón, el que generalmente se presenta como un sistema antagónico al romano. Esto no es así ya que la mecánica del precedente de los anglosajones tiene su antecedente en la actividad del pretor. Su derecho conserva muchos puntos de contacto con el derecho romano, que son estudiados en la universidad de Cambridge y en muchos centros de estudio en Washington.

4. El derecho romano en Argentina:

Se distinguen 4 periodos del estudio del derecho romano en nuestro país:

2. El primero va desde la colonización hasta la creación de la universidad nacional de Córdoba en 1614.
3. La segunda época va desde 1614 hasta 1791, año en el cual se crea la cátedra de Instituta en la U.N.C. que luego dará origen a la actual facultad de derecho, en ella se estudia el derecho Laico al lado del Canónico.
4. Es periodo va desde 1791 hasta la realización por Vélez Sarfield de la concordancia entre el derecho romano y el derecho patrio e hispano en 1834.
5. El cuarto periodo se inicia en 1834 hasta 1869 con la sanción del código civil, el cual toma directa o indirectamente gran parte de su contenido del derecho romano.

HUGO FERREIRA

PRESIDENTE CEDUNA 2016

Unidad IV:

1. Persona. Concepto:

La voz persona deriva de mascara, entendida como la mascara de teatro en Grecia que servia para ampliar la voz de los personajes.

Etimológicamente persona, proviene del verbo Personare, que literalmente significa Personar, aludiendo también a aquella mascara que hacia que la voz se concentre y escape por una sola salida, sin derramarse en todas direcciones.

La palabra ha pasado a significar en el lenguaje jurídico vulgar a quien puede desempeñar un rol en la vida de relación. Persona es el sujeto de derecho quien puede ser actor en el escenario jurídico.

Así vemos que jurídicamente persona y hombre no son sinónimos, aunque generalmente coinciden, hay casos en que para el derecho romano los hombre no eran personas, como en el caso de los esclavos, que no tenían capacidad de derecho, y personas que no eran seres humanos sino, universalidades, las personas jurídicas. Así formulamos una primera distinción entre persona física, el ser humano considerado individualmente como sujeto de derecho y persona jurídica, que alude a una universalidad o corporación de varios seres humanos singulares que forman un ente distinto e independiente de sus componentes.

Persona física:

Es el típico sujeto de derecho, es el hombre, ósea la causa que hace que el derecho haya sido creado. De él se ocupa el derecho aun antes de haber nacido y también después de su muerte.

Gayo: " por causa de quien todo el derecho ha sido creado ".

La persona antes del nacimiento: el nasciturus.

La existencia de la persona física se inicia con la concepción y hasta el parto recibe el nombre de persona por nacer o nasciturus. En este periodo puede ser titular de derechos y obligaciones, los que recién se consolidaran definitivamente luego del nacimiento con vida, si este no se verifica se considera que la persona nunca existió. Esta solución romana coincide exactamente con nuestro código civil.

El nacimiento:

Son 3 los requisitos necesarios para que se considere que ha dado a luz a una persona:

- Nacimiento con vida: es necesario que la criatura tenga existencia propia, independientemente de su madre, sin que sea necesario la viabilidad.
- Que el nacido sea hombre: que sea humano, ya que ni el monstruo o prodigio lo eran.
- Separación de la entraña materna: el recién nacido debe haber sido totalmente separado del claustro materno.

2. Capacidad de hecho y derecho:

En el derecho romano la capacidad de derecho es la aptitud o grado de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; la capacidad de hecho es la aptitud o grado de aptitud que una persona tiene para ejercer esos derechos por si mismas.

Para los romano había humanos que eran personas o otros que no, como en el caso de los esclavos, que eran incapaces absolutos de derecho. Así también tenían personas relativamente capaces.

3. Los tres estados en orden a la capacidad de derecho:

En orden a la capacidad existieron 3 estados, de libertad, de ciudadanía y de familia. Quien ostentaba los 3 tenía plena capacidad de derecho. A quien le faltaban todos carecía de personalidad jurídica:

- Estado de libertad: la primera división que se hace de los hombres es entre libres y esclavos. Los hombres libres se dividen en ingenuos, que siempre fueron libres y libertos, que en algún momento fueron esclavos liberados por su dueño.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Los libres cuenta con alguna capacidad de derecho, que será mayor o menor en la medida que reúnan también los otros estados.

Según florentino, libertad es la facultad que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a menos que la fuerza o la ley se lo impidan.

La esclavitud es una institución del derecho de Gentes que contra lo que la naturaleza dicta pone a un hombre bajo el dominio de otro. A los esclavos también se los llamaba Mancipia, que se refiere a la forma de aprehenderlos con la mano, o siervo, por haberlos conservado o venderlos en lugar de matarlos.

Condición jurídica del esclavo:

Según el derecho civil, el esclavo es una cosa, y dentro de la clasificación de estas era una cosa corporal y mancipi, cuya exhibición puede ser pedida por su dueño.

Así, no podía ser titular de relaciones de familia, propiedad o sucesión, ni actuar en juicio.

En principio, los dueños ostentaban poder dominal, que era el conjunto de derechos que tenían sobre sus esclavos, ostentaban un poder supremo que les daba derecho de vida o muerte sobre ellos.

En cuanto a los bienes, en principio, el esclavo no podía por sí mismo poseer ni ser titular de bien alguno, dado que todo lo que adquiría pasaba a propiedad de su dueño, no obstante, con el correr del tiempo, se hizo corriente que el dueño le separase un caudal para que el esclavo administrase, que se llamó Peculio, así el esclavo podía administrar e inclusive acrecentar su peculio, llegando a poder comprar su libertad, pero siempre la propiedad era del amo, quien en cualquier momento podía reclamarlo.

Manumisión:

Es una forma de extinción de la esclavitud en la que el dueño interviene en el acto de liberación.

Manumitir es dar la libertad a un esclavo, perdiendo literalmente la posibilidad de poner mano sobre él.

Es el amo quien le concede finalizando así su poder dominal.

Acciones adiectitiae qualitatis:

Estas acciones procedían a favor de quien contrato con un esclavo y en contra del dueño de este, para hacerle responder por las deudas contraídas por el siervo, por lo menos hasta el límite en que se hubiera enriquecido con el negocio que las origina.

Estas acciones proceden también contra el padre titular de la patria potestad sobre el hijo, por los hechos de este. Algunas de estas acciones fueron:

La acción de peculio: se daba cuando el amo había autorizado un peculio al esclavo, a fin que los acreedores del esclavo cobraran sus créditos sobre el peculio, antes de ir sobre el patrimonio del dueño.

La acción quod iussu: puede ejercitarse contra el amo de un esclavo que dio ordenes a este para realizar uno o varios negocios, a fin de hacerle responder por las deudas contraídas por el siervo en razón de esos negocios.

La acción exercitoria: por la cual el dueño que ha constituido capitán de un barco a un esclavo puede ser demandado por las deudas de este, contraídas en el ejercicio de su función.

Estas acciones, recibieron el nombre de acciones Noxales, y solo cabía eludir la responsabilidad emanada de las mismas mediante la entrega al ofendido del esclavo causante del daño.

- Estado de ciudadanía: era según el cual los hombres libres son ciudadanos romanos. Los hombres libres se dividían en ciudadanos y no ciudadanos. Solo a los primeros se le concedía el ejército y el goce de las instituciones del derecho civil, gozando en consecuencia de todos los derechos públicos y privados que otorgaba el derecho civil quirritario. Originalmente, ostentaban en carácter de ciudadanos los naturales de roma, calidad que luego se extendió al resto de Italia y finalmente a los habitantes de todo el imperio.

Derechos públicos y privados del ciudadano romano: al ciudadano romano que no haya sufrido incapacidades del derecho por alguna causa particular, goza del Ius Civitatis, del derecho de ciudadanía con el de la facultad de gozar de todas las instituciones públicas y privadas de derecho quirritario. Los derechos públicos fundamentales de los ciudadanos eran:

- Votar en los comicios.
- Ser elegido magistrado.
- Apelar la pena capital.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Derecho al uso del nombre.
- Contraer matrimonio.
- Ejercer el comercio.
- Testar y ser instituido heredero.

Extranjeros, clases:

Según el tipo de pacto que uniese a un determinado pueblo con roma encontramos distintos tipos de extranjeros:

- Latinos veteres: eran los habitantes del antiguo Lacio, gozaban del ius commercium y del ius connubium (matrimonio) y de los derechos privados de los ciudadanos y de la facultad de votar en las elecciones si Vivian o se encontraban en roma en tiempo de elecciones.
 - Latinos colonarii y junianos: habitantes de los territorios conquistados por roma, gozaban del ius commercium pero no del ius connubium a menos que les fuese especial y específicamente concedidos. Tenían facilidades para obtener la ciudadanía.
 - Peregrinos: eran los demás extranjeros, habitantes de los pueblos con los que roma no estaba en guerra. No podían invocar las normas de derecho civil sino el de gentes, estaban privados del ius commercium y del connubium.
 - Dediticios y hostis: estaban privados de obtener la ciudadanía porque se los consideraba elementos indeseables y peligrosos.
- Estado de familia: según el cual los ciudadanos pueden ser Sui Iuris, que tienen plena capacidad de derecho (pater), o Alieni Iuris, que estaba sometido a la potestad de un pater.

Cambios en el estado:

Estos 3 estados no eran rígidos ni estáticos, así como un esclavo emancipado se volvía hombre libre y un peregrino podía conseguir la ciudadanía, también un hombre libre podía caer en la esclavitud. Estos cambios que entrañaban disminuciones de la capacidad, se llamaban Capitis Diminutio, podían ser de la siguiente manera:

- Máxima: hombre libre a esclavo.
- Media: si un ciudadano perdía la ciudadanía.
- Mínima: con un cambio en el estado de familia.

4. Personas de existencia ideal. Clasificación:

En roma, el sujeto de derecho por excelencia es el hombre, aunque con limitaciones. Por un lado se privo de personalidad jurídica a los esclavos y por otro se le atribuyeron a entes formados por un conglomerado de seres humanos los atributos propios de un sujeto de derecho. En este último caso hablamos de las personas de existencia ideal, civil, moral o jurídica.

Clasificación: tenemos por un lado personas ideales formadas por hombres, que son las asociaciones o corporaciones y por otro las constituidas por un patrimonio destinadas a un fin, las fundaciones.

A las primeras se las llama Universitas Personarum y a las otras Universitas Rerum.

Personas jurídicas del derecho público: estado romano, provincias, municipios, colonias.

Son Universitas Personarum de carácter público. Se trata de entes jurídicos colectivos, compuestos de personas individuales, unidas para la consecución de una finalidad común, ya sea en forma voluntaria o por la fuerza de la costumbre y la tradición.

Tiene bienes que no son de propiedad individual, sino que pertenecen al organismo social en conjunto. Las provincias, recién en los últimos tiempos del imperio, adquieren personalidad.

Personas jurídicas del derecho privado: asociaciones.

Nacen a partir de un acta de constitución de sus fundadores y para subsistir necesitan de la voluntad continua para mantenerla por parte de sus integrantes.

Estas asociaciones o corporaciones pueden ser religiosas, sociedades de subalternos encargados de distintas funciones de los cuales toma el nombre la corporación.

Requisitos:

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- Por lo menos 3 personas.
- Un estatus que rija su organización y funcionamiento.
- Que tenga un fin lícito.
- Un patrimonio propio y distinto de quienes la componen.
- Un representante que la administre.
- Autorización del estado.

Unidad V: La persona física en las relaciones familiares. (Matrimonio)

1. Régimen del matrimonio romano:

Justas nupcias:

La unión de modo más o menos permanente, entre varón y mujer fue consagrada por todos los sistemas jurídicos de la antigüedad, y por consiguiente reconocida por el derecho de gentes, las justas nupcias constituyen el matrimonio específicamente romano, regulado por el derecho civil quiritarario.

Definiciones clásicas:

Modestino: " la unión del varón y la mujer, consorcio para toda la vida, comunicación de los derecho divinos y humanos ".

Institutas (I.1.9.pr.): " la unión del varón y la mujer, que comprende el comercio indivisible de la vida ".

- El matrimonio es la unión de personas de distinto sexo, varón y mujer. Siempre monogámico.
- Implica un consorcio para toda la vida. Esta afirmación no debe entenderse como indisoluble dado que el divorcio y el repudio existieron siempre en roma. Simplemente se refiere que en el momento de casarse, los cónyuges deben hacerlo con la voluntad que la unión perdure.
- Implica una unión entre cónyuges que es total, tanto el los aspectos materiales como espirituales.
- No necesariamente tiene como finalidad procrear hijos, no la falta de éstos obsta a la plena validez del matrimonio.
- Es una institución del derecho natural.

Concepto y elementos:

El matrimonio romano es una institución fundada en dos elementos fundamentales. Uno material, la cohabitación, y otro espiritual, la affectio maritales.

La cohabitación debe tomarse en sentido amplio, significando que la esposa debe estar a disposición del marido. Por eso no implica cese en aquella el hecho accidental que el esposo se encuentre ausente, aunque fuere por periodos prolongados (campana militar), siempre y cuando ambos cónyuges pese a no estar materialmente juntos se guarden respeto debido.

La affectio maritales no es otra cosa que la intención de se marido y mujer, que evidencian los cónyuges tratándose recíprocamente como tales.

2. Requisitos e impedimentos:

- Aptitud física. No podían casarse los menores impúberes, lo que implica que la edad mínima para la mujer era de 12 años. En cuanto al varón, en un principio se exigía en cada caso un examen físico realizado por el pater, quien debía manifestar si había encontrado en ellos las señas de la pubertad.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Justiniano adopto, finalmente, para todos los supuestos el límite convencional de los 14 años como edad nupcial legalmente admitida para el varón, manteniendo la de 12 para la mujer. Dentro de la aptitud física debemos mencionar el caso de los castrados, a quienes Ulpiano juzgaba inhábiles para contraer matrimonio. Distinto era el caso de los impotentes por defectos orgánicos naturales (spadones), dado que dichos defectos, al no excluir la affectio maritales, ni ser ostensibles ni manifestados externamente, no impedían la celebración de matrimonio válido.

- Aptitud jurídica. Los futuros esposos deben ser libres y ciudadanos romanos, lo que quiere decir que, teniendo el status libertatis, y el status civitatis, han de gozar del ius connubium, uno de los derechos privados del ciudadano romano.

La unión en la que uno o ambos miembros de la pareja es esclavo, no es matrimonio sino contubernio. Tampoco es matrimonio la pareja que forman un ciudadano y una peregrina, o viceversa.

Una ley Minicia, del S. I a.C. reglamento que de estas parejas entre ciudadanos y no ciudadanos los hijos heredan la situación del progenitor no ciudadano (matrimonio sin connubium).

En un tiempo también estuvo vedado casarse, por carecer entre sí del ius connubium ingenuos y libertos. Durante Augusto, luego de las leyes Iulia y Papia Poppaea, la restricción subsistía entre personas de rango senatorial y quienes ejercían profesiones deshonrosas (gladiadores, artistas) o libertos en general.

- Consentimiento de los contrayentes. Los que van a casarse deben expresar libremente su consentimiento. O por lo menos no deben oponerse. Lo cual es sumamente importante. Porque no estaba permitido de ninguna manera al padre violentar la voluntad de su hijo o hija concertándoles matrimonios de conveniencia en contra de la expresa voluntad contraria de aquellos.
- Consentimiento del padre. También era necesario el consentimiento del pater, a cuya potestad los mismos están sujetos. En caso que el titular de la potestad no sea el padre sino el abuelo, se necesitaba también su conformidad y la del padre, que será quien herede la potestad al fallecimiento de aquel. En cuanto a las mujeres sui iuris debían contar, mientras duro la tutela perpetua de las mismas, con el consentimiento de su respectivo tutor. Con Augusto, si el pater negaba injustificadamente su consentimiento, fue posible suplirlo con la autorización del magistrado.

Impedimentos:

- **Absolutos.** Eran impedimentos absolutos, que enervaban por completo la aptitud nupcial:
 - Un matrimonio anterior no disuelto.
 - La caída en esclavitud o, en general, la pérdida del ius connubium.
 - En el derecho cristianizado el voto de castidad y las ordenes sacerdotales Mayores.
- **Relativos.** Fue impedimento relativo, en primer lugar, el parentesco dentro de ciertos límites:
 - Parentesco en línea recta. Que estaba prohibido en todos los grados, ya se tratase de consanguinidad, afinidad o adopción.
 - Parentesco en línea colateral. Era impedimento del matrimonio entre hermanos, y como principio general, entre todas aquellas personas de las cuales una fuese hermano de un ascendiente de la otra. Sería el caso de tíos y sobrinas, o tíos abuelos y sobrinas nietas, o viceversa.
 - Parentesco por afinidad. Es decir el que vincula a un cónyuge con los parientes de otro, también fue impedimento para el matrimonio, en línea recta (yernos y nueros con suegros).
 - Parentesco por adopción. Constituía impedimento, si bien cesaba, en el caso de la línea colateral, al producirse la emancipación del adoptado.
 - Parentesco espiritual. Se erigió en impedimento al producirse la cristianización del derecho. Así Justiniano prohibió el matrimonio entre padrinos y ahijados.

Hubo asimismo impedimentos relativos que vedaban el matrimonio de ciertas categorías de personas, o que lo prohibían entre sujetos que, teniendo el ius connubium en general carecían de él específicamente en relación a la persona con quien deseaban contraer enlace:

- El caso de los militares, a quienes en la primera época imperial se les prohibió contraer nupcias para fomentar la disciplina.
- El caso de los que carecen de connubium, en relación a persona determinada, como los del tutor y sus descendientes con la pupila, o la del gobernador de una provincia con mujer radicada en la misma.
- Razones sociales, que vedaban el matrimonio entre senadores y sus descendientes con libertas o mujeres de muy baja condición.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- El cristianismo en su momento impuso la prohibición de casarse entre judíos y cristianos.
- En el derecho antiguo, rigió similar prohibición entre patricios y plebeyos.
- A los fines de evitar la confusión de la prole, clarificando las cuestiones de paternidad, se prohibió el casamiento de la viuda, dentro de los 10 meses posteriores al fallecimiento del marido. Rigió igual para la divorciada.
- Las leyes Iulia y Papia Poppaea prohibieron el matrimonio entre la adúltera y su cómplice.
- El derecho Justiniano vedó asimismo el casamiento entre raptor y raptada.

3. Tipos de matrimonio:

El matrimonio romano podía ser de dos clases: cum manu y sine manu, según la mujer entrase a formar parte de la familia del marido sujetándose al poder de éste, o se mantuviese alieni iuris dentro de su familia de origen, sui iuris, si en esa condición se hallaba al casarse.

La mujer casada cum manu sale de su propia familia civil y entra en la del marido, del cual jurídicamente es considerada una hija más. Sin con anterioridad era sui iuris, el patrimonio que hubiese tenido es absorbido por el pater de la familia a la que ingresa.

La manus podía extinguirse, como toda potestad. Y en caso de divorcio la propia mujer podía obligar a su ex marido a romperla para lo cual usualmente hacía falta un acto igual y de sentido contrario al utilizado para construirla.

Para contraer matrimonio no existe formalidad alguna, si las hay para que el marido adquiriera la manus sobre la mujer:

- **Confarreatio.** Consistía en una ceremonia en la que los contrayentes pronunciaban ciertas palabras sagradas delante del pontífice máximo, el flamen de Júpiter y por lo menos 10 testigos. Luego de lo cual se ofrecía un pastel de harina (farreum) a Júpiter Farreus.
- **Coemptio.** Consistía en la compra figurada que el marido hace de su mujer el padre de esta, o a quien la tenía bajo su potestad. En caso de haber sido sui iuris la esposa era necesaria la auctoritas del tutor. Dicha compra se hacía pesando en una balanza un trozo de cobre que luego el novio entregaba al padre de la novia, como pago simbólico de la potestad sobre esta.
- **Usus.** Era la manera más antigua, era una especie de adquisición del poder sobre la mujer a través del uso continuo e ininterrumpido de dicho poder. La posesión de la esposa continuada durante el lapso de un año hacía nacer la manus a favor del esposo. En caso de que la mujer se ausentase durante 3 noches seguidas del hogar conyugal el año se interrumpía y había que volver a contarlos nuevamente.

3. Formalidades para la adquisición de la manus:

Las justas nupcias entrañan en roma una institución cuya iniciación aparece despojada de formalidades, ya que se trata de una cuestión absolutamente de hecho. Para su existencia basta con la convivencia de dos personas de similar condición; que tengan entre ellas el ius connubium y que se traten recíprocamente como marido y mujer. Es decir que aparezcan inequívocamente los dos elementos que caracterizan al matrimonio romano: la cohabitación y la affectio maritalis.

Si bien despojada de formalidades jurídicas no era en absoluto un suceso intrascendente. Constituía por el contrario su celebración un hecho de importancia capital, y como tal estaba rodeada de actos y rituales que costumbre y religión imponían.

4. Esponsales:

Los esponsales son la promesa de matrimonio futuro, es decir el compromiso matrimonial.

Florentino lo define como "mención y promesa mutua de futuras nupcias".

Era frecuente que los esponsales tuviesen lugar de manera solemne, ante gran número de invitados ataviados con ropas festivas, en un acto en el cual los novios a menudo, en virtud de su corta edad, eran asistidos por sus representantes legales. Allí el novio hacía entrega a la novia de un anillo.

En cuanto a los requisitos e impedimentos para los esponsales rigen las mismas reglas que en relación al matrimonio, ya que no pueden comprometerse quienes luego no podrán casarse.

Relativo al efecto de los esponsales, debemos distinguir:

- En cuanto a la persona de los novios en sí, la relación entre ellos no varía en lo más mínimo por la celebración del compromiso, es decir no creaba ni autorizaba ninguna familiaridad especial entre los futuros esposos.
- En lo jurídico, sí hubo consecuencias. En la ceremonia esponsalicia solían sentarse las bases del futuro acuerdo económico matrimonial, como por ejemplo la cuantía y pago de la dote que llevaría la mujer.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

En cuanto al incumplimiento de la promesa de matrimonio futuro, el mismo originaba en los primeros tiempos de roma una acción por daños y perjuicios que podía ejercitar el novio despechado, aunque luego quedo sin efecto, prohibiéndose incluso celebrar convenciones en las que se estableciesen penas económicas a quienes violasen su compromiso nupcial, por considerárselo atentatorio de la libertad que era fundamental en el concepto romano de matrimonio.

En épocas del cristianismo la situación sufrió un nuevo vuelco, al imponerse la costumbre de garantizar económicamente el cumplimiento de los esponsales.

En cuanto a los regalos que pudiesen haberse realizado los futuros esposos, también el derecho cristianizado impuso la obligación de devolverlos al disolverse el compromiso, a menos que el que los había recibido no hubiere dado lugar a dicha disolución. En caso de muerte de uno de los novios, el sobreviviente podía recuperar los regalos que había hecho.

Se disolvían los esponsales por mutua acuerdo, o por voluntad de uno solo de los interesados, por muerte, *capitis deminutio* máxima o media.

5. La legislación de Augusto:

El emperador Augusto intento defender y favorecer el matrimonio mediante 2 leyes: la *Iulia de maritandis ordinibus* y la *Papia poppaea*, que imponían diversas desventajas y penalidades a los solteros y los casados sin hijos, al par que establecían correlativas ventajas a los matrimonios con hijos.

Le ley *Iulia* establecía como norma fundamental que todo varón de entre 25 y 60 años debía estar casado o comprometido de matrimonio, e igual versión regia para las mujeres de entre 20 y 50 años. Quienes no lo estuviesen eran denominados célibes.

La ley *Papia* completo la ley anterior, estableciendo que cualquier compromiso matrimonial que no fuese seguido en los dos años siguientes a su celebración por el correspondiente casamiento carecía por completo de valor. A partir de entonces los esponsales no pudieron celebrarse validamente sino desde los 10 años para la mujer y 12 para el varón.

Un capítulo de la ley *Iulia* estaba dedicado a las incompatibilidades matrimoniales de la clase sectorial, estableciendo que estaba prohibido el matrimonio o el compromiso matrimonial entre:

- Los senadores y todos sus descendientes en línea recta masculina con las libertas y con las mujeres que actuaban o habían actuado en el teatro, o que eran hijas de actores de teatro.
- Las hijas de los senadores, y las hijas de los varones que descendían en línea recta de un senador, con libertos o con quienes personalmente han actuado en el teatro o descienden de actores de teatro.

La ley *Papia* autorizo el matrimonio entre ingenuos y libertos, con la sola excepción de los senadores y sus descendientes, para quienes se mantenía vigente la prohibición de la ley *Iulia*.

En cuanto a los ingenuos en general, si bien se les permitía contraer matrimonio con personas libertas, tenían especialmente prohibido casarse:

- Con las prostitutas y las ex prostitutas.
- Con el propietario/a de un burdel.
- Con la adúltera condenada como tal.

6. Efectos del matrimonio respecto de los cónyuges y respecto de los bienes:

La mujer, mientras duraba su soltería, vivía una vida de absoluto sometimiento al padre. La vida era entonces de reclusión y aislamiento.

La situación variaba sobre todo si se trataba de muchachas de clase alta con el matrimonio. Dentro de éste, la esposa pasa de un régimen de reclusión y sometimiento a otro de libertad casi ilimitada. La joven esposa se veía saludada, incluso por el marido, con el respetuoso tratamiento de *domina*. Era ama indiscutida de su hogar, y como tal daba ordenes a los sirvientes acerca del manejo de la casa. Si gozaban de cierta cultura, podían participar de las actividades de sus esposos.

Pese a esta notable libertad, había restricciones. Y si bien algunas mujeres eran instruidas, de ordinario sus maridos lo eran mucho mas, quizás por la importante diferencia de edad que solía existir entre los cónyuges. Se consideraba impropio que la mujer abrazase una actividad demasiado ostensible y directa en los asuntos públicos, materia en la cual inclusive su rol de consejera del esposo era mal visto.

La mujer sometida al régimen de la *manus maritalis*, modo usual de casarse en los primeros tiempos de roma, quedaba bajo la autoridad del esposo, como antes lo había estado bajo la del padre. Este tipo de matrimonio no podía deshacerse fácilmente, era menester una causa seria que justificase la separación, y cuando ésta se verificaba, las penurias económicas eran graves para el cónyuge que le hubiese dado lugar.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Hacia finales de la republica los matrimonios solían ser sine manu y, en consecuencia, la mujer continuaba perteneciendo a la familia de su padre y seguía colocada bajo la potestad jurídica de éste, participando en el régimen sucesorio y de propiedad de su familia natal.

Respecto de los bienes:

La situación varia fundamentalmente según se trate de un matrimonio cum manu o sine manu.

En el primer caso, la mujer no tiene bienes propios porque, mientras el esposo vivía, la dote y las propiedades de su cónyuge le pertenecían por completo. Y al fallecer éste, la mujer según las reglas de sucesión intestada tiene derecho a una parte igual a la de sus hijos en la herencia, dado su carácter de heredera principal conjuntamente con aquellos. La mujer sometida a la manus era una hija más.

En el matrimonio sine manu las cosas variaban porque, si bien la dote que aportaba al matrimonio era administrada por el marido mientras la unión se mantuviese, ella en su carácter de sucesora de su padre podía heredarlo, convirtiéndose de esta manera en propietaria absolutamente independiente, con capital personal distinto al de su marido.

Tales bienes, los que en el matrimonio eran propiedad exclusiva de la mujer, eran denominados parafernales, concepto que incluía, tanto los traídos por ella al margen de la dote, y sus acreencias, cuanto los recibidos posteriormente por herencia, legado o donación. De la administración de los mismos se ocupaba antiguamente al tutor de la mujer, cuando ésta se encontraba sometida a tutela perpetua.

7. La dote. Noción y constitución:

Es el conjunto de bienes que la mujer u otra persona por cuanta de ésta, entrega al marido para contribuir a solventar los gastos del matrimonio.

Históricamente surge en el matrimonio cum manu como una manera de compensar a la mujer de la herencia paterna que ya no recibirá, por abandonar la familia del padre. Y pasa luego al régimen de matrimonio sine manu como contribución económica aportada por la mujer y destinada a hacer olvidar de alguna manera al marido que ya no podrá disponer como propios de los restantes bienes, que por cualquier concepto, posea su mujer.

En los primeros tiempos la constitución de la dote recaía sobre los parientes de la mujer, sobre todo el padre y excepcionalmente la madre. De allí que se hable de dote profetia cuando es constituida por el mismo padre, y de dote adventicia cuando la constituía la madre, otro pariente que no fuese el padre o el abuelo paterno, o aun la misma esposa. Esta dote adventicia se denomina también recepticia, cuando quien la constituye se reserva el derecho de exigir la restitución si llegare a disolverse el matrimonio.

Constitución:

La dote podía ser constituida de modo real o por vía obligacional.

Se la constituía de modo real, con la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la componían, realizando en su caso los acostumbrados modos de transmisión: mancipatio, in iure cessio, traditio. A esta figura se la denominaba dotis datio, entrega material de la dote.

Por vía obligacional se constituye la dote, ya sea por la vía de la dotis dictio o por la de la dotis promissio.

La forma típica es la dotis dictio, que entraña una declaración solemne por la cual quien ofrece la dote se obliga a constituirla. Por esta vía solo pueden hacerlo el padre o el abuelo paterno de la mujer. La dotis promissio por su parte es una convención destinada a formar una dote por medio del contrato verbal de estipulación.

8. Donaciones entre cónyuges:

En ocasión de los esponsales los novios solían hacerse regalos, usualmente de poco valor, que eran absolutamente validos. Dichas donaciones se denominaron ante nupcias, por el momento en que eran hechas, o también propter nupcias, porque se hacían en virtud del matrimonio. Tenían pleno valor si el casamiento tenía lugar, aun cuando luego se disolviese por fallecimiento del marido o divorcio causado por culpa de éste, pero si el casamiento no se llevaba a cabo la esposa debía devolverlas.

En cuanto a las donaciones entre cónyuges, si bien en un principio existió un régimen de amplia libertad, bien pronto fueron absolutamente prohibidas a fin de evitar que uno de ambos forzase al otro a realizarlas en su favor, disolviendo luego el matrimonio.

9. Finalización del matrimonio. Distintos supuestos:

Tales son:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- La muerte de uno de los esposos. Si quien había muerto era la mujer el marido podía de inmediato contraer nuevas nupcias, pero si fallecía el marido, la esposa debía esperar por lo menos 10 meses antes de contraer nuevo matrimonio, a fin de evitar una confusión en la prole.
- Capitis deminutio máxima de alguno de los cónyuges o ambos. La caída bajo la esclavitud disolvía las nupcias, que no volvían a renacer ni aun en virtud del derecho postliminio en el caso que el cautivo/a hubiera recuperado la libertad. La excepción era que si ambos esposos cayeran juntos en cautiverio de guerra, hubiesen vivido juntos y hubieran retornado a roma al mismo tiempo, en tal caso no se interrumpía la cohabitación.
- Capitis deminutio media. Se disolvía el matrimonio con la pérdida de la ciudadanía.
- La pérdida del ius connubium de uno de los esposos o ambos ocurrida luego del casamiento. Sucedió por ejemplo si el padre del esposo adoptase a la mujer de éste, caso en el cual la unión devendría incestuosa, a menos claro que antes de celebrar la adopción hubiese tenido la previsión de emancipar a su hijo.
- Por divorcio o repudio.

10. Divorcio y repudio:

El matrimonio romano se basa en el consentimiento que cada día los cónyuges renuevan al continuar su vida en común. De esta manera, si llega a faltar en consentimiento por parte de ambos, o uno de ellos, se disuelve el matrimonio por divorcio en el primer caso o por repudio en el segundo.

Divorcio:

Gayo señala que existe divorcio " cuando entre los esposos hay una divergencia de voluntades que los lleva a vivir separados. Dicha divergencia debe ser permanente y definitiva ", no bastando para que se considere que existe divorcio un enojo repentino, o una separación temporaria.

Repudio:

Es la disolución del vínculo matrimonial por la decisión unilateral de uno de los esposos. En los matrimonios cum manu solo el esposo tenía la facultad de repudiar y solo podía hacerlo por causas graves y fundadas. En el imperio con la popularización de los matrimonios sine manu, la mujer tenía derecho de repudiar a su marido, del mismo modo que éste podía hacerlo con ella. En ambos casos tenía que ser por motivos graves.

Augusto intentó con las leyes Iulia de adulteriis, Iulia de maritandis ordinibus y papia poppaea detener la ola de divorcios y alentar los matrimonios normalmente constituidos y estables. Así exigió que todo repudio fuese comunicado al interesado por medio de un liberto, en presencia de 7 ciudadanos púberes, y prohibió a la liberta repudiar al patrono.

Finalmente con Justiniano, las posibilidades de repudio quedan categorizadas de esta forma:

- Repudio con causa. Cuando hay culpa de la otra parte. Las causales estaban predeterminadas, y consistían en maquinación contra el emperador, adulterio por parte de la mujer, malas costumbres por parte de la mujer, etc.
- Repudio sin causa. Cuando se realiza arbitrariamente, sin estar fundado en causa legal.
- Repudio bona gratia. Cuando se funda en una causa que si bien no entraña culpa por parte del otro cónyuge, hace imposible la normal prosecución del matrimonio. Por ejemplo el voto de castidad, la impotencia incurable, el cautiverio de guerra.

11. Otras uniones licitas:

Al margen de las justas nupcias, el derecho romano reconoció la existencia de otras uniones permanentes, aunque de carácter inferior.

- El concubinato. Si bien no entrañaba matrimonio, por no reunir los requisitos de éste, el concubinato fue reputado una unión legalmente aceptada. Nació probablemente de la desigualdad de condición social entre los miembros de la pareja, desigualdad que les impedía celebrar justas nupcias, constituyó una unión de carácter permanente y duradero. Solamente estaba permitido entre personas púberes que no fuesen entre sí parientes en grado prohibido.
- El matrimonio sine connubium. La unión entre dos personas que carecen (una o ambas) del ius connubium, como en el caso de un romano y una peregrina, o dos peregrinos. No producía efectos de justas nupcias.

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- El contubernio. Es la unión entre esclavos, o entre un libre y un esclavo. Constituye un simple hecho, despojado de toda consecuencia civil.

Unidad V: familia romana.

12. La familia romana. Concepto y clases.

Para comprender la familia romana, debemos analizar las palabras latinas que servían para indicar este concepto. Las mismas fueron: familia y domus, este último término que significaba casa, morada y, por extensión, unidad doméstica. Pero ninguna de ambas tiene el alcance semántico de la voz familia como hoy se emplea.

La palabra domus en sentido de unidad doméstica era usada por los romanos con más frecuencia para referirse al grupo familiar. Pero su alcance era mucho más extenso, ya que comprendía: los esposos, los hijos e hijas, las esposas de los hijos, los nietos, los esclavos, y demás personas que habitasen el mismo hogar.

Básicamente el grupo familiar que conforma la domus es asimismo una unidad económica autosuficiente, con su autoridad (pater), que se manifiesta de diversas formas según el tipo de potestad que ejerza (manus, patria potestad, dominica potestas o mancipatium).

Ulpiano, analizando los diversos significados de la palabra familia, enseña que el término ha sido entendido con variedad de alcances, siendo comprensivo tanto de personas como de cosas.

Aludiendo a las cosas, viene a ser sinónimo de conjunto de bienes que conforman el patrimonio de una persona; pero utilizado para designar un grupo de personas, acepción que nos interesa, podía significar diversos conceptos:

- Familia en sentido estricto. Que comprende al padre y todos los que se encuentran bajo la autoridad del mismo, incluyendo la esposa casada cum manu, los hijos sometidos a la patria potestad, las mujeres y los hijos sometidos a su vez a la potestad de éstos, los que habían sido adoptados, sus mujeres cum manu e hijos agnados.
- Familia en sentido amplio. Comprendía a quienes estaban bajo la potestad del mismo pater, y también a todos los que estarían sujetos a una misma potestad de vivir los antepasados que les eran comunes.
- Utilizándolo en un sentido amplísimo. Para señalar a todos quienes están emparentados de varón en varón con un antepasado común, razón por la cual comparten el mismo nomen común.
- Reducida a la mínima expresión. La familia podía comprender solamente a una persona. Tal sucedía con el varón sui iuris que no tenía a nadie bajo su potestad.
- Alude también al concepto al conjunto de personal esclavo de una casa, granja u otro establecimiento.

13. Potestades del jefe de familia:

Dentro de cada grupo familiar el régimen era patriarcal, con el padre y jefe del mismo, ejerciendo distintas potestades sobre su mujer, los descendientes y demás integrantes del núcleo.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

En un principio el pater era dueño total de las personas colocadas bajo su autoridad. Podía emancipar a un descendiente y con ello excluirlo del grupo familiar; y para completar el panorama, era el supremo sacerdote encargado del culto doméstico, los sacra privata, toda esta autoridad del pater era ejercida a través de potestades de distintos tipos:

- **Manus.** Poder ejercido por el marido sobre su mujer, casada con sometimiento expreso a este régimen, cosa que en los primeros siglos de la historia romana era común para todos los casos de justas nupcias, luego fue cayendo en desuso con la proliferación de los matrimonios sine manu.
La esposa casada cum manu jurídicamente ocupaba el lugar de una hija frente al esposo, aunque si este era alieni iuris la manus era ejercida por quien lo tenía bajo su potestad.
- **Patria potestas.** La potestad paternal pertenece al jefe de familia, y se ejerce sobre los descendientes que forman parte de su familia civil.
- **Mancipium.** Institución por medio de la cual un hombre ejerce autoridad sobre otra persona también libre, un hijo de familia o una mujer in manu. Era el pater quien ejercía la patria potestad o la manus, quien daba en mancipium a la persona que tenía sujeta, a través del medio formal de la mancipatio, una ceremonia de venta solemne.
Quien ha sido dado bajo mancipatium participa simultáneamente de las características del esclavo y del hombre libre.
Frecuentemente el jefe de familia humilde concedía a sus hijos en mancipatium a cambio del pago de un precio o como garantía. Igualmente se recurría a la entrega bajo mancipium para hacer abandono noxal a favor del ofendido, del hijo que por un acto ilícito hubiese causado un perjuicio.
- **Dominica potestas.** La potestad dominal es la que cabe al dueño sobre el esclavo. Se trata de una potestad propia del derecho de gentes, que originariamente comprendía el poder de la vida y muerte.

14. La gens:

La gens es el conjunto de todos quienes descienden, por línea masculina, de un mismo tronco o antepasado en común. Vendría a representar a la totalidad de los agnados, los que están bajo una misma potestad o que lo estarían de vivir el antepasado común.

En principio, según Cicerón, 4 eran los caracteres esenciales del grupo de gentes:

- Comunidad de nombre. Que indicaba la gens.
- Ser y haber sido siempre ingenuos
- No haber tenido ascendientes esclavos.
- No haber sufrido nunca la capitis deminutio.

Los integrantes de las familias que tienen un origen común y son ingenuos están vinculados por el derecho de gentilidad. Derecho que implicaba, al par que un lazo de especial parentesco civil que vinculaba a quienes entre sí se denominaban recíprocamente gentilís.

Pero la idea de asociación gentilicia se manifestaba especialmente en el aspecto religioso, pues cada gens tenía un culto común, y dioses particulares a quienes ofrecían sacrificios en conjunto, en días y lugares predeterminados.

Originalmente, solo los patricios componían las gentes, dado que la institución como tal se remonta a los tiempos de la fundación de Roma. Claro está que hubo modificaciones en su integración, y así en las primitivas gentes patricias con el tiempo entraron los plebeyos, primero como clientes y luego eventualmente como jefes de algunas de las familias que las integraban, cuando adquirieron el ius connubium con los patricios.

Posteriormente pasaron a engrosar sus filas los esclavos manumitidos y los extranjeros, pero en una posición subordinada ya que no llegaron a ser en propiedad gentiles.

Diversos motivos contribuyeron a que la importancia de la gentilidad se fuese diluyendo. Desapareció como organización política, cuando sus funciones en este terreno fueron acaparadas por las centurias; desapareció en fin como unidad religiosa cuando los viejos cultos gentilicios fueron diluyéndose en la religión del estado romano y el culto público.

15. El parentesco:

El vínculo que une a los integrantes de una misma familia, se denomina parentesco. Los romanos conocieron diversos tipos:

Agnación:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Esta fundado en la autoridad paternal o marital. Entendible de este tipo de vinculo, podríamos apuntar que en principio relaciona, por la línea masculina, al pater con los descendientes que tiene sometidos a la autoridad. O que estarían sometidos a la misma si el jefe de familia aun viviese.

El vínculo se extiende y transmite solamente a través de los varones.

- En el caso de una familia compuesta por un padre, su mujer sometida a la manus, tres hijos varones y una hija mujer, todos entre si agnados.
- Si alguno de los varones se casa, y tiene a su vez hijos, su esposa y los hijos son igualmente agnados.
- Si uno de los varones es emancipado, al dejar de estar sometido a la misma potestad, deja de ser agnado de sus padres y hermanos.
- Es el mismo caso de la mujer que se casa cum manu, pues pasa a ser agnada de su marido y de los parientes de éste.
- Si la esposa, por su parte, se divorciase y dejase de estar sujeta a la manus del pater, dejaría de ser pariente por agnación de sus propios hijos.
- Finalmente, si el pater falleciese, no por ello se acabaría la agnación entre los dos hijos que le quedan sujetos a patria potestad, y las familias respectivos de éstos.

Con este desarrollo, la agnación puede desenvolverse hasta el infinito, como ya se ha apuntado en la gens, entendida como todos los que descienden del mismo tronco común por línea masculina no es otra cosa que el conjunto de todos los agnados.

Cognación:

Es el que une a las personas descendientes unas de otras, o que descienden todas del mismo tronco común. Se trata de un sistema natural, puesto que se basa en el vínculo de sangre, y por consiguiente se transmite tanto por línea masculina como por femenina.

En consecuencia, si bien por la línea masculina coexistían ambos vínculos, el natural y el civil, la agnación y la cognación; por la línea femenina solo había parientes consanguíneos.

Parentesco por afinidad:

Es el que vincula a un cónyuge con los parientes del otro. Así hablamos de suegros, cuñados, nueras y yernos.

16. Modos de computar el parentesco:

En el cómputo del parentesco distinguimos líneas, y grados con subdivisiones de dichas líneas.

Llámesse línea, a una serie de personas que proceden de otra. Puede tratarse de línea recta, cuando se vincula a personas que descienden una de otra (padres, hijos, nietos).

La línea puede ser también colateral cuando esta conformada por una serie de personas que descienden todas de un tronco en común, pero sin hacerlo una de la otra. Por ejemplo dos hermanos, que descienden del mismo padre, pero no uno del otro.

Dentro de cada línea, el parentesco se mide por grados, de lo que resulta que el grado es la medida del parentesco. Cada grado equivale a una generación.

17. Filiación:

Concepto:

Naturalmente se entra en una familia por nacimiento dentro de su seno, habiendo sido procreado por un integrante varón de la misma, con mujer a la que lo unen justas nupcias.

En el derecho antiguo y clásico, a este tipo de hijos legítimos se los denominaba también iusti o naturales, reservándose el termino de hijos non iusti, spurii o vulgo concepti para los nacidos fuera del matrimonio legal. Es entonces cuando se acuñan las voces legitimi o iusti, e ilegítimi o inusti, para hacer referencia respectivamente a los nacidos dentro o fuera de las justas nupcias.

Clases: ilegítima.

- Filiación legítima. Si los hijos son nacidos dentro de las justas nupcias.
- Naturales. Nacidos de una relación de concubinato.
- Adulterinos. Aquellos cuyo padre, uno de ellos o los dos, están casados pero no precisamente con el otro progenitor.
- Incestuosos. Son los hijos de parientes en grado prohibido. En línea recta, en todos los grados, y en línea colateral hasta el tercero inclusive.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Sacrilegos. Los niños cuyos padres han hecho voto de castidad en virtud de su profesión de fe religiosa.
- Espureos. Llamados también vulgo concepti, los que por la razón que fuere, principalmente por la vida promiscua de la madre, es imposible determinar a quien se debe la paternidad.

18. Los plazos del embarazo:

Se dice que el hijo concebido dentro de las justas nupcias es iustus o legitimo. Al respecto, y para determinar si un hijo había sido concebido dentro o fuera del matrimonio, los romanos establecieron que el plazo mínimo de duración de un embarazo era de 182 días, y el máximo de 300, según enseña Ulpiano.

Todo hijo nacido dentro de un matrimonio es, entonces, por definición legitimo. Pero si por aplicación de los plazos indicados fuere posible llegar a la conclusión que la concepción se produjo fuera de dicho matrimonio, entonces el esposo de la madre podrá impugnar su supuesta paternidad. Igual solución cabría si acreditase no haber tenido tratos con su mujer durante el tiempo estimado en que se produjo la concepción, por ausencia, enfermedad o cualquier otra causa.

19. Legitimación:

Concepto:

Para favorecer la formación de uniones regulares, los emperadores cristianos arbitraron diversas formas que permitieran al padre asumir la autoridad de tal, sobre los hijos nacidos del concubinato, es decir los naturales. Por ello la legitimación como una solución hecha y pensada para superar los inconvenientes que traía aparejados la filiación ilegítima, es una creación del bajo imperio.

Clases:

El derecho post clásico estableció 3 formas de legitimar. Cabe añadir que para poder utilizarlas, se requería la conformidad del hijo supuesto que siendo este sui iuris y estando destinado a transformarse en alieni iuris por la vía de la legitimación, era éste un resultado con el que debía estar de acuerdo.

- Matrimonio subsiguiente. Entre los padres del hijo a legitimarse. Para que pudiera verificarse era menester que los padres pudieran casarse al tiempo de la concepción, lo cual excluía desde ya no solo a los hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, sino también a aquellos cuyos padres por algún tipo de prohibición legal no estaban autorizados a contraer nupcias el tiempo en que le hijo fue engendrado. Para que no quedasen dudas de lo que tenía lugar era un matrimonio legitimo, solía exigirse la firma de un acta constituyendo la dote.
- Obligación a la curia. A fin de favorecer el reclutamiento de nuevos decuriones, los emperadores permitieron legitimar a los hijos naturales siempre que estos ingresaran a la curia si eran varones, o se comprometiesen en matrimonio con un decurión, si eran mujeres. Debía tener una fortuna mobiliaria de importancia, el hijo; o una dote de entidad similar, la hija.
- Rescripto del príncipe. Estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre que no tenía otros hijos legítimos podía solicitar al emperador la legitimación de sus hijos naturales. La misma era concedida previa información sumaria, y producía los mismos efectos completos que el matrimonio subsiguiente.

20. Patria potestad:

Concepto y evolución:

Es el poder que ostenta el pater sobre los descendientes que forman parte de su familia civil. Se trata de una institución del derecho civil, ya que la patria potestad es una creación exclusivamente romana.

Solamente pertenece al padre, y es ejercida por el jefe de familia, estando excluidas por completo de ella las mujeres.

Estaba instituida más en interés del pater que de los hijos sometidos a ella. Por eso hablamos, al definirla, de conjunto de derechos. Por esta razón no se extingue ni por la edad ni por el subsiguiente matrimonio de los hijos.

En sus orígenes fue absoluta y rigurosa, llegando a comprender el poder de la vida y muerte sobre la persona de los descendientes, ejercitándose asimismo sobre los bienes de estos. El transcurso de los años, la morigeración de las costumbres se hizo menos riguroso.

21. Facultades del pater:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Según se trate de poderes sobre la persona o sobre los bienes del filius.

Sobre la persona de los hijos:

En los tiempos monárquicos, el pater es un pequeño rey dentro de su núcleo familiar, ejerciendo asimismo la función de sumo sacerdote del culto de la familia. Como tal podía disponer e ejecutar sobre sus hijos las penas más severas, incluida la muerte.

Dicha facultad permaneció incólume en la época republicana, pero con más moderación. Pero es en el imperio cuando los emperadores comienzan a intervenir para corregir ciertos abusos de autoridad.

También el padre podía mancipar, esto es dar bajo mancipium a su hijo a favor a un tercero. Tal se hacía a cambio de un precio con lo que se configuraba una verdadera venta, o también en garantía.

Podía el padre también abandonar a sus hijos, aunque parece que la práctica recién comenzó a ser dejada de lado en el bajo imperio.

Sobre los bienes de los hijos:

El hijo sometido a patria potestad carece de capacidad jurídica independiente, ya que su personalidad jurídica es una y la misma que la del pater, con la cual se refunde.

Por eso, dentro de cada familia, existe solamente un patrimonio que es el del padre. Pero los hijos tienen sobre el mismo una copropiedad, ya que han contribuido a formarlo. Copropiedad que bien no se ejerce como tal en vida del pater, los constituye en herederos suyos, calidad que los hace dueños de pleno derecho de patrimonio a la muerte de aquel.

22. Los peculios:

La regla según la cual los hijos sujetos a potestad no podían adquirir bienes se modificó en tiempos del imperio. Surgen así los peculios, es decir, pequeños patrimonios.

Clases:

- Peculio profecticio. Conjunto de bienes que el padre cede a los hijos para que vayan adiestrándose en la actividad económica.
- Peculio adventicio. Conformado por bienes provenientes de la madre, parientes maternos y de cualquiera que no fuese el padre. La propiedad era del hijo, aunque el padre tenía derecho de usufructo sobre el mismo, con excepción del llamado peculio adventicio extraordinario, integrado por aquellas cosas dejadas en herencia al hijo por un extraño.
- Peculio castrense. Bienes adquiridos por los soldados alieni iuris en la milicia o con ocasión de ella. Por ejemplo las donaciones que recibían para solventar los gastos de su permanencia en el ejército, herencias de compañeros de armas.
- Peculio cuasicastrense. Constituido por los adquiridos por el hijo con el ejercicio de una profesión liberal, una ciencia o un cargo en la burocracia imperial.

23. Causas de extinción de la patria potestad:

Existen para finalizarla causas naturales o fortuitas, y causas dependientes de la voluntad humana, originadas en actos solemnes.

Causas naturales:

Finaliza la patria potestad por la muerte del pater, su caída en esclavitud o su pérdida de ciudadanía. Con las limitaciones establecidas, para el caso de esclavitud de la ley Cornelia, conforme las cuales, de regresar el padre al estado de hombre libre recuperaba su patria potestad como si nunca la hubiere perdido, y de fallecer en cautiverio se lo consideraba muerto en el momento de perder la libertad.

Por mismo motivos, originaban la extinción de la patria potestad la muerte, caída en esclavitud o pérdida de la ciudadanía por parte del hijo.

Igual efecto producía la asunción por el hijo de ciertas elevadas dignidades: la consagración como sacerdote de Júpiter para el varón, o la profesión de vestal para la mujer, en el derecho antiguo. Bajo Justiniano, si el hijo se le confería la jerarquía del patricio, obispo, cónsul, prefecto del pretorio o cuestor del sacro palacio.

Medios voluntarios y solemnes:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Se pierde la patria potestad, en primer lugar, cuando el padre entrega a su hijo en adopción. Pero, fundamentalmente, el acto por el cual el pater hace salir al hijo de su potestad transformándolo en sui iuris se llama emancipación.

Ya en el imperio, fue el rescripto del príncipe, por medio del cual el padre podía emancipar aun a los hijos que estuviesen ausentes, debiendo dejarse en constancia en un acta labrada ante el magistrado.

Los resultados de la emancipación no siempre eran halagüeños para el hijo, ya que implicaba la salida de su familia civil originaria, con la pérdida de la agnación con sus hasta entonces parientes, la exclusión de la sucesión ab intestato de pater. Conservaba no obstante el parentesco por cognación y su nuevo carácter de sui iuris que le permitía empezar su nuevo patrimonio.

La situación del emancipado mejoro cuando el pretor lo llamaba a la sucesión ab intestato del padre conjuntamente con los demás hijos que habían permanecido hasta el final bajo la autoridad paterna.

24. Adopción y adrogación:

Con la adopción se permitía a un padre hacer ingresar dentro de su familia agnaticia a un hijo ajeno, por la cual se establece entre dos personas relaciones análogas a las que las justas nupcias crean entre el hijo y el jefe de familia.

Existen dos clases: la adrogación, si recae sobre un sui iuris; y la adopción, si se realiza sobre un alieni iuris.

Evolución y requisitos:

La adrogación es probablemente el medio de adopción más antiguo. Reconoce su origen en la necesidad de perpetuar las familias, cuando cada una tenía su papel indispensable en el desenvolvimiento del estado, y un culto privado cuya continuidad era menester asegurar.

Dada la gravedad que entrañaba la desaparición de un sui iuris, era un acto rodeado de formalidades, ya que el estado y la religión se hallaban involucrados. En consecuencia, para que pudiera realizarse una adrogación era indispensable, primero sumaria información practicada por los pontífices acerca de la necesidad de la misma. Y obtenido dictamen favorable, que las curias reunidas en comicio la sancionaban con su voto. Recién entonces se consideraba realizada validamente.

Las mujeres no podían adrogar ni ser adrogadas, tampoco originalmente los menores impúberes. Antonino pío hizo desaparecer la prohibición, juzgando que la adrogación podía llegar a ser beneficiosa para los menores, aunque rodeando al trámite de garantías especiales.

La misma tenía lugar por rescripto del príncipe, que reemplazaba a esta manera a la reunión de las curias en la que el impúber no podía participar. La información previa de los pontífices debía realizarse con una severidad muy especial midiendo cuidadosamente la fortuna y edad del adrogante, la honradez del mismo y las ventajas que la adrogación podría acarrear al adrogado.

Diocleciano reemplazo los rescriptos del príncipe, a partir de entonces, las mujeres pudieron también ser adrogadas, y el trámite pudo cumplirse tanto en roma como en las provincias.

Consecuencia ineludible de la adrogación era que el adrogado caía bajo la patria potestad del adrogante, conjuntamente con su mujer in manu y sus hijos, transformándose en agnado de la familia de aquel y quedando como simple cognado de su familia de sangre.

Quien iba a ser adrogado debía prestar expresamente su voluntad, debía tener por lo menos 60 años y carecer de hijos varones o de la posibilidad de tenerlos.

No había tampoco posibilidad de adrogación de una persona por otra de inferior posición social o económica. Tampoco que se adroge a más de una persona.

Hay adopción propiamente dicha, cuando la misma tiene lugar sobre una persona alieni iuris.

Así quien quisiese dar en adopción al hijo que tenía bajo potestad concurría con el adoptante ante el pretor en roma, o el gobernador en las provincias, y allí se lo vendía por 3 veces. Este proceso se lo verifica in iure ante un magistrado, por la autoridad de éste que adjudica el filius tiene lugar la adopción.

Con Justiniano basto una simple declaración hecha ante el magistrado por el antiguo y también por el nuevo pater. En cuanto al hijo, no es necesario su consentimiento, basta que no se oponga.

En cuanto a los requisitos, era necesario que el adoptante fuese mayor que el adoptado, debiendo tener por lo menos 18 años. Justiniano exigió una diferencia de edad de 18 años como mínimo entre adoptante y adoptado. Dado que las mujeres no tenían la patria potestad, no podían adoptar. Sin embargo Diocleciano lo permitió de carácter excepcional a la madre que había perdido a todos sus hijos.

La adopción conllevaba eventuales perjuicios para quien la sufría, dado que lo privaba de los derechos hereditarios que podrían haberle correspondido. Para evitar estos riesgos, Justiniano realizó una reforma por la que instituyó dos diferentes clases de adopción:

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- Adopción menos plena. Tenía lugar cuando el adoptante era un extraño, sin vínculo de parentesco con el adoptado. En ese caso la autoridad paterna del padre originario no se extinguía y el filius no cambiaba de familia, adquiriendo derechos a la herencia ab intestato del padrea adoptivo.
- Adopción plena. Tenía lugar cuando el adoptante era ascendiente del adoptado. En este caso se mantenían los antiguos efectos de la adopción clásica, en términos que el filius se desligaba totalmente de su familia originaria para pasar a la nueva.

Unidad VI: tutela y curatela.

1. Tutela:

Concepto:

En las personas, a veces nos encontramos con capaces incapaces de hecho, según puedan o les este vedado, cumplir solo los actos jurídicos. Para estos últimos el derecho organiza una protección, que adopta la forma de tutela o curatela.

Paulo y Justiniano la definen como: la fuerza y la potestad, dadas y permitidas por el derecho civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien en razón de su edad, no puede defenderse así mismo.

2. Tutela de menores:

Existieron en roma dos clases de tutela: la de los menores impúberes y la de las mujeres, con la salvedad que esta última desapareció en el periodo post clásico. Aun cuando el nacimiento marca el momento en que teóricamente puede iniciarse la tutela, y el advenimiento de la pubertad el de la finalización de la misma, la capacidad de los menores no es siempre igual durante todo ese lapso. Así se distinguen:

- Infantes menores. Desde el nacimiento hasta los 7 años. Este tipo de menores tiene vedada la realización de cualquier acto, dado que su incapacidad de obrar es absoluta.
- Infantes mayores. Los que han cumplido los 7 años hasta la pubertad. La incapacidad de lo infantes mayores es relativa dado que pueden realizar sin intervención del tutor todos los actos jurídicos tendientes a beneficiar al patrimonio.
- Menores próximos a la infancia y próximos a la pubertad. Son aquellos cuya edad oscila entre los 7 y los 14 años. Dicha división tiene relevancia únicamente en cuanto a la responsabilidad de los actos ilícitos.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

3. Clases de tutela:

Según el modo en que el tutor era nombrado:

Tutela testamentaria:

En el derecho antiguo, el derecho a nombrar un tutor al hijo impúber que a la muerte del padre se hacía sui iuris, era exclusivo del padre. En la época clásica esto varía, y así se permite nombrar tutor, además del padre, a la madre.

Solamente pueden ser nombradas tutoras por parte del pater aquellas personas a quienes se podía designar herederos. En cuanto a los esclavos, solamente podían ser tutores aquellos que en el mismo testamento hubiesen sido manumitidos como ciudadanos.

Tutela legítima:

A falta de tutor designado en el testamento le correspondía el cargo al pariente más próximo, ya fuese agnado o cognado. A los tutores legítimos no les era permitido renunciar al cargo antes de finalizado el desempeño del mismo.

Tutela dativa:

En las primeras épocas de roma, no habiendo agnados pasaba la tutela a los gentiles, que eran los parientes que seguían en el orden de sucesión ab intestato.

Con la ley Atilia, se facultó a los pretores urbanos a designar el tutor en ausencias de nombramiento testamentario o de parientes agnados en grado sucesible.

Con la ley Titia, de finales de la república se amplió a los gobernadores de las provincias; el emperador Claudio la concedió a los cónsules y Marco Aurelio creó un cargo especial, el pretor de tutelas.

De esta manera nació la tutela dativa, llamada así porque la daba el magistrado.

4. Administración de la tutela:

Los romanos consagraron el principio que las funciones del tutor se limitaban a la gestión y administración de los bienes del pupilo, y no en la guarda ni a la educación de éste. Estas últimas funciones eran desempeñadas por otras personas, designadas usualmente por el pretor, y escogidas entre los parientes más próximos sin ninguna limitación legal (madre, abuelo).

La forma en la que el tutor ejercía su actividad dependía de la edad del menor. Y así hablamos de la gestión de negocios cuando se trataba de un infante menor; y de la simple autorización (autocritas), que se prestaba al infante mayor.

Mediante la gestión de negocios (negotiorum gestio) el tutor actúa en su propio nombre cuando atiende los negocios jurídicos del incapaz. Por ello la obligación que tiene al finalizar la tutela, es la de transferir al ex pupilo los derechos adquiridos en virtud de la gestio, y la correlativa facultad de exigirle se liberado de las obligaciones contraídas.

En la autocritas, si bien el incapaz puede realizar por sí solo actos jurídicos tendientes a acrecentar el patrimonio (recibir una donación), para los restantes, si bien concurre personalmente, precisa de la asistencia del tutor, quien presta su conformidad.

Había ciertas reglas que el tutor no podía dejar de cumplir. De esta manera le estaba vedado realizar donaciones con los bienes del pupilo, no podía constituir una dote para la hermana de éste. No podía enajenar los predios rústicos del pupilo, ni tampoco los fundos urbanos. Tampoco podía usar en su provecho los bienes del pupilo.

5. Pluralidad de tutores:

El supuesto de la pluralidad de tutores era muy frecuente en el derecho romano. Y lo atinente al desempeño del cargo, se hacía una distinción según se tratase de autocritas o de gestio.

En cuanto a las autocritas, gozaban de mayor relevancia los tutores nombrados por el padre en el testamento, o por el magistrado previa información sobre su capacidad y antecedentes.

Tratándose de actos de gestio, el pretor autorizaba a uno de los tutores a actuar, quien debía prestar garantía suficiente, y los restantes quedaban reducidos al papel de vigilantes y controladores de la gestión de aquel.

Aunque podía darse el caso, por acuerdo entre los tutores o por voluntad del testador, de división de la gestión entre todos.

6. Extinción de la tutela y acciones que surgen de la misma:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

La tutela cesaba, bien por razones atinentes a la persona del pupilo, bien por cuestiones vinculadas a la del tutor. Causas relacionadas con el pupilo eran la llegada a la pubertad, con su fallecimiento o con alguna capitis deminutio en cualquier grado.

Por causas relacionadas al tutor, la muerte de éste, la capitis deminutio máxima o media (todos los casos) o mínima (tutor agnado para ejercer la tutela legítima). Cesaba igualmente por cumplimiento del plazo o la condición a la que hubiera sido supeditada, por el advenimiento de alguna causa de excusación o bien por remoción del tutor al sospechársele culpable de algún crimen.

Acciones:

- Persecutio crimen suspecti. Ejercitada contra el tutor, durante el ejercicio de la tutela, cuando se le sospechase culpable de fraude o cualquier falta grave. Esta acción da lugar, primero a la separación provisoria del tutor sospechoso y eventualmente a su destitución de haber sido encontrado culpable.
- Actio rationibus distrahendis. Se ejercía al final de la tutela cuando el tutor se había quedado con bienes perteneciente al pupilo. Se trataba de una acción penal tendiente a obtener una indemnización equivalente al doble de lo sustraído.
- Actio tutelae directa. Era para exigir una rendición de cuentas por parte del tutor al terminar sus funciones.
- Actio tutelae contraria. La tenía el tutor para reclamar, una vez finalizada su tarea, la indemnización de los perjuicios sufridos en virtud de ésta. Asimismo solicitar el reembolso de los gastos que hubiese hecho, o que el ex pupilo le liberase de las obligaciones que hubiese contraído en su nombre.

7. Tutela de las mujeres:

Desde la más remota antigüedad, las mujeres estuvieron sometidas en roma a tutela perpetua. La misma que no cesaba con la pubertad sino que se prolongaba por el resto de su vida.

El motivo de esta protección de por vida era la inmadurez y la ligereza de carácter de la mujer, así como su ignorancia en las cuestiones propias del foro.

La verdadera razón de la existencia de esta tutela debe ser buscada en el interés de conservar los bienes de a mujer en beneficio de los parientes agnados de ésta.

Las formas de designa el tutor fueron las mismas que en la tutela de los impúberes. La mujer precisaba de la auctoritas del tutor para todos los actos que, por su naturaleza, fuesen susceptibles de comprometer su patrimonio, condonar una deuda, hacer un testamento, aceptar herencias, contraer obligaciones.

Podía hacer en cambio todo lo que no comprometiera al patrimonio. Respeto de su capacidad era mas amplia que la de los impúberes ya que le estaba permitido inclusive vender sus bienes nec mancipi, hacer prestamos de dinero, cobrar y pagar.

En ningún caso obraba la gestio, siempre la auctoritas y el tutor de la mujer no estaba obligado a rendir cuentas.

En virtud de su carácter de perpetua la tutela de las mujeres solamente terminaba con la muerte de ésta, la capitis deminutio máxima y media y aun la minima si se casaba cun manu.

Hacia fines de la republica, se permite al padre, y eventualmente al marido titular de la manus incluir en su testamento una dospocicion que autorizaba a la mujer a elegir el tutor de su preferencia.

Por ultimo, con el Ius Liberorum, la tutela de mujeres desapareció.

8. Curatela:

Concepto y diferencias con la tutela:

La curatela implica siempre administración, ya sea de interés privado o público. El curador administra y da auctoritas.

La tutela y la curatela son dos formas del régimen tuitivo, de protección, de los incapaces de hecho. Así, mientras los primeros se ocupan de mujeres y menores impúberes, los segundos velan por los intereses de los locos, débiles mentales, pródigos, personas por nacer, menores púberes menores de 25 años y, en general, de toda persona afectada de algún impedimento grave que menoscabe su capacidad de hecho.

Los tutores se ocupan de la persona del incapaz, los curadores hacen lo propio con los bienes; tanto tutores como curadores se ocupan primordialmente de administrar bienes, y no de la persona del incapaz. Porque es el pretor quien debe decidir donde vivirá éste, cómo se educará y con quiénes. Es también el pretor el que debe resolver cuanto se gastara en alimentación y vestido del incapacitado, correspondiendo a los tutores y curadores a cargo de la administración la simple misión de proveer los fondos necesarios a la persona a cargo del cuidado material del pupilo.

Quizás el criterio mas claro de diferenciación es que mientras, la tutela se da cuando existe una causa de alcance general que imposibilita a la persona representada para hacer ejercer sus derechos (edad, sexo), la curatela tiene lugar ante impedimentos accidentales (locura, prodigalidad).

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

9. Distintos supuestos:

Menor de 25 años:

Los romanos comprendieron que la madurez intelectual distaba de llegar junto a la maduración física. Entonces fueron intentando organizar un sistema que protegiese a los menores que, habiendo salido de la pubertad, no habiendo cumplido todavía los 25 años. Este sistema se desarrollo en etapas:

- Ley plaetoria. Por la cual se instituía un juicio publico con acción abierta para ser ejercida por cualquier ciudadano, en contra quienes hubiesen abusado de la inexperiencia de los menores al tratar con ellos.
- Restitución por entero. Era la posibilidad que tenia el menor de 25 años que se considerase perjudicado por algún acto jurídico realizado con un mayor, el solicitar la restitución por entero de dicho acto.
- Curatela. Para ciertos y determinados negocios, el menor podía solicitar el nombramiento de un curador que lo asistiera. Con lo que se necesitaba el consentimiento del curador para los actos que podían afectar el patrimonio del menor.
- Habilitación de edad. Habilitación concedida a los varones a partir de los 20 años y a las mujeres desde los 18, tenía como consecuencia hacer cesar la curatela y privar a los menores de la posibilidad de solicitar la restitución por entero de sus actos invocando su edad. Para obtener el beneficio, quienes lo solicitaban debían acreditar gozar de madurez de juicio y criterio así como, en el caso de las mujeres, costumbres honestas.

Furiosi:

Para el loco furioso, corresponde nombrar un curador para que supla su natural incapacidad. Debe entenderse por furioso al loco que altera accesos de furor con intervalos lucidos, de aparente normalidad.

Mentecapti:

Esto es la persona débil mental, por no tener el intelecto desarrollado conforme a su edad.

Pródigos:

Eran todos los que dilapidaban bienes recibidos ab intestato del padre o del abuelo paterno. El objetivo del curador era proteger el patrimonio familiar, que se iba transmitiendo de generación en generación, frente a los gastos inútiles y superfluos de algún jefe de familia dilapidador.

Persona por nacer:

Se nombra un curador en el caso del hijo póstumo, es decir aquel que se encontraba concebido, pero que aun no había nacido, al momento de la muerte del padre.

Para ellos se estableció que la madre podía pedir el nombramiento de un curador y, asimismo un curador para los bienes cuya posesión correspondiese al póstumo al fallecer al padre. Finalizan sus funciones al nacer el póstumo en cualquier tiempo que suceda.

10. Otras incapacidades de hecho:

Cuando existía una enfermedad o algún defecto físico de carácter permanente y grave, la consecuencia era una incapacidad de hecho, que podía ser parcial o inclusive total, nombrándose en cada caso un curador.

- Sordos y mudos, o sordomudos. Este género de personas padecían siempre incapacidades de hecho parciales. No podían estipular ni prometer, dado que era necesario hablar y oír. Tampoco podía testar, a menos que supiese leer o escribir, lo que le habilitaba para ciertas formas especiales de testamento.
- Ciegos. Usualmente no se le nombraba curador, a menos que la ceguera lo transformase en absolutamente valetudinarios. Lo que no quiere decir que el ciego fuese absolutamente capaz, ya que no podía ejercer la abogacía puesto que le era imposible ver y respetar adecuadamente las insignias del magistrado.
- Enfermos incurables. Se nombraba un curador a quienes sufriesen enfermedades permanentes y graves, dicha curatela era permanente si la enfermedad fuese incurable. La castración, la ebriedad habitual.

11. Fin de la curatela y acciones:

Eran aplicables los mismo principios generales que en la tutela, tanto para la administración de la curatela cuanto en lo que hace a su finalización.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Por lo general se acaba la curatela cuando finaliza la situación que le dio origen, sea por fallecer la persona sujeta a la misma, sea por curarse, sea en fin por comenzar a existir.

En cuanto a las acciones, son las mismas que en la tutela. Sobre todo en lo que hace a las acciones directa y contraria que surgen de la misma.

Unidad VII: hechos y actos jurídicos.

1. Simple hechos, hechos jurídicos y actos jurídicos.

Como punto de partida, hay sucesos, acontecimientos, hechos que no tienen ninguna trascendencia jurídica, que no producen ninguna consecuencia jurídica (el parto de un animal salvaje en la selva). Pero hay otros que, por el contrario, producen algún efecto en la orbita del derecho (el parto de un animal salvaje en un circo).

También hay acontecimientos que pueden provenir de la actividad del hombre, en cuyo caso se habla de hecho humano.

Los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios; los primeros son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, en tanto los segundos son aquellos en que estos requisitos faltan. Se denominan actos los hechos humanos voluntarios y ellos a su vez ser permitidos o prohibidos por la ley. Los primeros son los actos lícitos; los segundos, los ilícitos. Los actos lícitos pueden constituir simples actos (cazador) o en negocios jurídicos, es decir en manifestaciones de voluntad del hombre que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos, que están dirigidos a producir un efecto jurídico (celebración de un contrato).

2. Concepto de negocio jurídico:

Es el acto voluntario susceptible de producir el nacimiento, modificación, transformación o extinción de derechos.

El negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello encuentra la tutela de la ley.

Carlo Longo: negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz de producir efectos armonizantes con el fin querido de las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho.

Clasificación:

- **Negocios unilaterales y bilaterales.** Según provengan de la voluntad de una o varias personas (testamento y locacion, respectivamente).
- **Negocios a título oneroso y gratuito.** En los primeros lo que obtiene una de las partes del negocio supone una contraprestación de la otra; en los segundos, ello no ocurre. (compraventa y donación respectivamente).
- **Negocios inter vivos y mortis causa.** Según produzcan efectos en vida de las partes (contrato de deposito) o recién cuando acaezca el fallecimiento de una de ellas (testamento).
- **Negocios solemnes y no solemnes.** Según que la forma de exteriorización de la voluntad este prescripta o no por la ley. (mancipatio es solemne y formal), (compraventa es no solemne).
- **Negocios causales y abstractos.** Según que la causa surja o no del negocio mismo. (mancipatio y stipulatio son abstractos porque de ellos no surge la causa).
- **Negocios de derecho civil y de D. de gentes.** Según fuese su fuente histórica. La mancipatio seria un ejemplo del derecho civil; la compraventa de la segunda.

3. Elementos:

El análisis de los negocios jurídicos permite distinguir entre elementos esenciales, naturales y accidentales. Esenciales son los que no pueden faltar para que haya negocio jurídico; naturales son los que están en la naturaleza de cada uno de ellos, que están implícitos en el negocio, pero que las partes pueden dejar si efecto; y accidentales son aquellos cuya presencia en cada negocio depende de la voluntad de las partes que los agregan para modificar los efectos normales del negocio, para asegurar su cumplimiento o prefijar el resarcimiento del daño por incumplimiento.

Elementos esenciales:

Todo negocio jurídico supone tres elementos esenciales: la voluntad, el objeto y la causa. La voluntad humana es indispensable en todo negocio jurídico. Es imposible que quien no quiera vender, venda.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Si ese elemento volitivo falta, no podrá existir negocio jurídico, como ocurre con los que carecen de voluntad, como el demente o furioso.

Es necesario que esta voluntad se exteriorice, se manifieste. Esta manifestación debe ser de índole que cualquiera y según las circunstancias, pueda interpretarla como exteriorización de voluntad encaminada a fines jurídicos. Esta manifestación puede efectuarse de diversas maneras. A veces consiste en un mero comportamiento como ocurre en el abandono de una cosa que determina la pérdida de su propiedad; otras, esta destinada a hacerla conocer a otras personas, sea en forma expresa o tacita. La manifestación será tacita cuando la conducta observada por el sujeto pueda inferirse de manera indubitable la decisión del agente, como sucede en la aceptación tacita de la herencia.

Por objeto del negocio se entiende su contenido, el precepto que contiene la regulación que en él hacen las partes de sus intenciones, en ordena la función económico-social típica de negocio. (En los contratos, el objeto del negocio consiste en las prestaciones que de ellos se derivan).

Finalmente, se entiende por causa la finalidad práctica que constituye la función económico-social que es típica de negocio que se realiza. Así, en la compraventa la causa radica en el cambio de la posesión pacífica y duradera de una cosa por el precio cierto en dinero. La causa no es el motivo que lleva a las partes a celebrar el negocio.

Vicios de la voluntad:

Aunque lo normal es que la voluntad interna exista y coincida con la exteriorizada, es posible que aquella falte o no coincida con la manifestada. En tales casos se está en presencia de un vicio de la voluntad o de su manifestación. Estos, pueden ser a su vez consientes o inconscientes según que quien emita la declaración de voluntad sepa o no que ella no coincide con su voluntad interna. Entre los vicios consientes figuras las declaraciones efectuadas en broma, la reserva mental y la simulación.

Las manifestaciones realizadas en broma no producen efectos jurídicos porque quienes las emiten y quienes las escuchan sabe que no se efectúan con esa finalidad.

La reserva mental existe cuando el declarante sabe que su manifestación no coincide con su voluntad, pero calla tal circunstancia, como ocurre cuando quien quiere vender una cosa, expresa a la otra parte que se la dona.

La simulación consiste en formalizar un negocio aparente, que en verdad no existe, por motivos lícitos o ilícitos, que encubre u oculta una voluntad de las partes distinta a la del acto.

- **El dolo.** Los romanos distinguían el *dolus bonus* del *dolus malus*. En ambos casos hay astucia o malicia, pero en los primeros es lícita y en los segundos no.

El dolo es: toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro.

El dolo vicia la voluntad, haciendo caer en error a la persona engañada quien, de no haber existido la maquinación o astucia de la otra, no hubiera celebrado el negocio o lo habría hecho en condiciones distintas

El derecho pretoriano arbitro remedios para el dolo: la *actio doli*, tendía a obtener la reparación pecuniaria del perjuicio sufrido por el obrar doloso; la *exceptio doli*, era un medio para paralizar la acción de la parte que había obrado dolosamente; la *restitutio in integrum propter dolum*, restitución por entero por causa de dolo.

- **La violencia.** Vicia la voluntad determinado una declaración distinta a la querida. La violencia puede consistir en fuerza física que obliga materialmente a la realización de un negocio, como cuando se lleva la mano de otro a firmar, o en la amenaza que determina una manifestación de voluntad no querida, esto ocurre cuando se hace una donación porque de lo contrario de dará muerte al donante o a un familiar suyo.

Las acciones para la violencia fueron: acción por causa de miedo, era una acción penal que procuraba el pago del valor de la cosa; otra acción procuraba la rescisión del negocio, borrando los efectos y reponiendo la situación jurídica a su estado anterior.

- **El error.** Puede ser de 2 formas, de derecho y de hecho. El primero perjudica porque nadie puede ignorar el orden jurídico; el segundo, es excusable, salvo que consista en no comprender lo que todo el mundo comprende o en ignorar lo que cualquiera sabe.

La invalidez del negocio cumplido por error se produce cuando es inexcusable y esencial.

- Error in negotio. Se produce cuando versa sobre la naturaleza misma del negocio.
- Error in persona. Es el que recae sobre la identidad de la persona a la que va dirigida la declaración de voluntad o de aquel en cuyo favor se verifica el negocio.
- Error in corpore. Recae sobre la individualidad del objeto del negocio, sobre la identidad real de la cosa y no solamente sobre su nombre como cuando creyendo comprar un fundo, se compra otro distinto.
- Error in substantia. Aquel que se refiere a las características fundamentales para la función económico-social que el objeto tiene.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Error in quantitate. Es el que versa sobre el monto del negocio.
- Error in qualitate. Es el que recae sobre las características del objeto que no integran su substancia, sino sobre meras cualidades. Error en los motivos, no invalida en general el negocio jurídico, salvo en algunos negocios mortis causa, como la institución de heredero, en el que el motivo es condición especial del favorecido.

Elementos accidentales:

- **Condición.** Es un hecho futuro y objetivamente incierto del que las partes hacen depender la entrada en vigencia o la cesación de los efectos propios de un negocio. En el primer caso se habla de condición suspensiva, porque los efectos del negocio quedan detenidos hasta que el acontecimiento se produzca; en el segundo, de condición resolutoria porque originado el hecho, el negocio deja de producir efectos.

Clases de condición:

- Positivas y negativas: que ocurra tal hecho o que no ocurra tal hecho.
- Las potestativas de las casuales y de las mixtas: las primeras son hechos que dependen de la voluntad de la persona a quien afecta o va dirigida la declaración que constituye la esencia del negocio. Las casuales son aquellas absolutamente independientes de la voluntad de las partes. Las mixtas son aquellas en las que no basta un hecho de la naturaleza o la voluntad de un tercero, sino que es preciso que ocurra también la voluntad de una de las partes.
- Suspensivas y resolutorias: no fue formulada por el derecho romano, sino por los intérpretes.

Efectos de la condición:

Tanto la suspensiva como la resolutoria admiten 3 estadios posibles: pendiente condicione, es cuando el acontecimiento aun no se ha producido; impleta o existente condicione, cuando la condición se cumple; y defecta condicione, cuando se sabe con certeza que el hecho nunca se producirá.

- **El termino.** Consiste en un acontecimiento futuro y cierto del que depende la entrada en vigor o la cesación de los efectos del negocio. El término puede ser suspensivo o resolutorio. El primero significa aplazar los efectos del negocio hasta que se cumpla. El segundo significa que el negocio produce sus efectos normales y ellos cesan al verificarse o cumplirse aquel.
- **Modo o cargo.** Consiste en la imposición al beneficiario de una liberalidad del deber de observar un determinado comportamiento, sin condicionar los efectos del negocio al cumplimiento de aquel. Por ejemplo, imponer al donatario, heredero o legatario, el deber de construir un monumento o entregar parte de los bienes a un tercero.

4. Representación del negocio jurídico:

Lo común y corriente es que el negocio sea celebrado por quienes están interesados en él. Pero en determinadas ocasiones puede ser conveniente (ausencia, enfermedad) o necesario (menor, demente) que una o ambas partes lo hagan en nombre y por cuenta de otra persona (dominus negotii), que es sobre quien se desea que recaigan los efectos del negocio.

Se dan dos formas de representación: la inmediata (directa) y la mediata (indirecta). En la primera el sustituto emite su propia voluntad, en nombre y por cuenta del representado, respecto del cual se producen inmediatamente los efectos del negocio.

En la representación mediata, si bien el sustituto emite su propia voluntad y actúa en nombre propio, lo hace por cuenta ajena.

5. Interpretación:

Con la aparición de los negocios no formales, se incrementó la necesidad de interpretar el negocio para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada. No había reglas para interpretación, que podía ser literal o subjetiva.

En los actos inter vivos parece dominar la interpretación objetiva, la que tiene en cuenta las palabras en el sentido propio según el negocio de que se trata. En los negocios mortis causa, la interpretación debe establecer con precisión esa voluntad, por eso serán importantes las palabras empleadas, pero el elemento decisivo será la voluntad; la interpretación objetiva deberá ser complementada con la subjetiva.

6. Ineficacia del negocio jurídico:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Nulidad y anulabilidad:

Se dice que el negocio jurídico es nulo cuando desde su nacimiento, y de un modo definitivo, no produce ningún efecto jurídico. La nulidad se produce automáticamente, en virtud del propio derecho objetivo, el cual niega al negocio eficacia jurídica por carecer de alguno de sus presupuestos o elementos esenciales.

Se considera negocio anulable aquel que, a pesar de estar integrado por sus presupuestos y elementos esenciales, alguno de ellos está afectado por algún vicio que permite impugnar su validez con eficacia retroactiva, de manera que pueda declararse su nulidad por esta vía de impugnación.

Causas de ineficacia:

Existen diversas causas, tales como la falta de capacidad jurídica del sujeto o de su capacidad de obrar y la falta de idoneidad del objeto, casos en los cuales se vulneraban los presupuestos de validez del negocio. También había invalidez cuando se atacaban los elementos esenciales, con especial importancia la voluntad. También había ineficacia cuando el vicio se refería a la causa, como si ésta faltara, fuera lícita o inmoral, y también en caso que se violaran las formas prescriptas por la ley.

Convalidación y conversión:

En un principio se consideraba que el negocio inválido no podía producir efectos jurídicos, pero al pasar el tiempo se pudieron convalidar estos negocios por confirmación de la voluntad de las partes a fin de sanear los vicios que lo invalidaban.

La conversión supone, cuando un negocio jurídico es nulo, a partir de su adaptación a otra forma jurídica, produce los mismos efectos prácticos alcanzando su validez.

Unidad VIII: cosas y posesión.

1. Patrimonio:

Concepto:

La palabra patrimonio deriva de patrimonium que significa lo recibido del pater. Los romanos inicialmente los consideraron como un conjunto de cosas de que podía ser titular una persona.

El patrimonio era una universalidad jurídica, susceptible de transferencia no solo mortis causa sino también inter vivos, que podía carecer de titular, pero integrado solo por valores positivos. Las cosas, los créditos de derecho apreciables económicamente formaban parte del patrimonio, no las deudas que debían ser deducidas.

Para el derecho romano el patrimonio no era atributo de la personalidad y por eso bien podía ocurrir que alguien no tuviese patrimonio, por ausencia total de bienes.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Caracteres y elementos:

El patrimonio debió considerarse constituido en los comienzos solo por las cosas corpóreas, pero para la jurisprudencia clásica lo integran además los derecho reales y personales, las acciones in rem e in personam. Los romanos hablaban de acciones in rem, refiriéndose a las que se ejercen sobre la cosa, y las in personam, aludiendo a las que recaen sobre o se ejercitan respecto de una persona.

Entre las acciones reales y personales, caben las siguientes diferencias:

- Los derechos reales caen directa o inmediatamente sobre una cosa; los personales vinculan personas, aunque de forma mediata pueden producir efectos sobre las cosas.
- El derecho real es oponible erga omnes, es decir a todos, porque todos tienen que respetarlo; el derecho personal solo es oponible al deudor.
- Los derechos reales constan de 2 elementos: titular y cosa; los personales 3: acreedor, deudor y prestación.
- Dada la vinculación que el derecho real crea entre la persona y la cosa, a aquella le asiste el derecho de perseguirla en manos de quien esté y donde se encuentre.
- El derecho real concede un derecho de preferencia o exclusión del que carecen los derechos personales. Así el propietario puede excluir a quien le haya sido vendida la cosa por otro, después de haber adquirido él su dominio y nada debe temer de los acreedores del antiguo dueño de la cosa. En los derechos personales no hay preferencia alguna y, en caso de insolvencia del deudor, todos los acreedores concurrirán y soportarán igualmente las pérdidas, sin que el más antiguo pueda cobrar antes que el más nuevo.

2. Las cosas:

Concepto:

La palabra latina res tiene una acepción amplísima, comprensiva de todo aquello que podemos aislar fuera del propio yo.

Ulpiano, nos dice que cosa es lo que se haya fuera de la computación de nuestro patrimonio.

Dentro de esta acepción amplia de res caen, no solamente los objetos corpóreos, los objetos materiales, sino también los incorpóreos, los inmateriales. En este sentido, son igualmente res tanto una espada, un fundo, un derecho de crédito o una actividad.

El derecho romano solo reconoce como objetos a las res corporales, a los objetos materiales. La idea de propiedad artística, literaria, industrial, es ajena al derecho romano.

Para los romanos, res es una parte de la naturaleza, una porción limitada del mundo exterior, un objeto corpóreo útil para el hombre y susceptible de apropiación.

Clasificación:

- **Res corporales y res incorporales.** Las primeras son las que se pueden tocar y las segundas son las que solo se entienden, es decir que son aprehensibles por medio de la inteligencia (derecho de crédito).
- **Res in commercio y res extra commercium. Res in patrimonio y res extra patrimonium.** Las cosas res in commercio o in patrimonio podían ser objeto de relaciones jurídicas en tanto las extra no. La insusceptibilidad de constituir objeto de relaciones jurídicas podía provenir del derecho divino o de derecho humano.
- **Res extra commercium divinis iuris.** Las cosas sagradas, religiosas y santas.
- Res sacrae. Eran las cosas consagradas al culto de dioses superiores o celestiales.
- Res religiosae. El sepulcro, el acto de inhumación del cuerpo.
- Res sanctae. Derivaría de la circunstancia que su violación acarrearía una sanción, como el caso de los muros de la ciudad.
- **Res extra commercium humani iuris.** Estaban excluidas del tráfico jurídico por causa del derecho humano, como las cosas comunes a todos, cosas públicas y comunales.
- Res communes omnium. Por derecho natural son en verdad comunes a todas estas cosas: el aire, el agua corriente, el mar y por lo mismo las costas del mar.
- Res publicae. Son públicas porque son del estado romano. Los ríos perennes, el mar y sus riveras, las vías públicas y los puertos.
- Res universitatis. Aquellas cosas que pertenecían a una ciudad o municipio, estaban abiertas al uso de todos los habitantes, como un baño público.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- **Res in commercio.** Dentro del comercio, podía ser de dos formas. Res mancipi, eran aquellas cuyo dominio se transmitía solo por mancipatio o in iure cessio. Las nec mancipi solo podían transmitirse por la simple traditio (mera entrega de la cosa).
- Cosas muebles e inmuebles. Las inmuebles son las que no se pueden transportar, como los fundos; las muebles, son las que se pueden llevar de un lugar a otro.
- Cosas consumibles y no consumibles. Las primeras son las que no pueden usarse sino consumiéndolas, como los comestibles y el dinero. Las no consumibles, están hechas para durar, aunque el uso puede determinar su destrucción con el transcurso del tiempo, como la vestimenta y los libros.
- Cosas fungibles y no fungibles. Cosas fungibles son aquellas que según los usos del comercio, cada objeto de un determinado género se considera idéntico o cualquier otro del mismo género. Las no fungibles, son aquellos objetos que no son reemplazables por otros.
- Cosas divisibles e indivisibles. Para decir si una cosa es divisible o indivisible se atiende a la posibilidad de seguir cumpliendo la misma función o mantener su esencia, no obstante el fraccionamiento de ella.
- Cosas simples, compuestas y universitas rerum. La primera categoría comprende aquellas cosas que constituyen una unidad orgánica independiente, como una piedra o un fundo. Las compuestas resultan de la conjunción mecánica de cosas simples, que no pierden su individualidad, como un edificio o una nave. La última categoría, es un conjunto de cosas homogéneas, no unidas materialmente, pero que se pueden considerar como un objeto único, pues desde el punto de vista económico-social tienen distinta esencia en su totalidad, por ejemplo un rebaño.
- Cosas principales y accesorias. Es principal la que representa la esencia misma del complejo y es accesoria la que, sin ser imprescindible a la principal, esta destinada a su servicio.
- Frutos. Constituye rédito normal de la cosa que se puede obtener de ella sin destruirla ni dañarla. Son frutos por lo tanto, los productos de las plantas, de las minas y de los animales, separados de la cosa fructífera. Los frutos pueden ser:
 - Frutos pendientes. Son los que están unidos a la cosa fructífera y no tienen existencia independiente.
 - Frutos separados. Son los que se han separado de la cosa fructífera por causa natural o artificial y tienen existencia independiente.
 - Frutos percibidos o a percibir. Según hayan sido recogidos o estén en condiciones de serlo.
 - Frutos existentes o consumidos. Según se encuentren aun en poder del poseedor de la cosa o hayan sido por éste consumidos.

3. Posesión:

Concepto:

Poseer es tener uno en su poder una cosa; posesión es el acto de poseer o tener una cosa corporal con animo de conservarla para si o para otro, agregándose que, por extensión, se dice también de las cosas incorpóreas, las cuales en rigor no se poseen.

La palabra possessio, sola o acompañada por algún complemento o calificación, es usada en las fuentes para designar situaciones que tienen estructura y régimen jurídico diferente.

Así tenemos la possessio corporales que señala la situación de quienes tienen alguna cosa en su poder, aunque lo hacen a favor de otro; los que meramente detienen, como ocurre con el locatario o el comodatario quienes indudablemente tienen en su poder el objeto del locador o prestado, pero como la intención de tenerlo no para ellos sino para el locador o comodante respectivamente.

También tenemos la possessio a secas, cuando quieren señalar los casos en que la detención material de la cosa se suma la existencia de una especial intención: la intención de tenerla para si.

También aparece con el adjetivo civilis, que se trata de una possessio que reconoce una iusta causa y que, al estar acompañada por el bona FIDES, conduce a la adquisición de la propiedad mediante la usucapión.

Se suele hablar también de posesión viciosa y no viciosa, según que la adquisición haya estado o no afectada por los vicios de la violencia, clandestinidad o precariedad.

Finalmente cabe aludir a la possessio iusta o injusta que constituye, una distinción ambigua, ya que en algunos casos concuerda con la anterior entre posesión viciosa y no viciosa, mientras que en otros alude a la existencia o inexistencia de una justa causa.

Naturaleza:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Savigny y von Ihering sostuvieron posturas antagónicas: mientras el primero decía que se trataba de un hecho que producía consecuencias jurídicas, ya que estaba protegido por los interdictos, el segundo afirmaba que se trataba de un derecho por ser un interés jurídicamente tutelado.

Parece claro que la posesión naturales o corporales era un simple hecho, ya que no producía ninguna consecuencia jurídica, mientras que la possessio a secas o ad interdicta sería un hecho que produce consecuencias jurídicas al estar protegidas interdictalmente; la possessio civilis o ad usucapionem, al estar protegida por una actio in rem, es si lugar a dudas un derecho.

Elementos:

La posesión protegida interdictalmente estaba constituida por 2 elementos: uno material y otro intencional. El elemento material consistía en la disponibilidad material de la cosa, es decir una situación de hecho tal que, según la naturaleza del objeto, hiciese posible obrar sobre él cuando se deseara. (Los libros de la biblioteca). Es necesario aclarar que el corpus posesorio supone una cierta intencionalidad representada por la conciencia de tener la cosa, ya que es obvio que no posee aquel a quien se le coloca una cosa en la mano mientras duerme o en el bolsillo sin que se entere.

Savigny sostuvo que el animus posesorio consistía en la intención de tener la cosa con ánimo de dueño y von Ihering opino que la posesión no requería ningún ánimo especial, sino el simple animo de tener la cosa, encargándose la ley de excluir de la protección posesoria algunos casos. En una palabra, cuando una cosa esta sometida a la voluntad de una persona, existe posesión, salvo que la ley establezca que no la hay.

Ninguno de los dos romanistas citados tiene razón: ni animus es sinónimo de animus domini, ni basta la mera intención de tener la cosa. El elemento espiritual de la posesión consiste en una especial intención, en tener la cosa para si y no para otra persona. No se necesita la intención de hacerse dueño, ni es menester creerse tal, sino que basta la mera intención de hecho de tener la cosa a disposición, de enseñorearse a ella, de tenerla bajo nuestra esfera de acción como si fuese nuestra.

4. Inicio, conservación y terminación de la posesión:

La posesión se inicia cuando se reúnen los 2 elementos que la integran; se mantiene o conserva mientras ellos permanecen reunidos y concluye cuando uno o ambos desaparecen. Estos dos elementos son el corpus y el animus.

Desde el punto de vista del corpus posesorio, en la iniciación de la posesión hace falta un acto de aprehensión que demuestre que la cosa esta a nuestra disposición, sin que sea menester el contacto físico con la totalidad de la cosa.

Pueden darse distintas hipótesis. La primera esta dada por la toma de posesión de una cosa que esta en poder de otro, hecha con el consentimiento de este. Es el caso de la tradición. La segunda se refiere a la toma de posesión de una cosa que no esta en poder de nadie, en la que basta un acto exterior que demuestre el sometimiento de la cosa a nuestra voluntad. La tercera alude a la toma de posesión de una cosa que esta en poder de otro, contra la voluntad de este, en cuyo caso, además de la aprehensión, es necesario que cese la posesión del anterior poseedor.

Desde el punto de vista del animus, es necesario señalar que no pueden iniciar la posesión por si mismos quienes carecen de voluntad, como ocurre con las personas que son locos furiosos y menores, quienes solo pueden hacerlo con la intervención de sus representantes.

Conservación:

Mientras los dos elementos que la integran se encuentren reunidos, la posesión se conserva o mantiene. Sin embargo, la jurisprudencia admitió una serie de casos en que la posesión se admitía solo con ánimo, siempre que concurriera una cierta perspectiva de recuperación del corpus. Así ocurría con los prados de invierno y verano y con el esclavo fugitivo, por ejemplo, cuya posesión se consideraba mantenida aunque de hecho no se ejercitase el corpus posesorio.

Terminación de la posesión:

La posesión termina al desaparecer uno o ambos elementos: corpus y animus.

La posesión concluye corpore cuando la cosa se destruye o se torna inaccesible: lo propio ocurre cuando el animal salvaje recupera su libertad natural o el domestico pierde la costumbre de volver; cuando el poseedor cae en poder del enemigo o es expulsado violentamente.

Dejamos de poseer animus cuando tenemos la positiva voluntad de no poseer, aunque sigamos teniendo la cosa en nuestro poder, como ocurre cuando el poseedor transfiere la posesión de la cosa a un tercero pero en el mismo acto la retiene como locatario.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Finalmente la posesión se pierde corpore et animo, es decir por la desaparición de ambos elementos, en el caso de la entrega a un tercero en virtud de una tradición o cuando se abandona la cosa con intención de renunciar a ella (derección).

5. Defensa de la posesión:

El fundamento de la protección posesoria esta dado por la interdicción de la violencia y el respeto a la voluntad humana. La paz social exige que las cosas se hagan sin violencia, ordenadamente. Además, es razonable que la voluntad del hombre expresada en su voluntad de poseer, sea respetada mientras no se demuestre que afecta a otro.

Interdictos:

La protección posesoria se dio mediante interdictos. Por eso se suele hablar de interdictos recuperatorios o para recuperar la posesión y de interdictos para retener la posesión; también se alude a interdictos para adquirir la posesión pero no son de protección.

- **Interdictio unde vi.** Era un interdicto recuperatorio que podía intentar quien hubiese sido privado violentamente de la posesión de un inmueble. El derecho clásico conoció dos formas: el de vi armata y el de vi cotidiana, según que la desposesion se hubiese conseguido mediante el uso de armas o sin ellas.
- **Interdictio uti possidetis.** Protegía al poseedor actual de un inmueble, cuya posesión era turbada por un tercero. También podía actuar como recuperatorio, cuando el demandado sostenía que el actor poseía viciosamente a su respecto.
- **Interdictio utrubi.** Para conservar la posesión de las cosas muebles, frente a las turbaciones de terceros.

6. Posesión de los derechos:

Para el derecho clásico, la posesión no puede recaer sino sobre cosas corpóreas. Los derechos, cosas incorpóreas, no son en verdad susceptibles de posesión.

El pretor mediante el expediente del interdicto, protegió el ejercicio de hecho del usufructo y de algunas servidumbres frente a ciertas turbaciones, pero no es menos cierto que esta tutela era bien distinta de la de la posesión, no solo por su especialidad, sino también porque ella no se hablaba de possessio sino de usus y de uti. Sin embargo, tanto la tutela posesoria como la defensa interdictal de las servidumbres procuran una protección al estado actual de hecho, sin referencia al derecho.

Unidad IX: derechos reales sobre la cosa propia.

1. La propiedad:

Evolución histórica de la propiedad individual en roma:

Se ha sostenido que hay una ley general de evolución de la propiedad, según la cual habría sido primero colectiva (tierra), para pasar luego, como una concesión del estado y como posesión continuada, a ser reconocida como de los particulares.

En sus orígenes, constituyó el territorio soberano de la gens, el territorio sobre el cual se ejercía la soberanía de este organismo político anterior a la ciudad. En efecto, el fundo romano era limitatus, es decir, a semejanza del territorio de un estado, tenía límites perfectamente demarcados; todo lo que estaba o se incorporaba a él, natural o artificialmente, pasaba a integrar el dominio de su titular; las facultades del dueño no reconocían restricción alguna y cuando estas aparecieron resultaron solo de la voluntad de aquél o de la ley; el poder del dueño no era temporario sino perpetuo; por último, durante muchos siglos, el fundo romano fue inmune, porque estaba exento de impuesto territorial. Al constituirse la civitas, los poderes que el pater tenía sobre el fundo como jefe de la gens, se concentraron en él, apareciendo como su dueño.

La propiedad no era colectiva porque no admitía igualdad jurídica de todos los miembros de la familia, ni tampoco era individual, ya que la antigua concepción consideraba al grupo y no al individuo.

Por lo pronto, la división sustancial de las cosas en los tiempos más antiguos no es la de muebles e inmuebles, sino la de res mancipi y nec mancipi.

En resumen, el suelo de cada gens era el territorio de este organismo político y que al constituirse el estado, los poderes de ese territorio se concentraron en su pater, considerado como único titular de las relaciones patrimoniales en la familia. Por lo tanto, el derecho de propiedad no es una concesión del estado. Junto al suelo se incorporaron al patrimonio del pater los demás bienes de interés para la gens, sobre las cuales su titular ejercerá similares poderes.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

2. Clases de propiedad:

Propiedad quiritaria:

Fue inicialmente y por mucho tiempo la única forma reconocida por el derecho. Ella suponía la concurrencia de 3 requisitos: sujeto, objeto y modo romanos.

- **Sujeto romano.** Fue reconocido originalmente al ciudadano romano, porque suponía el *ius commercii*. Con el pasar del tiempo también se les concedió a los peregrinos que poseían el *ius commercii*.
- **Objeto romano.** Tenía que ser un objeto susceptible de propiedad quiritaria, como los fundos situados en suelo itálico o en los territorios a los que se había concedido el *ius italicum*. Los fundos provinciales eran propiedad del estado.
- **Modo romano.** Inicialmente *mancipatio* o *in iure cessio*, luego también por *traditio*, según se tratase de cosas *mancipi* o *nec mancipi*.

In bonis habere:

La que en la práctica resultaba equiparable al dominio civil, gracias a la protección que le dispensara el pretor. Quien gozaba de ella, quien tenía algo entre sus bienes, no era *dominus*, pero de hecho se encontraba en una situación similar al disponer de remedios que le permitían defenderse exitosamente ante el propio dueño.

La observancia del modo era imprescindible para adquirir el dominio. Por esta causa, si entre ciudadanos romano se operaba la transferencia de una cosa *mancipi*, por simple *traditio*, al adquirente no se convertía en el acto en propietario quiritario, sino que debía esperar que se cumpliera el término de la *usucapio*. En consecuencia, el enajenante podía reivindicar del adquirente la cosa que él mismo le había transferido. La reivindicación podía paralizarse si el adquirente había realizado mejoras o realizado gastos de conservación. Fuera de esto, el adquirente no podía resistir la reivindicación del enajenante. Para corregir esta situación, el pretor acordó al adquirente la posibilidad de paralizar la reivindicación del transmitente y de cualquiera que hubiese recibido de él el derecho de propiedad, mediante la *exceptio rei venditae et traditae*. Pero solo era eficaz en la medida de que se conservase la cosa. Con otra intervención del pretor, la *actio publiciana*, mediante la cual el adquirente, siempre que tuviese justo título y buena fe, era considerado como si se hubiese convertido en propietario quiritario mediante la *usucapio*, que en realidad no había ocurrido.

De esta manera, el propietario pretoriano resulta asimilado al propietario quiritario, o incluso, en mejor situación que éste pues podía reivindicar de él la cosa.

Propiedad peregrina:

El peregrino al carecer del *ius commercii*, no era capaz de ser propietario. Sin embargo, como su situación de hecho fue protegida por el pretor por medio de una *actio in rem*, a cuyo efecto fingía que se había hecho ciudadano. La situación perdió importancia cuando *Caracalla* concedió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio que fuesen libres.

Propiedad provincial:

Los fundos ubicados en las provincias donde no se había acordado este derecho no eran susceptibles de verdadera propiedad individual. El estado solía conceder estas tierras a los particulares, a cambio del pago de un impuesto llamado *stipendium* en el caso de las provincias senatoriales y *tributum* en las imperiales. Como el concesionario de estos fundos tenía poderes similares a los del *dominus*, protegidos por medio pretoriano similares a los del derecho civil, resulta posible hablar de propiedad provincial, aunque en realidad los particulares sólo tuviesen la posesión de esos fundos y la facultad de percibir sus frutos.

3. Concepto del derecho de propiedad:

Definiciones pseudotextuales:

La primera dice que el propietario es moderador y árbitro de cada cosa suya; queriéndose destacar la facultad que tiene el dueño de disponer a su arbitrio de la cosa sometida a su dominio. (Constantino).

También se expresa la propiedad como derecho de usar y disponer de la cosa propia. (Ulpiano).

Una tercera definición nos dice que la propiedad es la natural facultad de cada uno de hacer lo que le plazca con la cosa, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley. (Florentino).

Otras definiciones:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Glosa magna. Se llama dueño a quien tiene la facultad de reivindicar.
- Bartolo. El dominio es el derecho de disponer plenamente de una corpórea, salvo lo que esta prohibido por la ley.
- Baldo. Se llama dominio a la plena propiedad que corresponde la potestad de enajenar.
- Cuiacio. Derecho de disponer enteramente y de reivindicar una cosa corpórea, salvo, aquello que la ley o la convención prohíban.
- Arndts. La propiedad es un derecho de señorío que corresponde a una persona sobre una cosa, de donde puede decirse que ésta le pertenece enteramente a aquella y esta sujeta total y exclusivamente a su voluntad.

Definiciones fundadas en los caracteres del dominio:

Bonfante define la propiedad romana como el señorío eminente entre los diversos señoríos generales sobre la cosa.

4. Objeto y extensión:

Para el derecho romano el dominio no puede tener por objeto sino cosas corpóreas.

Esto lleva a la cuestión de la extensión del dominio, problema que no se presenta respecto de las cosas muebles, toda vez que ellas tienen límites perfectamente definidos. Pero tal cosa ocurre tratándose de inmuebles: sus límites son ciertamente artificiales y arbitrarios ya que la corteza terrestre presenta una continuidad total. Como este problema atañe a las relaciones de vecindad.

Si la propiedad se limitara a la superficie del suelo exclusivamente, el ejercicio de las facultades del propietario resultaría imposible, ya que solo podrá darse en un plano geométrico, lo que impediría realizar el acto más simple, como construir una casa.

Mientras el dominio inmobiliario estuvo definido fundamentalmente con un criterio político, mientras fue asimilable a la soberanía territorial del estado, la exclusión de la ingerencia ajena debió extenderse hasta el infinito hacia arriba y hacia abajo, dentro de los límites en los cuales se puede ejercitar materialmente el señorío humano. Pero cuando el dominio inmobiliario tuvo función primordialmente económica, ese límite desaparece donde desaparece toda finalidad económica.

5. Modos de adquisición de la propiedad:

Modos Originarios, voluntarios:

Ocupación, concepto:

La occupatio es un modo originario de adquirir el dominio que consiste en la toma de posesión de una cosa que no pertenece a nadie (res nullis) con la intención de hacerla propia.

Requisitos:

Para que haya adquisición del dominio por ocupación es menester la concurrencia de 3 requisitos: que se trate de res nullis, que se tome posesión de ella y que lo sea con la intención de hacerla propia.

Res nullis:

No basta de que se trate de una cosa in commercio, sino que además sea de nadie, porque en tal caso no hay posibilidad de lesión de derecho alguno. Por eso se dice: lo que no es de nadie se concede por razón natural al que lo ocupa. Son considerados como res nullis los animales salvajes, la isla nacida en el río o en el mar, las cosas encontradas en el litoral marítimo y las cosas del enemigo.

Toma de posesión:

Supone la reunión de los dos elementos que la componen (corpus y animus).

Intención de apropiarse:

Es menester que la toma de posesión se realice con la intención de hacerse dueño de la cosa, lo que supone la mera intención de hecho, es decir que no se requiere en el ocupante tener conciencia de la adquisición del dominio por tal causa.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Casos de ocupación:

- Caza y pesca. Constituyen las dos formas de ocupación más típicas y universales. Pueden constituir objeto de ellas los animales salvajes que no se encuentren en poder de otro. También pueden ser cazados los animales domésticos que hayan perdido la costumbre de volver con su dueño
- Isla nacida en el mar.
- Isla nacida en el río.
- Cosas encontradas en el litoral marítimo.
- Cosas de los enemigos.

Hallazgo del tesoro:

Generalidades:

El tesoro suele ser considerado como una res nullis y por lo tanto incluido su hallazgo como un caso más de ocupación.

Concepto:

Se puede decir que tesoro es cualquier objeto mueble valioso, escondido desde tiempo inmemorial, de manera que no tengas ya dueño.

Requisitos:

Por lo pronto debe tratarse de dinero o de otras cosas muebles de valor.

En segundo lugar es menester que ese dinero o cosas muebles de valor carezcan de dueño, no bastando simplemente no se sepa quien es. Suele señalarse como otro de los requisitos que esté escondido y que lo sea desde muy antiguo. Lo esencial es que no tenga dueño.

Régimen:

Se estableció que si el tesoro era descubierto en el fundo propio o en lugar sacro o religioso, pertenecía por entero al descubridor; pero si lo era en fundo ajeno o del Cesar, correspondiese la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del fundo a al Cesar, según el caso.

Hecho generador de la adquisición:

El hecho del hallazgo genera la adquisición del tesoro, tanto para el descubridor, como para el dueño de la cosa.

Accesión:

Concepto:

Por esta causa, el dueño de una cosa a la que se le incorpora otra natural o artificialmente se hace propietario también de ésta.

Requisitos:

Es menester la concurrencia de dos requisitos: la unión de dos cosas y la condición de accesorio de una respecto de otra. Se consideraba principal la cosa que determinaba la función del todo.

Clases de accesión:

- Accesión de inmueble a inmueble.
 - Aluvión. Se entiende al incremento paulatino e insensible que experimente un fundo ribereño como consecuencia de la acumulación de sedimentos que la corriente del río va depositando.
 - Avulsión. Tiene lugar cuando un río, súbitamente, saca o separa una parte de un fundo ribereño y la lleva sobre otro que está en la otra orilla o río abajo.
 - Lecho abandonado por el río. Cuando el río se seca o cambia de curso, el lecho abandonado accede a los fundos ribereños, haciéndose de propiedad de los dueños de estos.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Isla nacida del río. La propiedad de ella es adquirida por accesión por parte de los propietarios del fundo ribereño.
- **Accesión de mueble a mueble.**
 - Escritura. El dueño del papel se hace dueño de lo que en él hay escrito.
 - Pintura. Cuando alguien pintaba un cuadro en una tela o tabla ajena, los sabinianos sostenían que aquel se hacía de propiedad del dueño de la tela o la tabla. Los proculeyanos sostenían lo contrario, inclinándose por éstos Justiniano.
 - Tejido. La tela es considerada como principal y los hilos como accesorios, razón por la cual el propietario de aquella adquiere la de éstos.
 - Soldadura. Cuando dos trozos del mismo metal se suelda sin que intervenga otro y constituyen un todo orgánico.
- **Accesión de mueble a inmueble.**
 - Siembra. Si se siembran semillas de una persona en el fundo de otra, ésta se hace propietario de ellas desde el momento mismo que aquellas son sembradas, sin que puede intentarse reivindicación.
 - Plantación. El árbol plantado en fundo ajeno se hace propiedad del dueño del suelo. Es necesario que haya echado raíces en el fundo.
 - Edificación. La construcción de un edificio con materiales ajenos en el fundo propio o, a la inversa, produce el mismo resultado: el propietario del suelo se hace dueño del edificio.

Especificación:

Concepto:

Consiste en la transformación de una materia prima en una cosa nueva y distinta, es decir que tiene una función económico-social propia.

Hay especificación cuando con un bloque de mármol o con un trozo de metal se esculpe una estatua; cuando con uvas se hace vino; o cuando con lana se hace un vestido.

Propiedad de la cosa nueva:

Si la especificación se realiza por obra del propietario de la materia prima, el producto es suyo; pero si la transformación era realizada por una persona que no es dueña de la materia prima, ahí surge el problema.

Justiniano dispuso que si la cosa podía volver a su estado primitivo, la especie nova pertenecía al dueño de la materia; pero si tal retorno era imposible, el dominio de la cosa correspondía al especificador.

Confusión y mezcla:

Es cuando respectivamente se mezclan cuerpos sólidos o líquidos, de manera que no hay especificación, porque ninguna especie nova nace. Tal ocurre cuando el trigo de una persona se mezcla con el de otra, o los lingotes de bronce que se han fundido con los de otra.

Si la separación fuese posible, el propietario de cada una de las cosas mezcladas conserva la propiedad de ellas. Otro caso es el que recibió monedas que se mezclaron con las suyas, se hace dueño de estas si no es posible distinguir entre unas y otras.

Adquisición originaria de los frutos:

El fruto, mientras está unido a la cosa fructífera constituye una parte de ella. Sin embargo, cuando se opera la separación deja de serlo y pasa a constituir una nueva cosa, es decir un objeto nuevo susceptible de propiedad.

Modos Derivados:

Voluntarios:

Mancipatio:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Era un modo de transferir las cosas mancipi, consiste en la venta ficticia simbolizada mediante el procedimiento ritual del cobre y la balanza.

Es un acto formal que además del adquirente y el transmitente, deben estar presentes 5 testigos y el porta balanza. El precio está representado por un trozo de cobre.

Consiste en una formalidad verbal, en la que solo habla el adquirente.

In iure cessio:

Era un pleito simulado o ficticio, en el que el adquirente fingía reivindicar la cosa que en realidad deseaba adquirir.

Tradición:

Consiste en la entrega o puesta a disposición de una cosa, efectuada con la intención de renunciar a la propiedad por parte de quien entrega y de adquirirla por parte de quien la recibe, y en base a una relación jurídica que, según la ley, justifica la transferencia del dominio. Es necesario la reunión de 3 elementos: un elemento material (entrega de la posesión), un elemento volitivo (intención de transferir y de recibir) y un elemento jurídico (iusta causa).

Adquisición derivativa de los frutos:

Ello ocurre en el caso del legatario o colono que adquiere los frutos con la percepción, en virtud de la autorización que en tal sentido y en virtud del contrato de locación, le ha conferido el locador. En efecto, los frutos corresponden al locador, en razón de su relación con la cosa, pero mediante el contrato de locación autoriza al locatario para que los perciba.

Aprehensión de res derelictae:

Se llama así a las cosas abandonadas, a las que su dueño se ha desprendido con la intención de no seguir siéndolo.

No voluntarios:

Adjudicación:

La adquisición de propiedad resulta clara: quien es sólo dueño de una porción indivisa (condómino) se hace dueño exclusivo de una cosa diferente (la parte adjudicada). Como los poderes del juez eran en este aspecto muy amplios, podía ocurrir que adjudicase a un condómino una parte mayor que el otro, aunque sus cuotas fuesen iguales, o que adjudicase la totalidad de la cosa de uno, imponiéndole la obligación de pagar una suma de dinero al otro. Es evidente que en estos casos la adjudicación operaba también una adquisición del dominio: quien por ejemplo, tenía una cuota parte igual a la mitad, recibía una parte que era equivalente a las dos terceras partes o a la totalidad de la cosa.

Ley:

Es cuando se habla de una adquisición ex lege, se quiere significar que la adquisición de la propiedad se efectúa independientemente de la voluntad del propietario.

6. Restricciones y límites al dominio de derecho público y de derecho privado:

Parece claro que en los comienzos no había ninguna restricción, dado el carácter soberano de la misma. Dichas restricciones alcanzan su máximo en la época de Justiniano. Si bien las restricciones podían provenir de la voluntad del propietario, como en el caso de las servidumbres, también los hacían por imperio de la ley, en atención al interés general. Las primeras son restricciones de derecho público y las segundas, restricciones por causa de vecindad.

Restricciones de derecho público:

Tienen como beneficiaria a toda la comunidad, los particulares no pueden modificarlas o dejarlas sin efecto por convenio, solo la ley puede hacerlo.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Expropiación. Determina la extinción del dominio privado.
- Por motivos religiosos. Tales como la imposibilidad que afecta al dueño de un fundo en el que se ha enterrado un cadáver sin su consentimiento, de exhumarlo sin contar con la autorización de los pontífices o del príncipe.
- Paso por las riveras. En el caso de los dueños de fundos adyacentes a un río, quienes debían permitir el paso de los terceros por las riberas, en tanto ello sea necesario a los fines del uso del río mismo y de la navegación.
- Paso público coactivo. Los propietarios de fundos contiguos a un camino estaban obligados a mantenerlo y, si por su incumplimiento se tronaba intransitable, debían permitir el paso por sus fundos mientras durase la situación.
- Restricciones edilicias. Se refiere a las distancias que debía mediar entre los edificios, a su altura, de modificar el estado de las casas y de demolerlas.
- Restricciones por causa de la minería. Es una limitación a los poderes del dueño, quien debe permitir la excavación bajo la superficie, siempre que no afecte la estabilidad de los edificios.

Restricciones de derecho privado:

Fueron impuestas en atención de un interés particular, razón por la cual pudieron ser derogadas por la voluntad de los interesados.

- Árboles en los límites. Cuando las ramas de un árbol se extendían sobre el fundo del vecino, el propietario de éste, perjudicado por las ramas, podía exigir al dueño de árbol que lo poda a la altura de 15 pies. Y el dueño del árbol no lo hacía, podía hacer la poda el afectado.
- Frutos caídos en el fundo vecino. Si los frutos de una planta caían en el fundo vecino, el dueño del terreno donde ella crecía podía entrar en el de su vecino, días de por medio a recogerlas.
- Distancia entre plantaciones.
- Desplome del muro. Si un muro no está perfectamente vertical, sino que tiene un desplome o hinchazón, el propietario sobre cuyo fundo se proyecta aquel, puede exigir que sea suprimido, siempre que penetre en su fundo medio pie o más.
- Estercolero y tuberías. El dueño de un fundo no podía instalar un estercolero próximo a la pared de su vecino que pudiese humedecerla. También estaba prohibida la tenencia de cañerías en la pared común.
- Prohibición de privar del viento a las eras del vecino. Se prohíbe la edificación que prive al vecino del viento, pues con ello se ve impedido de separar el grano de la paja en su era.
- Actio aquae pluvial arcendae. Quien por efecto de instalaciones o transformaciones realizadas en su propio predio perjudicara al vecino, provocando una mayor afluencia de aguas pluviales al fundo de éste. Ésta acción era ejercitada por el vecino afectado para exigir la supresión de aquellas modificaciones e instalaciones de quien las hubiera hecho, además de la indemnización.
- Cautio demni infecti. En caso de que el propietario de un predio resultara expuesto al peligro de que el edificio del vecino se derrumbara causándole daños, concedía el pretor, a pedido del propietario amenazado con ésta acción, la reparación completa del perjuicio que la ruina le provocara. Si el dueño del edificio en ruina no prestaba caución, el pretor otorgaba dicho inmueble al propietario amenazado.

7. Extinción del dominio:

Como el derecho de propiedad supone una cosa sometida a nuestra voluntad, de acuerdo a la ley que le asegura protección, puede extinguirse por las siguientes causas:

- Causas vinculadas al objeto. La pérdida, destrucción o inhabilidad de la cosa determinan la extinción del dominio.
- Causas vinculadas a la voluntad del sujeto. Se pierde cuando su titular no quiere seguir siéndolo, sea porque la transfiere a otro, porque la abandona.
- En virtud de la ley. También se la pierde a título de pena, como la capitis deminutio, aun la mínima. También las que se han perdido por medio de la accesión, especificación o usucapión.

8. El condominio:

Concepto:

Una cosa puede pertenecer a varias personas, ser común a ellas. A esa situación se la denomina condominio y cada una de esas personas recibe la designación de condómino o copropietario.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

El condominio puede ser voluntario, cuando es querido por los condóminos (cuando los socios compran una cosa en común), o incidental, cuando surge por causas ajenas a la voluntad de los copropietarios (sucesión hereditaria).

Régimen:

En el condominio romano hay unidad de objeto y multiplicidad de sujetos y de derechos. La unidad de la cosa resulta clara, porque se trata de una cosa en común. En el condominio hay una sola cosa que pertenece o es propiedad de varios, cada uno de los cuales es propietario.

Por esa causa, porque el derecho de cada condómino recae sobre toda la cosa, resulta explicable que si uno de ellos renuncia a su derecho, su cuota es adquirida ipso iure por los demás.

Cada condómino puede ejercitar libremente sus facultades, pero debe hacerlos pro parte, es decir en proporción a su cuota, porque de lo contrario estaría disponiendo de lo ajeno. Puede asimismo gravar su cuota con una hipoteca o constituir un usufructo, pero no una servidumbre, dada la indivisibilidad de ese ius in re, sea del lado activo como del pasivo, será imprescindible en concurso de la voluntad de todos los condóminos.

En cuanto a los actos de disposición material de la cosa, corresponde referirse a la percepción de los frutos y al uso de la cosa. Como dueño que es, el condómino adquiere por mera separación los frutos de la cosa común, aunque en proporción a su cuota.

El condominio concluye cuando los copropietarios así lo deciden o cuando cualquiera de ellos lo reclama.

Si la naturaleza de lo permite, la división de la cosa puede hacerse asignando a cada condómino una parte determinada de la cosa, sobre la cual se adquiere dominio exclusivo.

9. Protección de la propiedad:

Acciones:

- Reivindicatio. Le corresponde al dominus que ha perdido la posesión de una cosa, contra el poseedor ilegítimo, mediante la cual solicita el reconocimiento de su derecho de propiedad y como consecuencia la restitución de la cosa.
- Actio publicana. Es una acción del poseedor de buena fe en causa de usucapión.
- Actio finium regundorum. Se trata de una acción que procedía al restablecimiento de los 5 pies que debían haber entre fundo y fundo. La acción sirve para el deslinde de los predios rústicos cuando los linderos son ignorados o están confundidos.
- Actio negatoria. Permite al dominus obtener la cesación de las meras turbaciones el ejercicio de su derecho de propiedad proveniente de hechos de terceros. Cuando un tercero afirmaba ser titular de un derecho de usufructo o de servidumbre.
- Operis novi nuntiatio. Consiste en la intimación hecha al vecino para que se abstenga de ejercer una determinada obra que se reputa lesiva para nuestro derecho de propiedad.
- Interdictum quod vi aut clam. Tiene por finalidad obtener la demolición de obrar que se consideran lesivas a nuestro derecho, cuando ha sido ejecutadas no obstante nuestra prohibición o clandestinamente por temor a la prohibición.

Unidad X: derechos reales sobre la cosa ajena.

1. Conceptos generales:

Para el derecho clásico, servidumbre es un derecho real sobre un fundo ajeno en cuya virtud el propietario de éste está obligado a soportar o a no hacer ciertos actos, para satisfacer la necesidad o utilidad de otro fundo. Hay aquí necesariamente dos fondos, de los cuales uno sirve a otro. Además se reconocen otros derechos sobre cosa ajena (usufructo, uso) en los cuales una cosa, mueble o inmueble, es afectada por un derecho real constituido a favor de una persona determinada.

La expresión servitus es demostrativa de una categoría general, que comprende las servidumbres prediales o reales y otros como el usufructo, el uso y la habitación, llamados servidumbres personales.

2. Las servidumbres y clasificación:

- **Las servidumbres prediales.** Se caracterizan porque constituyen un ius in re aliena, inherente a un fundo, que comporta un deber de ostentación, siendo típicas e indivisibles.
 - Ius in re aliena. Que limitan el señorío del propietario de un fundo en beneficio de otro. Nadie puede tener servidumbre sobre la cosa propia. Si dos fondos pertenecen al mismo dueño, éste podrá ejercitar en

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

beneficio de uno y en perjuicio de otro cualquier facultad que podría formar parte del contenido de alguna servidumbre, pero lo haría a título de propiedad, no de servidumbre.

- **Inherencia.** Como la servidumbre es inherente al fundo, la transferencia de éste determina necesaria y tácitamente la transferencia de aquella, resultando imposible enajenar el fundo y reservarse la servidumbre.
- **Deber de abstención.** El contenido de una servidumbre puede consistir en un tolerar o un no hacer. En definitiva, la conducta del dueño del fundo sirviente consiste siempre en una abstención.
- **Tipicidad.** Se conocía por tipos particulares de servidumbre, los mismos que pueden ser modificados por las partes.
- **Indivisibilidad.** No puede ser extinguida pro parte. Si el fundo está en condominio, es necesario el consentimiento de todos los condóminos para que la servidumbre se constituya; si se divide el fundo sirviente, la servidumbre no se extingue, sino que cada parte deberá soportar la servidumbre.
- **Requisitos.**
 - **Dos fundos.** Un fundo sirviente y otro dominante.
 - **Utilidad.** Que sea útil al fundo dominante, no a la persona de su dueño. Como la posibilidad de una servidumbre para cocer cal o extraer arcilla de un fundo para fabricar vasijas destinadas a transportar la producción del fundo dominante, pero ella desaparecería si las vasijas fuesen destinadas a la venta.
 - **Posibilidad.** Es menester que la servidumbre sea posible, tanto desde el punto de vista material como jurídico. Por ejemplo, entre dos fundos separados por una vía pública podría constituirse una servidumbre de paso, pero no una de acueducto. Se requiere que los fundos sean vecinos.
 - **Causa perpetua.** Es una condición permanente tal que haga siempre útil y posible su ejercicio, es decir que pueda tener lugar en todo tiempo, independientemente de cualquier elemento intrínseco. (acueducto de una vertiente).
 - **Perpetuidad.** Ella debe constituirse a perpetuidad y no temporalmente, es decir, que tiene una duración indefinida.

Las servidumbres prediales pueden clasificarse en rústicas y urbanas, categoría que no depende de la ubicación de los fundos en el campo o en la ciudad, sino del destino esencial, de la necesidad que se procura satisfacer o de la utilidad o comodidad del fundo que se quiere beneficiar, como necesidades de edificios o de producción rural.

- **Servidumbres prediales rústicas.** Las más antiguas son:
 - Las servidumbres de paso, cuya extensión puede variar. Así, se permite pasar a pie, caballo o en litera por el fundo sirviente. También conducir carruajes y tropas de animales como en un verdadero camino.
 - Las servitus acueductos, que autoriza a conducir agua a través del fundo sirviente y hacia el dominante.
 - La servitus aquae haustus, en la que se puede sacar agua del fundo sirviente para atender las necesidades del dominante.
 - La servitus pecoris ad aquam adpellendi, que permite hacer abreviar el ganado del fundo dominante en el sirviente.
 - La servitus pasculi, que autoriza hacer pastar el ganado del fundo dominante en el sirviente.
- **Servidumbres prediales urbanas.** Se dividen en dos categorías, la primera es la servitutes fluminis, que se refiere al derecho de verter al agua de lluvia que cae en el techo del vecino o a recibirla, gota a gota o por cañería y la servitus cloacae, que permite pasar las aguas servidas a través de un conducto instalado en el fundo sirviente. En la segunda categoría, que son los derechos relativos a la luz y la vista tenemos:
 - La servitus tigni immittendi, que consiste en el derecho de introducir viga en el muro del edificio sirviente.
 - La servitus oneris ferendi, que otorga la facultad de apoyar o hacer descansar una construcción en la pared o pilar del vecino.
 - Las servidumbres proiciendi y protegendi, que autoriza a tener balcones o cobertizos sobre el fundo sirviente.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Las servidumbres prediales, se extinguen por confusión, que es cuando el fundo sirviente y dominante pasar a ser del mismo dueño; por renuncia; por pérdida o destrucción de la cosa o por el no uso de ella.

- **Las servidumbres personales.** Están constituidos a favor de una persona determinada. En esta categoría se incluyen el usufructo, el uso, la habitación y el trabajo de los esclavos.
 - **Usufructo.** Es el derecho de usar y percibir los frutos de cosas ajenas, dejando a salvo sus sustancia. (Paulo). Solo puede recaer sobre cosas corpóreas y ajenas, sean muebles o inmuebles, siempre que no sean consumibles.
 - **Cuasiusufructo.** El usufructuario se convierte en propietario de las cosas gravadas, restándole solo la obligación de devolver igual cantidad y calidad al término de su derecho, a cuyo efecto debe prestar caución. Por su parte, el constituyente del derecho no conserva, en verdad, ningún derecho real sobre las cosas; solo puede exigir, al vencimiento del cuasiusufructo, la devolución prometida.
 - **Uso.** Es un derecho en virtud del cual se puede utilizar la cosa ajena, pero sin tomar, en principio, ningún fruto o producto de ella. Ulpiano nos dice, aquel a quien se dejó el uso, puede usar, pero no puede recibir los frutos.
 - **Habitación.** Atribuye a su titular la facultad de habitar una casa ajena y de alquilarla a terceros.
 - **Trabajo de esclavos.** Derecho de gozar de los trabajos de un esclavo ajeno.

3. Defensa de las servidumbres:

Resultan defendidas mediante una actio in rem, llamada confessoria y por ciertos interdictos.

- **Acción confesoria.** Acción para la defensa predial o del usufructo, tiene por objeto hacer confesar al propietario la existencia de un derecho de servidumbre sobre una cosa., la misma le compete al titular de la servidumbre, quien debe probar la existencia de su derecho y los actos lesivos.
- **Interdictos.** En materia de servidumbres prediales rusticas, tenemos el interdicto itinere actuque privato a favor de quien ha ejercido una servidumbre de paso, durante 30 días en el año, y se le impide pasar; el itinere reficiendo, para la reparación del camino; el de aqua, a favor que quien ejercitó la servidumbre de acueducto sin vicios y de buena fe; el de rivis, para la reparación de los conductos. En materia de servidumbres urbanas tenemos el interdicto cloasis, para la reparación y limpieza del conducto cloacal.

4. La enfiteusis:

Es el derecho real sobre el fundo ajeno, en virtud del cual se puede gozar de él de una manera más amplia, siempre que no se lo deteriore y que se pague la renta convenida al propietario.

El propietario del fundo dado en enfiteusis recibe el nombre de enfiteuta. Él mismo tiene un derecho que no le es inherente, ya que puede ser objeto de transferencia inter vivos o mortis causa, a título gratuito u oneroso; se concede generalmente a perpetuidad; las facultades del enfiteuta son mas amplias que las del usufructuario porque le es lícito modificar el destino económico del fundo; el enfiteuta es poseedor y adquiere los frutos, como el propietario, por la mera separación.

- **Derechos del enfiteuta.** Puede gozar del fundo como propietario, aun alterando la sustancia, siempre que no lo deteriore. Puede disponer de su derecho inter vivos o mortis causa, a título gratuito u oneroso. El poseedor del fundo adquiere los frutos por mera separación y puede intentar edictos posesorios, acciones confesorias y negatorias.
- **Obligaciones del enfiteuta.** En el goce del fundo debe proceder como buen padre de familia y, al extinguirse su derecho, debe devolverlo sin deterioro. Debe atender al pago de los impuestos, pagar la renta convenida. Si se dispone a vender su derecho, debe dar aviso previo al dominus.
- **Constitución.** Puede constituirse por actos de última voluntad o por convención sin que sea necesaria formalidad alguna, salvo respecto a los bienes de la iglesia.
- **Extinción** puede ser de pleno derecho o en virtud de sentencia judicial. La primera puede ser: la pérdida total del fundo; expiración del plazo; o verificación de la condición resolutoria. Por la segunda categoría puede perderse por el deterioro del fundo, dejar de pagar el canon por 3 años.

5. La superficie:

Es un derecho real especial, en virtud del cual su titular puede usar y gozar de las construcciones que se encuentran en terreno ajeno, solo puede constituirse a título gratuito u oneroso, mediante una suma fija pagada de una sola vez o una renta anual.

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- Derechos del superficiario. Son similares a los del enfiteuta
- Obligaciones del superficiario. Debe realizar las reparaciones de mantenimiento y atender el pago de los impuestos y cargas que pasen sobre el edificio
- Constitución y extinción. Son los mismos que en la enfiteusis. La usucapión resulta excluida como modo de constitución.

6. Derechos reales de garantía:

Conceptos generales:

La hipoteca es una institución que se debe caracterizar como derecho real de garantía, porque tal era la finalidad que cumplía en las relaciones jurídicas entre particulares.

Adentrada en roma la idea de que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, la insolvencia de aquel podía tornar ilusorios los derechos de éstos. Para evitar esta situación se admitió que una deuda pudiera garantizarse por medio de un tercero que en carácter de fiador asumía el compromiso de cumplir la obligación en caso de que el deudor principal no pagara.

7. Fases evolutivas de las garantías reales:

Fiducia, pignus e hipoteca, son las 3 fases de garantías reales a la par que distintas fases evolutivas de los derechos reales de garantía.

La más antigua fue la fiducia, que consistía en la entrega en propiedad al acreedor de una cosa que pertenecía al deudor, mediante el empleo de la mancipatio o in iure cessio, concentrándose al mismo tiempo un pacto por el cual el acreedor se obligaba bajo su palabra a devolver la cosa al deudor cuando fuera satisfecha la deuda.

El pignus, se aplicaba a las cosa muebles, en la que el deudor tenía que ceder la posesión de un bien sobre el cual se constituía la prenda, se encontraba privado de la opción de usar la cosa y de valerse de ella para constituir otras garantías.

En la hipoteca la cosa quedaba en poder del deudor, y no pasaba la posesión al acreedor hipotecario. Hipoteca es según Ulpiano: propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión, a éste.

8. Prenda e hipoteca:

Requisitos:

Es menester la exigencia de una obligación cuyo cumplimiento se pretende garantizar, los dos primeros requisitos son la obligación y la cosa y el tercero es la fuente.

- Obligación. Puede tratarse de cualquier obligación, civil o natural, siempre que la ley no la prohíba.
- Cosa. Puede ser cualquier objeto susceptible de compraventa, corpórea o incorpórea. Si se grava sobre una cosa ajena el acto es nulo, amenos por la ratificación del propietario.

Constitución:

Se constituye por disposición de última voluntad o por disposición judicial o legal.

- Ultima voluntad. Cuando en un testamento el testador afecta ciertos bienes al cumplimiento de legado.
- Disposición judicial. Si nace por disposición del magistrado o del juez.
 - Pignus praetorium. Prenda pretoriana.
 - Pignus in causa audicati captum. Secuestro de bienes del deudor condenado, para proceder a su venta y satisfacer con el precio al acreedor.
- Disposición de la ley. Se constituye con independencia de la voluntad del deudor y el acreedor.

Hipotecas tacitas especiales:

- La del locador de un fundo rustico, por su crédito por alquileres, sobre los frutos del fundo.
- La del locador, en garantía de todos sus derechos, sobre los objetos llevados al fundo e introducidos en el por el locatario o sublocatario.
- La del fisco sobre los inmuebles sometidos al impuesto correspondiente, por tributos atrasados.

Hipotecas tacitas generales:

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- La del fisco, el emperador o su esposa, por todas las deudas contraídas a su respecto, salvo las derivadas de un delito.
- La del pupilo o demente sobre los bienes del tutor o curador por la gestión de sus funciones.
- La de la mujer y sus herederos, sobre los bienes del marido, por la restitución de la dote.

Efectos:

La prenda y la hipoteca tienen por finalidad dar al acreedor una garantía real, consiste en la cosa y venderla a fin de cobrarse su precio. Como se trata de derechos reales, son inherentes a la cosa gravada y, en consecuencia, siguen a ésta en manos de quien esté.

9. Pluralidad de acreedores hipotecarios:

En este caso rige el principio de la hipoteca más antigua, que es preferida a las posteriores. Esto no basta a que el acreedor hipotecario de grado posterior ejercite el derecho de subrogación, es decir que salde el crédito del de grado anterior para quedar así colocado en lugar de éste. Si todas las hipotecas fuesen de la misma época, los créditos deben prorrogarse, salvo que alguno de los acreedores esté en posesión de la cosa, en cuyo caso es preferido a los demás. También lo es para las hipotecas hechas mediante un documento público o cuasi público, sea por escrito y firmado por las partes.

Algunos créditos, sea por su naturaleza o por la persona del acreedor, son preferidos a todos los demás, sean estos quirografarios o hipotecarios de fecha anterior, en estos casos, gozan de una hipoteca privilegiada, como en el caso que del acreedor que ha facilitado dinero para la adquisición.

Derechos del constituyente:

El constituyente conserva la propiedad mientras ella no haya sido vendida por el acreedor. Puede usar la cosa, percibir sus frutos, enajenarla, darla en prenda o en anticresis, gravarla con nuevas hipotecas.

10. Extinción principal y accesoria:

Principal:

- Pérdida o destrucción de la cosa.
- Haberse convertido el acreedor en propietario.
- Renuncia del acreedor a su derecho real.
- Con la posesión de la cosa gravada, adquirida por un tercero con justo título y buena fe durante 10 o 20 años.
- La distractio pignoris, venta de la cosa.
- La extinción del derecho de constituyente, sobre la cosa prendada o hipotecada.

Accesoria:

- Quien presta dinero para desinteresar a un acreedor hipotecario, se vea colocado en la misma situación de éste.
- El adquirente de un inmueble hipotecado que utiliza el precio para desinteresar a los acreedores hipotecarios de primer grado, queda ubicado antes de los de rango posterior.
- El acreedor hipotecario que salda el crédito de otro de grado anterior, pasa a ocupar el lugar de éste.
- En caso de novación por cambio de deudor, el acreedor hipotecario que se hace otorgar una nueva hipoteca sobre el mismo bien anteriormente hipotecado a su favor, conserva su antiguo rango, es decir que se sucede a sí mismo.

Unidad XI: los derechos personales.

1. Obligaciones en general:

Origen, concepto y evolución histórica:

Los jurisconsultos romanos decían obligare rem y obligare personam. La primera quería indicar dar en garantía, en prenda o hipoteca una cosa; con la segunda, imponer un deber a una persona.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Aquí hablamos de la obligación en sentido técnico y restringido, señalando con tal termino una cierta relación jurídica, de contenido patrimonial, en cuya virtud una persona, tiene derecho de exigir a otra un determinado comportamiento. Las fuentes romanas nos suministran dos definiciones de obligatio, la primera es de Justiniano:

La obligación es el vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar algo según el derecho de nuestra civita.

La otra definición es de Paulo:

La esencia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra una cosa, o una servidumbre, sino en que otro sea constreñido hacia nosotros, a darnos, a hacer o a prestarnos alguna cosa.

En cuanto a la evolución, las obligaciones no fueron necesarias sino cuando se establecieron vínculos económicos entre los hombres.

Se ha discutido acerca de cual debió ser la primera clase de obligación sancionada por el derecho. Para unos lo fueron las derivadas de los hechos ilícitos, para otros, las generadas por los negocios lícitos.

La manera mas antigua de obligarse mediante un negocio lícito habría estado dada por el nexu.

En el ámbito de los hechos ilícitos, la primera sanción habría consistido en la venganza privada de la victima.

2. Elementos:

- Los sujetos. Como se trata de un vinculo entre personas, toda obligación supone la existencia de dos sujetos: el deudor, que debe observar la conducta prometida; otro, el acreedor, es el que puede exigirla.
- El objeto. Es lo que se denomina prestación y es el comportamiento positivo o negativo que puede exigir el acreedor y a que puede ser constreñido el deudor. Suele decirse que la prestación puede consistir en dare, facere o praestare. Por dare se entiende el deber de transferir la propiedad o constituir algún derecho real; por facere, todo lo que no sea dare, incluso la omisión o abstención; praestare indica más bien asuncion de responsabilidad.
Ante todo debe tratarse de un hecho física y jurídicamente posible, no debe ser contrario a la moral y las buenas costumbres.
El objeto de la prestación debe ser determinado o determinable, es decir que desde el nacimiento de la obligación debe saberse en qué consiste el objeto de ella o, debe ser susceptible de determinación.
Finalmente, la prestación debe ser de contenido patrimonial, en el sentido de ser susceptible de apreciación pecuniaria.
- El vínculo. Es decir la relación en cuya virtud uno puede exigir y otro debe cumplir. Se trata de un vínculo jurídico, sancionado por el derecho.

3. Fuente de la obligaciones:

Generalidades:

Se entiende por fuente de las obligaciones todos los hechos a los que el derecho atribuye el efecto de generar obligaciones.

Gayo solo menciona dos fuentes: en contrato y el delito. A ésta se le agrega también la categoría de los cuasicontratos y cuasidelitos.

El contrato:

Contrato es un pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia y cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos. A su vez, convenio es: ajuste y concierto entre dos o más personas o entidades.

Finalmente pacto es concierto o asiento en que se convienen dos o más personas o entidades, que se obligan a su observancia.

Lo propio del contrato romano es que las obligaciones por el generadas sean exigibles mediante una acción.

- **Clasificación:**
- Pueden ser de derecho civil, como la estipulación o de derecho de gentes, como la compraventa.
- De derecho estricto, como la estipulación o de buena fe.
- Pueden ser verbales, literales, reales y consensuales (formación).
- En cuanto a los efectos, pueden ser unilaterales o bilaterales
- Formales y no formales.
- Gratuitos y onerosos.

El delito:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Los hechos ilícitos sancionados con una pena, pueden clasificarse en públicos y privados, según que lesionen un interés de la comunidad toda o únicamente de la víctima.

Los delitos públicos eran sancionados con penas aflictivas o corporales, promovida por cualquier ciudadano.

Los delitos privados, la acción era ejercitable solo por la víctima, perseguía el pago de una suma de dinero y era resuelta por los jueces ordinarios.

Los cuasicontratos y los cuasidelitos:

Por cuasicontrato se entiende una serie de negocios lícitos, afines a los contratos, pero en los cuales no existe el acuerdo de voluntades. (tutela y curatela).

Los cuasidelitos, son los hechos ilícitos castigados con una pena pecuniaria, que no encuadran en la categoría de los delitos, pero cuyos trazos comunes o notas típicas es casi imposible de precisar. Suele decirse que en estos casos la obligación nace sin culpa (cosas peligrosamente suspendidas).

4. Clasificación de las obligaciones:

En función del vínculo:

- Obligaciones de derecho civil y derecho de gentes. Las obligaciones más antiguas derivan de instituciones del derecho civil, como ocurre con las nacidas del nexum, de la sponsio y stipulatio, del contrato literal romano. Eran estos negocios abstractos, solemnes, accesibles inicialmente solo a los ciudadanos romanos. Las del derecho de gentes fueron el comodato, depósito, compraventa y locación, que eran para todos los pueblos.
- Civiles y honorarias. Las primeras eran las nacidas de las leyes, senadoconsultos, constituciones imperiales, y las otras nacidas del edicto de los magistrados, como el pretor, edil, prefecto del pretorio. La diferencia está dada por el carácter perpetuo de las civiles, a diferencia de la anualidad de las honorarias.
- De derecho estricto y de buena fe. Las primeras estaban bajo el control de la observancia de los requisitos formales del negocio, mientras que las segundas tenían en cuenta la intención de las partes.
- Civiles y naturales. Las primeras eran las que estaban protegidas por una actio y perfectamente sancionadas. Las naturales, carecían de acción para exigir el cumplimiento de la obligación.

En función del objeto:

- Obligaciones de dare, facere y prestare. Con esta fórmula se abarcaba el posible objeto de la obligación.
- Obligaciones determinadas e indeterminadas. Es determinada la obligación cuya prestación está precisada, individualizada o determinada desde el comienzo. Las segundas es cuando la determinación no existe al momento que nace la obligación. También suele llamárselas específicas, ya que su prestación consiste en una especie (esclavo). Genéricas, son las que el objeto no está individualizado (caballo). Las alternativas, aquella cuyo objeto consiste en una entre varias prestaciones designadas disyuntivamente (elegir entre 2 esclavos). Por último están las facultativas, en las que el deudor se reserva el derecho de liberarse cumpliendo otra (en vez de entregar un esclavo, entregar 100 ases).
- Obligaciones divisibles e indivisibles. Depende de que sean susceptibles o no de cumplimiento fraccionado.

En función del sujeto:

- Obligaciones de sujeto determinado y ambulatorias. En principio las obligaciones son de sujeto determinado, fijo, no obstante la posibilidad de su transferencia, tanto activa como pasiva, por actos entre vivos o mortis causa. En el caso de las ambulatorias tenemos: la obligación de reparar un muro en el caso de servidumbre de apoyo, que pesa sobre quien sea propietario del fundo sirviente y puede ser exigida por quien lo sea dominante.
- Obligaciones de sujeto único y con pluralidad de sujetos. Las primeras son las que vinculan al acreedor y al deudor. Las segundas son en las que hay más de un deudor o más de un acreedor.

5. Ejecución de las obligaciones:

Principio general y excepciones:

La regla general que rige la ejecución de obligaciones es que ellas deben ser cumplidas ejecutando fiel e íntegramente la prestación debida, en el lugar y tiempo estipulado. Es decir que ni el acreedor puede pretender un objeto distinto al contenido de la prestación, ni el deudor puede pretender liberarse entregando o haciendo algo diferente. Las dos excepciones son:

HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Dotio in solutum. La dación en pago consiste en el cumplimiento de una prestación distinta de la debida que tiene, no obstante, el efecto de extinguir la obligación. Ella puede ser voluntaria o convencional, que es la que tiene lugar cuando el acreedor acepta recibir un objeto distinto del debido. También puede ser compulsiva o necesaria, en la que los deudores, en el caso de carecer de efectivo o de bienes muebles, el acreedor se ve exigido a recibir los bienes inmuebles del mismo según la tasación practicada.
- Beneficio de competencia. Permitía a ciertos deudores hacer un pago parcial. De la cuales la primera habría sido el marido perseguido por la restitución de la dote.

6. Lugar y tiempo de la ejecución:

El principio general de la ejecución de las obligaciones es que se cumplan en el lugar y tiempo estipulado. Si no se hubiere estipulado un lugar para el cumplimiento de la obligación, éste debía hacerse en el lugar donde se encontrase la cosa, si se tratara de dar un cuerpo cierto y en el domicilio del deudor, en los demás casos. En los que respecta el tiempo de ejecución, caben algunas distinciones. En efecto, si se tratase de una obligación pura y simple, la prestación deberá cumplirse cuando lo requiera el acreedor. Si la obligación fuese a plazo, es claro que no se puede exigir el cumplimiento antes del vencimiento del plazo, pero si el deudor voluntariamente paga antes de cumplido el término, no podrá repetir lo pagado, ya que nada se oponía a que renunciase al plazo establecido a su favor. Si la obligación estuviese sometida a condición suspensiva, el cumplimiento no podría tener lugar sino una vez que ella se hubiera verificado, ya que antes no se consideraba existente. Si funcionase como resolutoria, la ejecución debería realizarse en cualquier momento antes de que ella se verificase.

7. La mora:

Concepto:

La mora es el retardo injustificado y culpable en el cumplimiento de la obligación.

Clases:

Puede incurrir el deudor, cuando omite cumplir la prestación en tiempo oportuno. Pero también puede el acreedor incurrir en mora y ello ocurre cuando injustificadamente se niega a recibir la prestación debida. La mora del deudor requiere, ante todo, que la obligación sea exigible, esto es, pura y simple, o si es condicional o a término, con la condición o el término ya cumplidos. Es menester también que se trate de una obligación dotada de acción, no de una obligación natural.

Efectos:

Tratándose de obligaciones de derecho estricto, aun cuando el deudor estuviese en mora, solo podrá exigirse la prestación debida cuando se tratase de una suma de dinero, sin perjuicio que por los intereses pudiese procederse extracontractualmente. En las obligaciones de buena fe, la mora del deudor daba derecho al acreedor a percibir los intereses moratorios desde la fecha de la interpelación cuando tenían por objeto sumas de dinero. Por su parte, la mora del acreedor libera al deudor de los riesgos, salvo dolo o culpa grave, lo autoriza a abandonar la cosa debida y genera el deber de restituir al deudor los gastos que hubiesen realizado para la conservación de la cosa después de la mora.

Extinción:

Podía extinguirse tanto para el deudor como para el acreedor. En el deudor ocurría cuando se operaba el cumplimiento exacto de la obligación. La del acreedor cesaba mediante la aceptación del pago o una oferta real de recibirlo o por acuerdo con el deudor.

8. Inejecución por caso fortuito o fuerza mayor, culpa o dolo:

- Caso fortuito. Es un hecho imprevisible o inevitable que determina la imposibilidad de cumplir la obligación. El deudor quedaba liberado, en el caso de asumir la responsabilidad por el caso fortuito, no.
- Dolo y culpa. Culpa puede entenderse en sentido amplio y restringido, en el primero comprende la base de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento a él imputable y comprende a la culpa propiamente dicha y al dolo. En sentido restringido, culpa es sinónimo de negligencia, descuido, ausencia de mala fe que determina la imposibilidad de cumplir; la misma podía ser grave o leve.

HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016

9. Sanciones por la inejecución:

En los casos de inejecución por dolo y culpa, la obligación se perpetua, aunque con un objeto necesariamente modificado, ya que la prestación inicial resulta reemplazada por una suma de dinero que representa el interés patrimonial que tenía el acreedor en la obligación.

10. Revocación de los actos del deudor perjudiciales para los acreedores:

El patrimonio del deudor comienza a considerarse como prenda o garantía para los acreedores. Pero como el deudor no perdía su facultad de disposición, podía ocurrir que mediante su ejercicio determinase una disminución de aquella garantía o, incluso, su total desaparición. Para evitar el fraude a los acreedores se establecieron remedios. Uno de ellos fue el interdicto restitutorio que otorgo el pretor para que, dentro de un año útil desde el día de la enajenación, pudiesen los acreedores conseguir el tercer adquirente de mala fe la restitución de los bienes fraudulentamente enajenados por el deudor. Si el tercero no cumplía la obligación de restituir, se concedía a los acreedores un interdicto fraudatorium para obtener el valor del objeto y de los frutos pendientes al tiempo de la enajenación.

En la modernidad con la acción de fraude o pauliana es menester la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, es menester que el deudor hubiese ejecutado un acto positivo o negativo que determinare un empobrecimiento de su patrimonio. También es necesario que el tercero hubiese sido cómplice del fraude. Finalmente la acción debía ejercitarse dentro del año en que se producía la enajenación y solo contra el adquirente. Pasado ese tiempo contra sus herederos, sólo podía intentarse una actio in factum.

Unidad XII: extinción de garantías y transferencia de las obligaciones.

1. extinción de las obligaciones;

Formas ipso iure:

Los romanos utilizaron la palabra solutio no sólo como sinónimo de pago, sino también para indicar la extinción de la obligación. La extinción de la obligación pudo operarse, entonces, ipso iure o exceptionis ope.

Los modos ipso iure extinguen absoluta y definitivamente la obligación, mientras que los que actúan exceptionis ope dejan subsistente la obligación, pero permiten repeler la acción del acreedor.

- Solutio per aes et libram. Es una especie de pago formal, verificado mediante la solemnidad del cobre y la balanza. Era un negocio abstracto que producía efectos per se, independientemente de la causa.
- Acceptilatio. Significa considerar recibido o tener por recibido. Consiste en el acto en el cual el acreedor declara haber recibido la prestación debida.
- Pago. Podía pagarse sin formalidad alguna, cumpliendo la prestación debida. El pago debe ser hecho por el deudor. Si la obligación fuese de dare, la condición de propietario de quien hace el pago y la transferencia de la propiedad al acreedor son indispensables para que el pago se verifique. Finalmente es menester que haya acuerdo entre quien hace el pago y quien los recibe acerca de la transferencia de la propiedad.
- Novacion. Consiste en la sustitución mediante contrato formal de una obligación por otra nueva. Era menester una obligación antigua, de cualquier tipo y naturaleza; era necesario una nueva obligación que sustituya a la anterior y por ultimo que la nueva obligación tuviera por objeto la misma prestación que la anterior. Finalmente, que haya intención de las partes en hacer la novacion.
- Confusión. Es la reunión en la misma persona de las condiciones de deudor y acreedor.
- Mutuo disentiimiento. Se extinguían mediante el consentimiento contrario de las partes.
- Concurso de causas lucrativas. Tenia lugar cuando el acreedor, a quien se debía una cosa cierta en virtud de un titulo lucrativo o gratuito, la recibía por otro titulo de la misma índole, en cuyo caso se consideraba extinguida la primera obligación.
- Perdida de la cosa. La perdida fortuita de la cosa debida determinaba la extinción de la obligación y, por tanto, la liberación del deudor.
- Muerte y capitis deminutio. El pretor concedió una acción al acreedor que le permitía cobrarse mediante la venta de los bienes del deudor que había experimentado la capitis deminutio. En caso de muerte se extinguían las obligaciones sin la posibilidad de que se pueda accionar contra los herederos.

Formas exceptionis ope:

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- Compensación. Podía ser de distintas clases: convencional, que es la que depende de la voluntad de las partes; judicial, es la que el juez puede imponer en el pleito a pedido de una parte y aunque la otra se oponga; legal, en la que ambas partes son deudores y acreedores recíprocos. (Modestino, la compensación es la contribución de una deuda y de un crédito entre sí).
- Transacción. Consiste en una convención por medio de la cual dos personas, entre quienes existen derechos creditorios litigiosos o dudosos, resuelven ponerles término mediante concesiones o renunciaciones recíprocas.
- Pactum de non petendo. La exceptio pacti permitio que el deudor que había convenido con su acreedor que quedaba liberado total o parcialmente de su deuda, pudiera paralizar la acción intentada por aquel sin observancia de lo pactado. Es un simple pacto mediante el cual el deudor y el acreedor acuerdan la remisión total o parcial de la deuda.
- Praescriptio longi temporaris. Consistente en el transcurso del tiempo e inactividad del acreedor, o sea, que haya pasado el tiempo establecido por la ley y el actor se haya mantenido inactivo.

2. Garantía de las obligaciones:

Reales:

- Prenda e hipoteca.

Personales:

- Arras. Constituían en una suma de dinero u otra cosa que en los contratos consensuales, especialmente la compraventa, una de las partes entregaba a la otra con el fin de probar la celebración o conclusión del contrato. (un anillo por ejemplo). Si el deudor cumplía la obligación, debía serle devuelto lo entregado como arras. Si no lo hacía, perdía de pleno derecho lo dado, aunque el acreedor podía exigir el cumplimiento renunciando al arras. Si el incumplimiento era del acreedor, éste devolvía el arras más otro tanto.
- Cláusula penal. Era agregada a un contrato o disposición testamentaria mediante la cual el obligado debía pagar una pena si no cumplía la prestación debida. Generalmente consistía en una suma de dinero o cualquier otra cosa.
- Constituto. Es el pacto o convención por medio de la cual una persona se compromete a pagar a otra a día fijo una deuda preexistente, cuyo objeto en la época clásica consistía en sumas de dinero o cosas fungibles. Había dos clases: el constituto de deuda propio era el concluido entre el acreedor y el propio deudor; el constituto de deuda ajena era el celebrado entre el acreedor y un tercero, mediante el cual éste se comprometía a pagar en cierta fecha la deuda ajena.
- Adpromissio. Se procura la constitución de uno o más deudores accesorios, para asegurar el cumplimiento de la obligación ante la eventual insolvencia del deudor principal. Son tres las etapas:
 - Sponcio. Había en realidad dos negocios: uno que hacía nacer la obligación principal; otro para la accesoria. Se hacía como un contrato verbal, por medio de una pregunta del acreedor, oral y solemne, seguida una respuesta congruente del deudor y también se le preguntaba al tercero que se constituía como deudor accesorio. Era solo para ciudadanos romanos y contratos verbales.
 - Fideipromissio. Su régimen era igual a la sponcio, pero podía pasar a los herederos. Era para los peregrinos.
 - Fideiussio. Para romanos como para peregrinos. Sirvió para garantizar todo tipo de obligación, incluso las futuras; sus efectos pasaban a los herederos y no se extinguían con los años. Debía hacerse mediante la solemnidad del contrato verbal.
- Mandatorum pecuniae credentae. Consiste en otorgar mandato a una persona para que preste dinero a un tercero, en cuyo caso, verificado el préstamo y no devuelto el capital, quien presto tendría, como mutuante, la correspondiente acción contra quien recibió el dinero, quien revestiría la condición de mutuario; además, como mandatario, dispondría de la acción contraria del mandato contra quien le ordeno prestar, en cuanto habría actuado como mandante. La garantía deriva de la posibilidad de ejercitar dos acciones: una contra el mutuario y otra contra el mandante, quien resultaría así una especie de garante o fiador mutuario.
- Receptum argentarii. Fue un pacto al que el pretor dotó de acción, mediante la cual un banquero se comprometía a pagar una deuda pecuniaria al acreedor de su cliente.

3. Transferencia de las obligaciones:

El tráfico comercial hizo sentir más la necesidad de la transferencia. Seguramente la primera fue la derivada de la sucesión por causa de muerte, en la que el heredero pasaba a ocupar el lugar de deudor o acreedor en reemplazo de su causante. Sin embargo, tampoco llegó a ser absoluta, toda vez que algunas obligaciones, como

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

las penales, no pasaban a los herederos del delincuente, aunque luego se permitiera accionar contra ellos no por la pena en cuanto se hubieren enriquecido con el delito.

Cesión de crédito:

- Novacion. Para permitir la transferencia del crédito por actos entre vivos, el derecho romano se valió primeramente de procedimientos indirectos. En la que se determina la extinción de una obligación y su reemplazo por otra nueva.
- Procuratio in rem suam. Consistía en que el acreedor, para convertirse en cedente de su crédito, nombraba procurador a quien se disponía ceder el crédito.

Régimen de Justiniano:

Los créditos son en principio susceptibles de transferencia, previa comunicación al deudor cedido.

No era posible la transferencia de créditos litigiosos, ni ella cabía respecto de personas poderosas, ni del tutor o curador cuando se trataba de deudas contra el pupilo o furioso.

La cesión producía la transferencia al cesionario de todos los derechos y garantías del crédito. Si era onerosa, el cedente respondía ante el cesionario por la existencia del crédito, aunque no por la insolvencia del deudor. Si la cesión era gratuita, no cabía al cedente ninguna responsabilidad.

Lex anastasiana:

Permitía al deudor cedido liberarse mediante el pago de los que el cesionario había abonado al cedente.

En el caso de cesión onerosa, el cesionario no podría pretender del deudor cedido una suma mayor que la que el mismo hubiera pagado por la cesión al cedente, procurando por esta vía impedir el desarrollo de la actividad especulativa de los compradores de créditos que se valían de las necesidades de otros para obtener importantes beneficios.

4. Transmisión de la deuda:

La transferencia de las deudas sólo pudo operarse por sucesión mortis causa.

Unidad XIII: obligaciones que nacen de los delitos y cuasidelitos.

1. Delitos:

El furtum:

Concepto:

La palabra furtum puede traducirse como hurto, pero, según la noción romana de furtum tuvo mayor amplitud que la nuestra de hurto.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Según Paulo, el hurto es el apoderamiento fraudulento de una cosa para realizar lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión, lo que por ley natural está prohibido hacer.

Requisitos:

- Objeto. Algo susceptible de ser hurtado. Debía ser ajena. También podían ser susceptibles de hurto las personas.
- Acción. Estaba dado por el tomar la cosa y sacarla del lugar donde está a disposición de su titular.
- Dolo. Procedía sabiendo o teniendo conciencia de que esta procediendo indebidamente.
- Animus lucrandi. Es la intención de obtener una ganancia, de beneficiarse con la cosa misma, con su uso o posesión.

Clases:

- **Furtum manifestum y furtum nec manifestum.** El primero era el hurto flagrante, es decir, cuando el ladrón era sorprendido en el momento del hecho, transportando la cosa hurtada. El segundo era el hurto no flagrante, es decir, si el ladrón era sorprendido con la cosa en su poder pero en el lugar destinado al efecto.
- **Conceptum, ablatum, prohibitum, non exhibitum.** Respecto de furtum conceptum (descubierto) Gayo nos dice: se dice que hay hurto descubierto cuando en presencia de testigos, la cosa hurtada ha sido buscada y hallada en casa de un tercero; en efecto, contra este último, aunque no sea el ladrón, se ha dado una acción que se llama concepti.
Se dice que hay furtum ablatum (endosado) cuando la cosa robada te ha sido llevada por alguien y encontrada en tu casa, o al menos si el te la ha dado ha tenido la intención de que fuera encontrada en tu casa antes que en la suya; en efecto, a ti, en cuya casa la cosa ha sido encontrada, se te da una acción en contra de aquel que te la dio, por mas que este no sea el ladrón, la cual es llamada actio obliti.
La pesquisa no solemne y con testigos daba lugar al furtum prohibitum.
El furtum non exhibitum (no presentado), en el que incurría quien ante la pesquisa no presentaba la cosa hurtada buscada en su casa.
- **Furtum rei, usus, possessionis.** En el primer caso, tiene lugar cuando el ladrón quiere beneficiarse apropiándose de la cosa, haciéndola suya. El hurto de uso, tiene lugar cuando el ladrón se beneficia mediante el uso en contra de la voluntad de su dueño, (el acreedor prendario que usaba la cosa de su deudor). En el último caso, el ladrón desea lucrar no con la cosa ni con su uso, sino con la posesión de ella.

La rapiña:

Origen, concepto y acción:

Con motivo de los excesos que cometían las bandas armadas en la época de la guerras sociales, un pretor peregrino llamado Terencio Lúculo creó una acción especial, la actio vi bonorum raptorum (acción relativa a los bienes arrebatados violentamente) para el acoso de los hurtos cometidos con violencia, es decir lo que hoy conocemos como robo.

La acción podía ser ejercitada por el dueño y quines tenían interés en la cosa y también por los herederos de la víctima. No procedía contra los herederos del autor del delito, aun cuando se hubiesen enriquecido por causa de él, sin perjuicio de la reivindicación o de la condictio furtiva.

La rapiña se refiere siempre a cosas ajenas, y no se incurre en tal delito si la cosa es arrebatada violentamente creyendo quien lo hace que es suya, sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle como la pérdida de la propiedad de la cosa.

2. Iniuria:

Concepto:

Los romanos la usaron con significados específicos. Paulo, en sentido general se llama injuria a todo lo que se hace sin derecho; en sentido especial, una cosa es la contumelia, que los griegos llaman hybrin; otra cosa, la culpa, que los griegos denominan adíkema, o daño de injuria, como se interpreta en la ley aquilia; otra cosa la iniquidad y la injusticia, que los griegos llaman adikían.

La injuria era un delito que comportaba especialmente un atentado a la persona, sea su cuerpo, sea en su faz moral, hecho con la intención de injuriar.

Evolución:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Las XII tablas, aparte de la recitación de formulas de brujería para atraer un espíritu maligno hacia otro a la difamación publica, sólo preveían casos de atentados contra la integridad corporal.

Se estableció también en la ley decenviral que si con la mano o un basto se hubiese quebrado un hueso a un hombre libre, correspondía el pago de 300 ases, dicha cantidad disminuía a 150 tratándose de un esclavo. Para todas las demás injurias, la pena era de 25 ases.

La barbarie de la ley del Talión y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, determinaron la adopción de otro sistema de penas por parte del pretor. El edicto del pretor dispuso que la acción de injurias no procurase el pago de una suma fija, sino una cantidad de dinero variable, estimada inicialmente por el actor y fijada de manera definitiva por el juez. Entre los atentados a la personalidad moral, pueden citarse los clamores ultrajantes o difamatorios.

La lex Cornelia de iniuriis que agrego a este repertorio la violación de domicilio.

La legislación imperial mantendrá la posibilidad de ejercitar la actio iniuriarum aestimatoria para la aplicación de una pena aflictiva, iniciando así en este aspecto la sanción del delito mediante un pena publica.

3. Damnum iniuria datum:

Sujeto activo:

El ejercicio de la acción correspondía a quien era dueño de la cosa dañada al tiempo de la comisión del hecho o, naturalmente a su heredero.

Sujeto pasivo:

La acción debía ejercitarse contra quien había cometido el daño. Si había sido hecho por varios, la acción procedía contra todos acumulativamente, dado su carácter penal. Si se tratase de daños distintos, causados sucesivamente por distintas personas, la acción procedía contra cada una de ellas, según el daño que causo. Como se trata de una acción penal, no podía ejercitarse contra el heredero del causante del daño-

Finalidad de la acción:

Era la aplicación de una pena para el delincuente. Esa pena variaba según se tratase de un caso comprendido en el primero o en el tercer capítulo de la ley. Así, si se había mandado un esclavo ajeno o un animal de otro comprendido en el primer capítulo, la pena consistía en el mayor valor que esas cosas habían tenido en el año anterior.

Si el hecho caía en la provisiones del tercer capítulo de la ley, como ocurría si se había dado muerte a un perro ajeno o rasgado el vestido de otro, a los fines de la pena se tenía en cuenta el valor de la cosa en los 30 días anteriores. Si el autor del hecho negaba su autoría, probada ésta, la condena procedía por el duplo.

4. Cuasidelitos:

En las institutas de Justiniano se mencionan 4 casos de responsabilidad cuasidelictual:

Juez que hizo suyo el proceso:

Es cuando condena por una suma mayor o menor a la determinada en la condemnatio de la formula. Esto exige una actitud dolosa del juez que falla de manera contraria al derecho, perjudicando así a una parte o beneficiando a la otra. El perjudicado podía en estos casos reclamar la indemnización del daño causado por la conducta del juez.

Responsabilidad por las cosas arrojadas o vertidas:

Si de un edificio se arrojaban cosas sólidas o se vertían líquidos que causaban daño a un transeunte, éste podía ciertamente accionar mediante la lex aquilia; pero como generalmente era difícil descubrir al autor del hecho, el pretor concedió una acción especial relativa a las cosas arrojadas o derramadas.

No importaba que el lugar fuese público o privado, bastando que se tratase de un lugar por donde la gente solía transitar.

La acción se ejercía contra el habitante de la casa, aun sin que mediare culpa de su parte. Si fueran varios los responsables, respondían solidariamente, mientras no se pudiese determinar por cuál se había arrojado el objeto dañoso. El habitador por su parte podía accionar contra el verdadero autor del daño. La acción era perpetua y pasaba a los herederos de la victima, aunque no podía ejercitarse contra los herederos del habitador.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Responsabilidad por las cosas peligrosamente colocadas o suspendidas:

La responsabilidad pesaba sobre quien tenía colocado el objeto de manera peligrosa o hubiere consentido que otro lo hiciera, ante la mera posibilidad del daño y por el simple hecho de encontrarse la cosa puesta o suspendida de manera peligrosa. La acción era popular y no podía ejercitarse contra los herederos.

Responsabilidad del capitán del barco o del dueño de establo o posada:

Por el solo hecho de introducir los objetos en el navío, establo o posada, los dueños de dichos lugares respondían por los daños o hurtos cometidos respecto de esas cosas. La acción era por el duplo y si bien era perpetua no era ejercitable contra el heredero. Sabiendo quien era el autor del daño, el damnificado podía optar entre esa acción o las que pudiesen corresponderle contra el verdadero culpable.

5. Otros actos ilícitos generadores de obligaciones:

Noción:

Muchos de ellos tenían rasgos comunes con los cuasidelitos, en tanto otros llevaban la intención dolosa o fraudulenta de producir un daño. La presencia del elemento dolo, típico del delito, hizo que el derecho honorario los caracterizara como tales y los sancionara con acciones penales.

Entre estos actos se encuentran el dolo y la violencia, que son vicios de la voluntad en los negocios jurídicos. La violación de la sepultura, el daño provocado a un esclavo ajeno por la persona que le daba hospitalidad mientras estaba en fuga o lo instigaba a cometer actos ilícitos o a realizar empresas peligrosas que le provocaran su muerte o lesión.

También lo fue la usurpación de bienes realizada por los publicanos o adjudicatarios de las recaudaciones de los impuestos.

Unidad XIV: obligaciones que nacen de los contratos.

1. Convención, pacto y contrato.

La fuente más importante y más fecunda de obligaciones es el contrato, figura sobre la cual los romanos no nos dejaron una definición. Según Bonfante podemos decir que es "el acuerdo de dos o más personas con el fin de construir una relación obligatoria reconocida por la ley".

En el derecho moderno convención y contrato son términos de igual significado. Esto no ocurría en el derecho romano. La noción de contrato es más restringida en el derecho romano, ya que solamente de un determinado número de convenciones nacerán obligaciones civilmente exigibles por una Actio.

Para calificar el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, los textos romanos usan expresiones que parecen tener significado semejante, como convención, pacto y contrato. La convención y el pacto eran términos equivalentes y genéricos, empleados para designar el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre una cuestión cualquiera. La convención producía consecuencias en el área del derecho cuando recaía sobre un interés jurídico y como tal daba nacimiento, modificaba o extinguía un derecho. Constituía el género respecto del contrato en que, cualquiera que fuera su forma de celebración, era un negocio jurídico destinado a crear relaciones obligacionales.

Por su parte el pacto, paso a usarse para designar aquellas relaciones que se diferenciaban del contrato por carecer de acción.

Todo contrato lleva dentro de sí una convención, mas en el derecho romano la Conventio no era por sí sola idónea para generar una Obligatio tutelada por una acción. Era menester la presencia de otro requisito, que los interpretes han denominado Causa Civilis, que daba prioridad, en un principio, a las solemnidades prescriptas por la ley. La causa Civilis se traducía en la solemnidad verbal de los contratos verbales, en la escritura de los contratos literales y en la entrega o dación de la cosa en los reales.

Las intitulas de Gayo, recogiendo este proceso de evolución del contrato, los clasifica en Reales, Verbales, Literales y Consensuales. Tal la clasificación de los contratos propios del Ius Civilis vigente en la época clásica.

2. Sistema contractual romano y clasificación:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Si bien los contratos del derecho civil y del derecho de gentes se reducía a las categorías señaladas por las institutas de Gayo, la evolución del derecho romano permitió ampliar su sistema contractual al admitir otras figuras que no se encontraban en el catálogo del derecho clásico.

De esta manera en contrato romano, convención generadora de obligaciones, dotada de una Causa Civilis y de una Actio que le daba eficacia jurídica, se diversificó en distintos tipos: los contratos Formales, Reales, Consensuales e Innominados.

Entre los contratos formales, que se caracterizaban porque la Causa Civilis consistía en una solemnidad formal, se contaban dos antiguos medios de contratar: el Nexum y la Sponcio, los contratos que se perfeccionaban por el uso de formas orales, como la Stipulatio, la Dotis Dictio y el Iusiurandum liberti, y los de carácter escrito como los Nomina Transcripticia, los Chirographa, y los Syngrapha.

Entre los contratos reales, se traducían en la entrega de una cosa, se agrupaban el mutuo o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda.

Integraban la nomina de los consensuales aquellos que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de ningún otro elemento o requisito, la compraventa, la locación o arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Los contratos innominados, en los que una de las partes realizaba una prestación para obtener a cambio otra, podían tener diversas formas, que el jurisconsulto Paulo redujo a 4 relaciones: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas.

Llegaron a formar parte del sistema contractual romano los pactos. Se distinguieron entre ellos, los pactos vestidos, que estaban dotados de una acción, ya por ir agregados a ciertos contratos como la compraventa, ya por disposición del pretor, ya por decisión de los emperadores; y los pactos desnudos, los cuales carecían de acción para exigir su cumplimiento.

Clasificación:

La primera clasificación de los contratos atiende a la Causa Civilis determinante de su perfeccionamiento y, como hemos señalado, abarca los contratos verbales, literales, reales y consensuales. Dentro de estos tipos cabe distinguir los contratos formales y no formales. En los verbales y literales el consentimiento se prestaba dentro de una determinada forma prescrita por la ley. Eran no formales los contratos reales y consensuales.

Según que la relación contractual creara un vínculo obligatorio para una sola de las partes, como los verbales y literales, o para ambas partes, caso de la compraventa o en la locación, los contratos eran unilaterales o bilaterales: estos podían ser perfectos, cuando necesariamente nacían obligaciones para ambos contratantes (compraventa), o imperfectos, cuando habiendo generado obligaciones para uno solo de los contratantes eventualmente surgían también para el otro, caso del comodato, en que el comodante podía quedar obligado por los gastos de conservación de la cosa hechos por el comodatario.

De acuerdo a las acciones que los protegían, los contratos podían ser de derecho estricto o de buena fe, según que la facultad de apreciación del juez para interpretarlos estuviera limitada a lo expresamente convenido por las partes o gozara de un margen de discrecionalidad que le permitiera valorar las particulares circunstancias del caso, según la buena fe e intención de los contratantes. Eran contratos de derecho estricto los verbales, los literales y el mutuo, entre los reales; de buena fe todos los consensuales y el comodato, el depósito y la prenda en la categoría de los reales.

Habían contratos a título oneroso cuando las ventajas que acordaban a una u otra de las partes no les eran concedidas sino por una prestación que ellas hubieran hecho o se obligaran a hacer, al paso que eran contratos a título gratuito o lucrativo los que aseguraban a uno u otro de los contratantes algún beneficio independientemente de toda prestación a su cargo. En el contrato oneroso había reciprocidad de prestaciones (compraventa). En el contrato gratuito la posición ventajosa se daba sin retribución alguna (comodato).

Por último, contratos Iuris Civilis e Iuris Gentium. Los primeros solo podían ser celebrados por ciudadanos romanos, en tanto que los segundos podían ser formalizados entre romanos y extranjeros o solamente entre extranjeros.

3. Los contratos verbales:

Elemento esencial y constitutivo de los contratos verbales era el pronunciamiento de los verba, palabras solemnes que debían ajustarse a los esquemas legales, alterados los cuales no nacía la obligación. Se formalizaban mediante una pregunta y una respuesta o por una declaración unilateral.

La Stipulatio:

El contrato verbal que se perfeccionaba mediante una pregunta que formulaba una persona que debía constituirse en acreedor, al que se seguía la congruente respuesta de otra que llegaba a convertirse en deudor.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Esta era la forma más generalizada de crear obligaciones unilaterales, lo cual hizo de la Stipulatio el contrato de mayor difusión en el mundo romano, especialmente cuando se aplicó también a los peregrinos.

El carácter formal de la Stipulatio exigió para su eficacia el cumplimiento de ciertos requisitos. Era indispensable la presencia de las partes; entre ausentes no podía celebrarse la estipulación. Dada su forma oral, estaban incapacitados para realizarla quienes no podían hablar u oír, y tampoco los que no estuvieran en condiciones de entender. Se exigía además, que la pregunta y la respuesta se pronunciaran sin interrupción de tiempo, en un solo acto, y que fueran perfectamente congruentes, sin divergencias de forma, ni de sustancia.

Estos requisitos formales de la Stipulatio fueron perdiendo su rigor, de tal manera que desde fines de la época republicana, la costumbre de acompañar la estipulación con un documento escrito que servía como medio de prueba. Mas adelante, el emperador León del año 472, se tuvieron por válidas las estipulaciones aunque no se hubieran empleado palabras solemnes, llegándose a admitir que el contrato estipulatorio era plenamente eficaz cualquiera que fuera la forma de su realización, oral o escrita, siempre que los contratantes expresaran claramente su consentimiento.

La estipulación tuvo especial aplicación como contrato de carácter accesorio en aquellas relaciones en que los terceros prometían, no en interés personal, sino en el de los sujetos de la relación principal. Así, se constituyeron por la estipulación la Adpromissio y la adstipulatio. La primera, era una promesa por la cual el adpromissor se obligaba accesoriamente al deudor principal en caso de que este no cumpliera la prestación debida. La segunda, era aquella figura en la que el deudor prometía a otra persona la misma prestación debida al acreedor, quedando este autorizado a recibir el pago y aun a reclamarlo con igual eficacia que el acreedor principal.

Las fuentes distinguieron las estipulaciones convencionales, libremente concertadas por las partes, de las necesarias, que eran impuestas por el juez o el pretor como garantía contra los daños o perturbaciones.

La Dotis Dictio:

La promesa verbal y solemne de dote realizada unilateralmente a favor del marido por la mujer sui iuris, por su deudor, por el padre o por un ascendiente paterno.

Se exigía para su perfeccionamiento el empleo de palabras determinadas, usándolas para comprometer la entrega de las cosas muebles o inmuebles, sin que se conozca exactamente cuales fueron sus efectos.

Este contrato perdió vigencia en el derecho posclásico cuando una constitución de Teodosio II del año 428 reconoció valor a la promesa de dote hecha por simple pacto, sin solemnidad alguna.

La Premissio Iurata Liberti:

La declaración unilateral dada bajo la fe de juramento por medio de la cual un liberto se obligaba respecto del patrón a realizar obras o a prestarle determinados servicios.

Era el único caso por el cual, como supervivencia del antiguo derecho sagrado, surgía por el juramento una obligación civil. Consistía en una promesa, confirmada por el juramento, por la que el esclavo manumitido se obligaba hacia el dominus a ejecutar obras y servicios de retribución por la manumisión otorgada.

4. Los contratos literales:

Las convenciones que en roma tenían como elemento esencial y constitutivo la escritura, que se perfeccionaban por escrito, integraban la categoría de contratos literales.

Los Nomina Transcripticia:

Nació en roma de la costumbre de los jefes de familia de registrar en un libro de contabilidad o de cuenta corriente las entradas y las salidas, con lo cual reflejaban con fidelidad el estado de su caja.

Fueron instrumento de novación que ofrecía, sobre la Stipulatio, la ventaja de no exigir la presencia de las partes. Asumieron una doble forma, ya que el contrato podía presentarse como nomina transcripticia a re in personam y como nomina transcripticia a persona in personam.

Había transcriptio a re in personam cuando las partes utilizaban el contrato literal para transformar en obligación literal una obligación de otra naturaleza mediante el procedimiento de la doble anotación en el codex.

Había nomina transcripticia a persona in personam cuando se sustituía un deudor por otro.

Fue al parecer una institución iure civile y, por tanto, no accesible a los peregrinos, que tenía por objeto una cantidad cierta de dinero y engendraba siempre deudas abstractas que podían exigirse por la *condictio certae creditae pecuniae*. El contrato literal pudo ser realizado entre ausentes, pero no era dable someterlo a condición

Los Chirographa y Los Syngrapha:

Eran medios por los cuales podían obligarse los peregrinos.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

El primero, era un documento único, que quedaba en poder del acreedor y probaba el negocio efectivamente realizado por las partes. El segundo, en cambio, se redactaba en doble ejemplar que suscribían los interesados, cada uno de los cuales conservaba uno de ellos. El chirographa era un instrumento estrictamente probatorio, mientras que el syngrapha tenía carácter constitutivo, ya que el propio documento se erigía en causa de la obligación, existiera o no la deuda.

Unidad XV: obligaciones que nacen de los contratos (cont.)

1. Los contratos reales:

El elemento esencial de los contratos reales fue la realización de un hecho positivo que consistía en la entrega de una cosa a uno de los contrayentes, con la obligación de éste de restituirla en el tiempo convenido. Eran convenciones que se perfeccionaban por la entrega o tradición de la cosa en propiedad, en simple posesión o en tenencia.

Respecto de las obligaciones, Gayo solo menciona el mutuo, mediante este contrato una persona, el fiduciante, transmitía a otra, el fiduciario, la propiedad de una cosa con la obligación de este de restituirla en un determinado plazo o circunstancia.

El mutuo:

Se conoció en roma con el nombre de mutuo o préstamo de consumo, el contrato real por el cual una persona, el mutuante o prestamista, entrega en propiedad a otra, el mutuario o prestatario, una determinada cantidad de cosas consumibles con la obligación por parte de esta de restituir otras tantas cosas del mismo genero y calidad. El mutuo fue un contrato unilateral, ya que solo engendraba obligaciones para el mutuario; de derecho estricto, porque las facultades del juez para interpretarlo estaban restringidas a lo expresamente convenido por las partes; se perfeccionaba con la entrega de la cosa; no formal, al no requerir solemnidad alguna, y gratuito, ya que el mutuario no estaba obligado a devolver una cantidad superior a la entregada por el mutuante o prestamista.

El contrato mutuo requería, para su conclusión, la efectiva transferencia de la propiedad de la cosa y así se exigía que el mutuante fuera propietario de los bienes dados en mutuo, no siendo necesario la entrega directa, ya que era suficiente que la cosa fuese puesta a disposición del mutuario.

Este contrato solo podía recaer sobre cosas consumibles o fungibles, es decir, aquellas que carecían de valor individual y que eran susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma especie y calidad, como el dinero, que frecuentemente era objeto de mutuo, los cereales, el vino, el aceite, etc.

Del mutuo solo nacía una acción a favor del mutuante para exigir del mutuario la restitución de la cosa, la actio o conditio certae creditae pecuniae, si el préstamo hubiera sido en dinero; y la conditio certae rei, cuando se trataba de otras cosas fungibles.

El comodato:

El contrato real por el cual una persona entrega a otra una cosa no consumible, mueble o inmueble, para que la usara gratuitamente y después las restituyera en el tiempo y modo convenido, se llamo en roma comodato o préstamo de uso.

Fue el comodato un contrato sinalagmático imperfecto, al no engendrar sino eventualmente obligaciones para el comodante; esencialmente gratuito, porque el uso de la cosa no daba derecho a compensación alguna y la fijación de un precio habría configurado un contrato de arrendamiento; y de buena fe por la amplitud de las facultades del juez para la apreciación de lo convenido por los contratantes.

Para que se perfeccionara el comodato era menester tratándose de un contrato real, la entrega de la cosa, pero, a diferencia del mutuo, ella no implicaba la transferencia de la propiedad, sino la simple detentación. Esto hacia que pudiera dar en comodato quien no fuera propietario, como el arrendatario, el usufructuario, y hasta el que hubiera hurtado la cosa. Objeto del comodato solo podían ser cosas corporales, muebles o inmuebles, in consumibles y no fungibles, pues el comodatario tenía que devolver el mismo e idéntico bien.

El comodato creaba desde su nacimiento obligaciones y responsabilidades para el comodatario, quien debía usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o destino y de conformidad con lo expresamente convenido. Su responsabilidad por la conservación del bien se extendía hasta la custodia, que lo hacia responsable de su hurto por un tercero. Por caso fortuito quedaba exento de responsabilidad.

El comodante contaba para lograr la restitución de la cosa, con la actio commodati directa, que daba lugar a un juicio de buena fe. El comodatario, podía ejercitar la actio commodati contraria por las eventuales obligaciones que el contrato pudiera crear a cargo del comodante como, los gastos extraordinarios que hubiera realizado para conservar la cosa.

El deposito:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

La convención por la cual una persona, entregaba una cosa mueble a otra, para que la custodiase gratuitamente y se la devolviese al primer requerimiento, constituía el contrato de depósito.

Se trataba de un contrato real, que requería la datio de la cosa sin que implicara transmisión de propiedad, sino la simple detentación. Se caracterizaba por su gratuidad, ya que de mediar una compensación surgía la figura del arrendamiento. Era un contrato sinalagmático imperfecto, pues las obligaciones corrían a cargo del depositario y solo en el curso de su cumplimiento podían surgir para el depositante. Además, de buena fe, dada la amplitud del arbitrio judicial para apreciar lo convenido por las partes.

Obligación principal del depositario era conservar la cosa entregada en guarda o custodia, siempre de conformidad con su particular naturaleza. El depositario tenía que abstenerse de usar la cosa, so pena de incurrir en *furtum usus*. Estaba obligado, por fin, a restituir el bien ante el reclamo del depositante, aunque hubiera un plazo convenido, restitución que debía hacerse efectiva con los frutos y accesiones que la cosa hubiera producido durante el tiempo de guarda.

Para exigir el cumplimiento de tales obligaciones, especialmente la concerniente a la restitución de la cosa, contaba el depositante con la *actio depositi directa*. El depositario podía ejercer la *actio depositi contraria* por la eventuales obligaciones que el contrato pudiera generar para el depositante.

El derecho romano conoció figuras especiales de depósito:

Había depósito necesario, llamado también *miserabile*, cuando se constituía en caso de necesidad nacida de una calamidad pública o privada, como un incendio, un tumulto o un naufragio. No siendo libre la elección del depositario, si éste no restituía las cosas entregadas en custodia, era condenado al doble de su valor. Era depósito irregular el que tenía por objeto dinero u otras cosas fungibles que podía consumir el depositario, quien quedaba obligado a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad.

Se presentaba la figura del secuestro cuando el depósito lo hacían conjuntamente varias personas que convenían en que la restitución de la cosa se hiciera efectiva a una de ellas una vez que se verificaran ciertas condiciones, por ejemplo, la finalización de un litigio.

La prenda:

La convención en virtud de la cual una persona, el pignorante, entregaba a otra, el pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla y restituirla cuando el crédito hubiera sido satisfecho.

Elemento constitutivo de la obligación que generaba la prenda era la datio, que transfería la posesión, la que podía ser defendida por interdictos por el pignoratario que, sin embargo, estaba impedido de hacer uso de la cosa, pues incurría en *furtum usus*.

La prenda, se perfeccionaba por la entrega de la cosa de pignorante al pignoratario y de buena fe, dada la amplitud del arbitrio judicial para apreciar lo convenido por las partes, era sinalagmático imperfecto, por cuanto la única obligación que engendraba corría a cargo del pignoratario y consistía en devolver la cosa una vez que se hubiera satisfecho su crédito, pero a la vez podía exigir del pignorante el pago de los gastos necesarios que hubiera realizado en la conservación del bien prendado.

2. Los contratos consensuales:

Las convenciones que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes, aquellas para cuya validez era suficiente la sola voluntad de los contrayentes con independencia de la forma en que esa voluntad se manifestara, integraban en roma la categoría de los contratos consensuales.

La compraventa:

Convención por la que una de las partes, el vendedor, se obliga a transmitir al comprador la posesión de una cosa y asegurar su pacífico goce, en tanto éste asumía la obligación de entregar en propiedad un precio en dinero.

Hay que tener presente que el contrato no implicaba la transferencia de la propiedad de la cosa vendida, sino que generaba tan solo dos obligaciones recíprocas: el vendedor, transmitir la posesión de la cosa, asegurando su pacífico uso y goce; el comprador, transferir la propiedad de dinero que pagaba como precio.

En la compraventa bastaba para su conclusión el solo acuerdo de voluntades de partes. Era bilateral o sinalagmático perfecto, porque engendraba obligaciones recíprocas para ambos contrayentes. Tenía carácter oneroso, ya que cada prestación encontraba su equivalente en la otra, y conmutativo, pues en principio las ventajas que acarrearía eran ciertas para las partes desde el nacimiento de la convención. Era de buena fe.

Para que la compraventa tuviera eficacia se requería la concurrencia de elementos generales necesarios a toda relación contractual (capacidad de las partes y mutuo consentimiento), y otros específicos de esta convención: los concernientes a la cosa vendida y al precio.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Es importante tener presente que a la compraventa podían agregársele algunos pactos, que tenían el efecto de modificar las consecuencias jurídicas ordinarias del contrato. Entre tales pactos se contaron los siguientes:

- El pacto comisorio, por el cual el vendedor tenía derecho a declarar resuelto el contrato y exigir la restitución de la cosa con sus frutos y acrecentamientos, si el comprador dejaba de pagar el precio dentro de los términos o plazos convenidos.
- El pacto de adjudicación a término, que autorizaba al vendedor a reservarse el derecho de rescindir el contrato si dentro de un cierto término hubiera recibido una oferta mejor.
- El pacto de retroventa, que permitía al vendedor reservarse la facultad de readquirir la cosa vendida dentro de cierto plazo por el mismo precio o por otro diferente, ya determinado, ya determinable.
- El pacto de preferencia, por el cual se otorgaba al vendedor prioridad sobre toda otra persona para el supuesto que el comprador decidiera vender la cosa.
- El pacto a prueba, mediante el cual el comprador tenía la facultad de restituir la cosa, si dentro de cierto término no resultaba de su agrado o no le interesaba ya.
- El pacto de no enajenar, por el que el comprador quedaba obligado a no enajenar a persona alguna la cosa adquirida.
- El pacto de reserva de hipoteca, que otorgaba al vendedor el derecho de gravar con hipoteca la cosa enajenada como garantía por el pago del precio o del saldo que adeudara el comprador.

La locación o arrendamiento:

El contrato consensual de locación o arrendamiento, no presentó en roma figuras perfectamente individualizadas, pero merced a construcciones modernas se ha señalado que de las fuentes romanas surgen tres distintas modalidades, a saber: la locación o arrendamiento de cosas, la de servicios y de obra.

Abarcando las tres figuras, puede definirse la locación o arrendamiento diciendo que es el contrato consensual, sinalagmático perfecto, por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio y ella, en cambio, a suministrar a aquella el uso y disfrute temporal de una cosa, o a prestarle determinados servicios, o a llevar a cabo una obra.

Siendo el arrendamiento un contrato bilateral que engendraba obligaciones para ambos contratantes, daba lugar a dos acciones distintas para hacer exigible las respectivas prestaciones: la *actio locati*, que competía al locador, y la *actio conducti*, que se concedía al locatario. La locación era también un contrato oneroso, conmutativo, por cuanto las ventajas que acarrearaba eran ciertas y de apreciación inmediata y de buena fe.

- Locación de cosas. Podía tener por objeto cualquier cosa mueble o inmueble, con tal de que no fuera consumible y, también, el ejercicio de un derecho real sobre una cosa ajena, como el usufructo o la superficie. La principal obligación del locador consistía en entregar la cosa al locatario o ponerla a su disposición para que la usara de conformidad con lo convenido, asegurándole su disfrute durante el tiempo establecido en el contrato, que podía ser determinado o determinable.
El arrendador estaba obligado también a indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que hubiere experimentado si la cosa no era apta para el uso convenido, como si presentara defectos que no fueron advertidos con anterioridad al contrato el que, podía quedar rescindido a petición del arrendatario.
El locatario tenía como principal obligación la de pagar el precio convenido por el arriendo que, tratándose de arrendamiento de un fundo, podía consistir, no en dinero, sino en una parte de los frutos.
- Locación de servicios. La prestación consistía en poner a disposición de otro los propios servicios durante un cierto tiempo, a cambio de una remuneración en dinero. Tenía por objeto servicios de carácter manual análogos a los que prestaban esclavos. Quedaban excluidos de esta relación contractual las profesiones o artes liberales, como la de abogado, del médico, el maestro, que en roma se ejercieron durante mucho tiempo en forma gratuita. En la locación de servicios el locador tenía que realizar personalmente las operae convenidas y de ahí que su obligación no se transmitiera a sus herederos.
- Locación de obra. Era la especie de locación por la que una persona se comprometía a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio en dinero. Objeto del contrato no era el trabajo en sí, sino su resultado, ósea, su producto ya acabado.
El concepto de obra era muy amplio y podía consistir en la transformación, manipulación, reconstrucción, limpieza, transporte de la cosa y hasta en la instrucción de un esclavo.
El pago del precio había de hacerse, de no mediar convención en contrario, a la conclusión de la obra.

La sociedad:

La convención en virtud de la cual dos o más personas, se obligaban recíprocamente a poner en común ciertas cosas, bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad igualmente común, llamabase en roma sociedad.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

La sociedad era un contrato sinalagmático perfecto, de buena fe, oneroso y conmutativo, que requería para su formación la presencia de ciertos elementos esenciales. Entre ellos se contaban la reunión de dos o más personas con intención de constituir una sociedad, sus recíprocas aportaciones y un objeto común y lícito.

Elemento primordial, que hacía a la esencia de la sociedad, era la voluntad o intención común de los socios de darle nacimiento y mantenerla como tal.

Se exigía también que cada contratante cumpliera la obligación de efectuar las aportaciones prometidas. Uno podía aportar bienes y otras prestaciones de trabajo. Los bienes aportados podían consistir en cosas, créditos o uso de cosas. Si el aporte era de cosas, tenía que transmitirse su dominio por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*.

El interés común de los contratantes se exteriorizaba por la participación que debía corresponderles en las ganancias y las pérdidas, lo cual no era óbice para que se distribuyeran en diversas medidas, según los términos del contrato.

El derecho romano reconoció la existencia de diversas clases de sociedad. Así, atendiendo a la índole de las aportaciones, podían ser: *societas rerum*, si se aportaban bienes; *societas operarum*, cuando se ponían en común actividades y *mixtae*, si ambas cosas.

Teniendo en cuenta la extensión de los aportes, se dividían en *societas omnium bonorum*, cuando los socios cedían su patrimonio con todos los bienes presentes y futuros, y *societas unius rei*, si las contribuciones eran de cosas determinadas y efectuadas en vista a una sola actividad. De acuerdo con el fin que persiguieran los contratantes, se clasificaban en *societates quaestuariae* y *non quaestuariae*, según tuvieran o no por objeto obtener lucro de los negocios sociales.

Mediante la acción de buena fe, la *actio pro socio*, se hacían valer las obligaciones recíprocas de los miembros de una sociedad, se trataba de una acción de rendición de cuentas.

Causas de extinción de la sociedad fueron las siguientes: *ex personis*, por muerte o *capitis diminutio* máxima o media de uno de los socios; *ex rebus*, por la pérdida o declaración de inercialidad de la cosa objeto de la sociedad y por hacerse agotado su fin o tornado ilícito; *ex voluntate*, por acuerdo común de los socios o por renuncia no intempestiva ni dolosa de uno de ellos y por haber expirado el plazo; *ex actione*, por transformación de la sociedad mediante *stipulatio* o por el ejercicio de la *actio pro socio*.

El mandato:

La convención en virtud de la cual una persona, el mandatario o procurador, se obligaba a cumplir gratuitamente el encargo o gestión encomendada por otra (el mandante) y que atañía al interés de éste o de un tercero, constituía el contrato de mandato.

El mandato, que fue un contrato consensual y de buena fe, se caracterizaba además por ser bilateralmente imperfecto y gratuito. Era bilateralmente imperfecto porque implicaba una obligación esencial a cargo del mandatario, cual era la de ejecutar la gestión en los términos convenidos, pero a la vez podía producir incidentalmente obligaciones a cargo del mandante.

Objeto del mandato podía ser cualquier gestión, siempre que no fuera ilícita, inmoral o contraria a las buenas costumbres, ya consistiera en el cumplimiento de una actividad jurídica, como adquirir o vender, presentarse en juicio, etc.

El mandatario estaba obligado a cumplir fielmente el mandato, no excediéndose de los límites de las instrucciones recibidas. Estaba obligado a entregar a todas las adquisiciones logradas, transfiriendo el dominio de las cosas con sus frutos respectivos. Tenía, asimismo, que restituir lo no gastado, así como los intereses que hubiera percibido debiendo, por fin, rendir cuentas de manera que nada quedase en su beneficio.

Del contrato de mandato nacían dos acciones, la *actio mandati*, a favor del mandante contra el mandatario, y la *actio mandati contraria*, para que el mandatario demandara al mandante.

Por lo que respecta a la extinción del mandato, podía tener lugar por causas nacidas voluntariamente, ya por acuerdo de partes, por decisión unilateral; o por causas necesarias, ajenas a la voluntad de los contratantes.

Unidad XVI: obligaciones que nacen de los contratos innominados, cuasicontratos y pactos.

1. Contratos innominados:

Concepto:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Podemos definir diciendo que son relaciones, no sancionadas por el derecho civil, en las que una de las partes ha entregado a la otra una cosa o ha realizado a su favor una prestación de distinta índole, y ésta a su vez, se ha obligado a realizar, en cambio, otra prestación convenida. Eran convenciones que producían obligaciones y se transformaban en contrato cuando una de las partes había cumplido la prestación a la cual se había obligado, momento en que el otro contratante tenía que cumplir su respectiva contraprestación.

La obligación nacía de la prestación ejecutada por un sujeto; pero se diferenciaban de ellos, no solo por su origen histórico, sino especialmente porque tenían por fin obtener una cosa distinta de la entregada y hasta otra prestación de cualquier naturaleza.

La designación de innominado deriva de la falta de nombre particular de la acción que tutelaba a cada contrato innominado.

Las diversas hipótesis de estos contratos fueron reunidas en un fragmento del digesto atribuido a Paulo en 4 grupos, atendiendo al diferente contenido de la recíprocas prestaciones a que podían obligarse las partes:

- Doy para que des.
- Doy para que hagas.
- Hago para que des.
- Hago para que hagas.

En la época post clásica, en la compilación Justiniana, se dotó a los contratos innominados de una acción general encaminada a obtener la contraprestación debida o a procurar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, cuando el cumplimiento de la obligación fuera imposible. Esta acción recibió el nombre de *actio praescriptis verbis*, que hizo que los contratos innominados integraran el sistema contractual romano, la parte que había cumplido la prestación tenía la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo obligacional, alternativa que no se ofrecía en los contratos nominados.

Formulas clásicas:

Los contratos innominados pueden reducirse a 4 formulas clásicas atribuidas a Paulo:

- Doy para que des. En la que la prestación anticipada es un *dare* y la esperada es otro *dare*, como ocurre en el caso de la permuta.
- Doy para que hagas. En la que la prestación adelantada consiste en una *dare* y la esperada en un *hacer*, como en el caso del que dio dinero a otro para que manumitiera a un esclavo.
- Hago para que des. En la que la prestación cumplida consiste en un *facere* (hacer) y la esperada en un *dar*. Un ejemplo estaría dado por quien acordó denunciar donde se escondía el esclavo ajeno fugitivo a cambio de una compensación en dinero.
- Hago para que hagas. En la que tanto la prestación anticipada como la prometida a cambio consisten en un *facere*. Esta formula encuadraría en el caso de las manumisiones recíprocas, y de quienes acordaron cobrar a sus recíprocos deudores o edificar uno en el fundo de otro y viceversa.

Principales figuras:

Los más importantes fueron:

- *Aestimatum* (contrato estimatorio). Los comentaristas designan el contrato por el cual una persona entrega a otra una cosa para que la venda por un precio estimado y le entregue el precio fijado o se la devuelva intacta si no consigue venderla. Era común entre los comerciantes mayoristas que entregaban a los vendedores ambulantes mercaderías para que la vendieran por un precio determinado que oportunamente debían entregarle. Si la cosa era vendida por un precio menor al estimado, se respondía por el importe de la estimación, pero si se obtenía un precio mayor, quien la había vendido se quedaba con la diferencia.
- *Precarium* (precario). Era un contrato en virtud del cual una persona cedía a otra, a ruego de esta, el uso de una cosa para que la usara y la devolviera al primer requerimiento. El precario tiene semejanza con el comodato y con la locación en tanto permite al precarista la utilización de la cosa dada en precario, que podía ser mueble o inmueble, pero se diferenciaba por una parte en que el precarista no era tenedor como el comodatario y el locatario sino poseedor, por otra parte en que el precario era plenamente revocable por el puro arbitrio del concedente.
- *Permuta* (permutario). Era un contrato en virtud del cual una de las partes entregaba la propiedad de una cosa a la otra y ésta, a su vez, se obligaba a transferir a aquella la propiedad de otra cosa. Las partes reciben el nombre de permutantes. No obstante su afinidad con la compraventa, se diferencia de esta desde distintos puntos de vista. En la compraventa hay cosa y precio, en la permuta el cambio se da entre cosa y cosa; la compraventa es un contrato consensual, en cambio la permuta requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa; en la compraventa el vendedor transfiere al comprador la

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

posesión de la cosa, en cambio en la permuta los permutantes se transfieren la propiedad de ella, por cuya razón no puede darse la permuta sobre cosas ajenas; finalmente de la compraventa surgían obligaciones para ambas partes, en cambio en la permuta solo estaba obligado el permutante que había recibido la prestación del otro.

Remedios jurídicos:

Aunque no fundada en el contrato sino en el enriquecimiento sin causa, la parte que había anticipado la prestación podía intentar la *condictio ob rem datam* para obtener la devolución de la prestación adelantada, siempre, que ello fuese posible.

Es dudoso si la *condictio* podía intentarse cuando quien había recibido la prestación de la otra parte no podía cumplir la que estaba a su cargo por haberse hecho imposible por caso fortuito.

Es cuestión controvertida si la restitución podía pedirse aun antes del incumplimiento de la otra parte, es decir cuando éste se disponía a cumplir. Como tal facultad parece repugnar a la idea de contrato, algunos entienden que solo era aplicable a los casos espaciales a los que los textos se refieren de entrega de dinero para la realización de un viaje o para la manumisión de un esclavo.

Además de la *condictio*, la parte que había cumplido, ante el incumplimiento de la otra, podía intentar la *actio praescriptis verbis* para exigir el cumplimiento de la prestación debida. Se trataba de una acción de buena fe que autorizaba al juez a tener en cuenta la intención de las partes y las reglas de equidad.

2. Los pactos:

Pacta nuda y pacta vestita:

Pacto era el simple acuerdo de voluntades, carente de forma y que no reconocía ninguna de las causas a las que la ley concebía poder generador de obligaciones.

Estos, en principio, no generaban obligaciones protegidas con una acción por lo que son llamados pactos desnudos (*nuda*). Por contraposición a los desprovistos de acción, estos pactos pretorianos y legítimos integraban la categoría de los pactos vestidos (*vestita*).

Tales pactos podían ser parte de un contrato y podían ser concebidos de dos maneras: *in continente*, es decir celebrados al mismo tiempo que el contrato al que estaban vinculados, o *ex intervallo*, o sea concluidos después que el contrato.

3. Pactos pretorianos:

El pretor llegó a proteger con una *actio in factum* a ciertas convenciones que denominamos pactos pretorianos.

Juramento:

Era el convenio celebrado entre dos personas entre las cuales había una relación jurídica controvertida, en virtud del cual acordaban que para definirla, una se remitiría al juramento de la otra. Podía darse tanto judicial como extrajudicialmente.

Por ejemplo, entre quien sostenía ser acreedor de otro que negaba tal circunstancia, el pretendido acreedor podía decir a su presunto deudor: jura que no debes y te creeré.

Constituto:

Era la promesa de pagar, dentro de cierto tiempo, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, que ya adeudaba el promitente o que debía un tercero. Los efectos de la promesa se supeditaban a la existencia de la obligación en cuya virtud se formulaba, sin importar que estuviera ella amparada por una acción civil o Pretoria.

Recepta:

Se indica una Asunción no formal de responsabilidad o garantía de un cierto resultado. En el edicto pretoriano se agruparon bajo el título de *receptis* 3 casos de pactos unidos de acción:

- *Receptum arbitri*. Es la convención por medio de la cual una persona se comprometía a actuar como arbitro en la resolución de una controversia que mantenían otras dos.
- *Receptum argentarii*. Es el pacto mediante el cual un banquero se comprometía con su cliente a pagar la deuda que éste mantenía con un tercero. Constituía un eficaz medio para la ejecución del comercio

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

internacional, ya que permitía celebrar operaciones a la distancia, sirviéndose del concurso de las sucursales o agentes del banquero.

- *Recepta nautarum, couponum, stabulariorum*. Mediante este pacto, los capitanes de barcos, dueños de posadas o de establos se comprometían a devolver sin deterioro alguna de las cosas que les hubieran sido confiadas por los pasajeros para que estuvieran a salvo.

4. Pactos legítimos:

Se denominaban legítimos los pactos que fueron sancionados por los emperadores.

- **Pacto de dote.** La convención de constitución de la dote no podía ser fuente de obligaciones salvo que se hubiere incluido en un contrato formal. Pero a partir de la constitución de Teodocio y Valentiniano del 428 fue considerada obligatoria por el simple acuerdo de voluntades.
- **Pacto de donación.** De la misma manera que la dote, la de donación no era fuente de obligaciones si no había sido comprendida en un contrato formal. Antonio Pío habría concedido fuerza obligatoria al simple pacto de donación celebrado entre ascendientes y descendientes.
- **Pacto de compromiso.** Era el pacto por el cual dos personas se obligaban a confiar en la decisión de una controversia a la decisión de uno o más árbitros designados por ellas.

5. Pactos agregados a un contrato:

Constituían convenciones de las partes tendientes a modificar algún aspecto del contrato, celebradas en el mismo momento o después, para agravar alguna obligación o para aligerarla. Originalmente no había otras manera de dar eficacia a estos pactos que hacerlos objeto del contrato mismo, con la aparición del procedimiento formulario, la situación comenzó a cambiar.

- **Pactos agregados a un contrato de buena fe.** El pretor concedió la *exceptio pacti* a favor de quien fuera demandado sin tener en cuenta el pacto celebrado fuese *in continente* o *ex intervallo*. La jurisprudencia llegó incluso a considerar sobreentendida la *exceptio pacti* en los contratos de buena fe, por lo que ni siquiera fue necesario hacerla incluir en la fórmula.
Tratándose de pactos que hacían más gravoso el contrato de buena fe, cabe distinguir según hubiesen sido celebrados *in contenti* o *ex intervallo*. Los primeros fueron considerados como parte del contrato mismo y, por tanto, exigibles con la acción del contrato.
- **Pactos agregados a un contrato de derecho estricto.** La jurisprudencia llegó a admitir que los pactos agregados a un contrato de derecho estricto fuesen parte de él y, por tanto, dotados de la misma obligatoriedad, cuando tenían por fin aligerar las obligaciones. En cuanto a los que agravan la situación del deudor, habiendo sido concebidos *in continenti*, la jurisprudencia llegó a admitirlos, salvo en materia de intereses en los préstamos de dinero. Los celebrados *ex intervallo* no producían ningún efecto.

6. Donación:

Concepto y requisitos:

Puede decirse que la donación entre vivos es una liberalidad, un principio irrevocable, en virtud de la cual una persona, llamada donante, se despoja en vida de una cosa o de una ventaja apreciable en dinero, de manera gratuita y voluntaria, en provecho de otra persona, llamada donatario.

La donación esta compuesta de los siguientes requisitos:

- Debe determinar una disminución en el patrimonio del donante y un aumento en el del donatario, es decir, un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento correlativo del donatario. Tampoco hay donación cuando se renuncia a la herencia, ya que en tal caso habrá falta de adquisición pero no pérdida patrimonial.
- Es menester que la donación sea voluntaria, es decir libremente dispuesta por el donante. Si el acto es ejecutado en cumplimiento de una obligación legal, como ocurre en el caso de la prestación alimentaria, no hay donación pues falta el *animus donando*.

Es asunto controvertido entre los romanistas si la donación requiere la aceptación del donatario. Es evidente que es necesaria cuando la donación se hace mediante un acto que exige su concurso. Pero tal aceptación no es necesaria cuando el negocio no exige la participación del donatario, como sucede cuando se paga *animus donandi* la deuda ajena sin saberlo el deudor o se extingue voluntariamente una servidumbre; la aceptación de donatario consiste en el simple concurso de su voluntad, sin requerir la aceptación formalidad alguna.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Finalmente la donación entre vivos es en principio irrevocable. Ellos significa que, salvo los casos de excepción autorizados por la ley, no puede ser arbitrariamente dejada sin afecto. Se diferencia así de la donación mortis causa que es revocable.

7. Casos especiales de donaciones Inter. vivos:

En sentido estricto, la donación inter vivos comprendía los actos gratuitos de disposición, concluidos en vida del donante y del donatario, por los cuales aquel evidenciaba la intención de beneficiar a éste sin esperar compensación alguna. Tales negocios jurídicos, en los que una persona enriquecía a otra sin tener en vista una contraprestación, fueron miradas con desconfianza por la legislación romana.

Tales restricciones consistieron en tres clases de medidas: reducir la cuantía de las donaciones (lex cincia), exigir formalidades especiales (insinuatio) y prohibirlas en determinados supuestos (entre cónyuges).

La ley cincia, el impedimento no operaba respecto de ciertas personas, como los parientes del donante dentro del quinto grado, los cónyuges y novios, algunos afines, el patrono cuando el esclavo o el liberto le hacían donación y el pupilo favorecido por el tutor. Esta ley, fue sin embargo, una ley imperfecta, ya que no llevaba aparejada ni la nulidad de la donación realizada en violación de sus principios, ni pena para el trasgresor. La eficacia de la prohibición contenida en la ley sólo era asegurada, en alguna medida, por vías procesales, porque probablemente se denegaba al donatario la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la donación.

Constantino revistió a esta ley de requisitos formales, que consistieron en la redacción de un documento y en la transcripción de él ante la curia de la ciudad o ante el presidente de la provincia.

Cuando la donación tenía por objeto recompensar al donatario servicios que éste hubiera prestado al donante, se estaba en presencia de una donación remuneratoria.

Las donaciones modales o sub modo eran aquellas en las que el donante imponía al donatario un cargo que debía soportar o ejecutar en beneficio del autor de la liberalidad o de un tercero. El cargo no podía igualar el valor de la donación, ni menos aun superarlo.

8. Cuasicontratos:

Gestión de negocios:

Hay gestión de negocios cuando una persona administra uno o varios negocios de la otra, sin que medie consentimiento de ésta. Supone varios requisitos:

En primer lugar es menester un elemento de hecho, consiste en la realización por parte del gestor de un acto o una serie de actos, que pueden tener contenido variado ya que pueden ser materiales (reparación de una casa) o jurídicos (celebrar un contrato).

En segundo término es necesario que el gestor obre espontáneamente y sin saberlo el dominus, pues de lo contrario habría mandato.

Es posible que el gestor actué en contra de la voluntad del dueño del negocio, pero en tal caso carece de acción para hacerse indemnizar, por los gastos posteriores a la prohibición.

En tercer lugar es necesario que el gestor obre en interés del dominus, ya que si tiene en miras el interés propio no puede obligarlo más que en la medida en que hubiera resultado enriquecido.

En cuarto término, es necesario que haya en el gestor la intención de crear una relación obligatoria.

Por último, la gestión debe ser útil al dominus, lo que significa que deba haber sido necesaria aunque el resultado final no haya sido en definitiva el esperado.

Efectos:

- Obligación del gestor. El gestor debe, ante todo y aunque el dominus haya muerto, ejecutar y concluir la gestión que hubiese encarado. Está obligado, además, de rendir cuentas y restituir todo lo que hubiese recibido para el dominus, con sus frutos e intereses. Para exigir el cumplimiento de las obligaciones del gestor, el dueño dispone de la actio negotiorum gestorum directa,
- Obligaciones del dueño del negocio. Debe rembolsar al gestor el importe de los gastos que hubiese realizado en la gestión y liberarlo de las obligaciones que por tal causa hubiere contraído.

Enriquecimiento injusto:

Se entiende por tal un incremento patrimonial fundado en una causa no recocida por el derecho, que determina una consiguiente disminución en el patrimonio del otro.

Es menester que haya ocurrido sin asentimiento del empobrecido. Finalmente, es necesario que no exista una causa que justifique tal enriquecimiento de uno a expensas de otro.

Efecto:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- **Condictio causa data causa non secuta.** Fue aplicable a otros casos en que no había prestación esperada de quien recibía sino cualquier otra cosa futura en cuya virtud algo se había dado, como en el caso de la dote constituida en vista de un matrimonio luego no celebrado.
- **Condictio ob turpem causam.** Servía para obtener la restitución de una prestación cumplida en virtud de una causa deshonrosa sólo para quien la recibió.
- **Condictio ob iniustam causam.** Servía para obtener la restitución de la prestación cumplida en virtud de una causa ilícita. Como en el caso del pago hecho de lo prometido mediante estipulación verificada por la fuerza o de los intereses usurarios.
- **Condictio furtiva.** La intentaba la víctima del hurto.
- **Condictio indebiti.** Servía para lograr la repetición de lo pagado indebidamente, si se había hecho por error de hecho o de derecho excusable, y sin que mediara mala fe de quien lo había recibido.
- **Condictio sine causa.** Para los demás casos de empobrecimiento y enriquecimiento correlativos que no diesen lugar a otras condiciones, ello ocurría cuando la prestación se había cumplido en virtud de una causa errónea.

Comunidad incidental:

Cuando varias personas resultan copropietarias de una o más cosas, sin que medie contrato en tal sentido, es decir cuando se encuentran en un estado de comunidad incidental, surgen de ellas obligaciones que se consideran quasi ex contractu.

Es un estado similar a la sociedad, resultando las mismas obligaciones para todos los comuneros: una de ellas resulta del estado de indivisión y se da seriamente; la otras pueden o no darse.

La obligación que existe necesariamente es la de dividir la cosa común cuando cualquiera de los copropietarios la pida. La partición podía lograrse de manera amistosa extrajudicialmente o en virtud de sentencia judicial. A este efecto, podía echarse mano a la *actio communi dividundo* (acción de división de cosas comunes, o a la *actio familiae erciscundae* (acción de división de herencia). También la *actio finium regundorum* (acción de fijación de límites).

También cabe la obligación de rendir cuentas del encargado de su administración, quien debe entregar a las demás partes los frutos que les corresponden y tiene derecho a requerirles la contribución pertinente por los gastos necesarios y útiles.

Unidad XVII: la sucesión en general.

1. La sucesión:

Concepto e historia de la sucesión romana:

Hay sucesión cuando un derecho, o suma de derechos, son transmitidos de una persona a otra, extinguiéndose para la primera del momento mismo que se opera la transmisión.

Cuando la transferencia se produce en virtud de la muerte de quien fuera el primitivo titular, se trata de sucesión *mortis causa*, por el contrario, si no hay fallecimiento, se denomina *inter vivos*.

La sucesión *inter vivos* puede ser a título universal, cuando se transmite todo el patrimonio de una persona. Puede ser también a título singular, cuando es constituido por algún o algunos derechos o bienes.

De manera similar, la sucesión por causa de muerte puede verificarse también a título universal y singular. En la primera, el heredero adquiere íntegros los derechos y el patrimonio del difunto, continuando su persona. Si los herederos son varios, cada uno de ellos sucede al cesante en una parte indivisa, lo que implica que todos son sucesores en cada uno de los derechos y obligaciones transmitidas, en proporción a su parte en la herencia.

La sucesión *mortis causa* puede operarse con un testamento, y si el causante no dejó ninguno, por *ab intestato* o sea sin testar.

Por último, cuando la sucesión por causa de muerte no comprende la totalidad de los derechos y obligaciones de que era titular el causante sino una parte de ellos, la sucesión es a título singular. Estamos ante un legado.

En la sucesión testamentaria en tiempos de derecho civil, el derecho romano otorgó a el pater la más absoluta libertad de testar, esto le permitía instituir uno o varios herederos, atribuir el patrimonio a persona ajenas a la familia y hasta excluir a quienes tuvieran derecho de heredarle.

El testamento en la primera época aparece como un negocio jurídico de la mayor trascendencia, al punto que era deshonroso para un ciudadano romano morir sin haber testado. Como consecuencia, el testamento debía ajustarse a solemnidades extremas, como que se lo hiciera ante el pueblo en comicio o ante el ejército en pie de guerra, o bien por la *mancipatio*.

Estas solemnidades fueron perdiendo su rigor. El desarrollo de la economía, la amplitud de los negocios, determinaron la aparición de limitaciones a los poderes atribuidos al jefe de familia. Primero se impusieron restricciones formales y más tarde otras de convenio sustancial o derecho de legítimas. Con las innovaciones del

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

derecho pretoriano, se agregan las impuestas por el derecho post clásico que se conoce el testamento publico, otorgado ante un funcionario municipal o judicial, y el testamento privado que, libre de formalidades, puede ser escrito u oral.

2. La hereditas y la bonorum possessio:

Así como en roma coexistieron preceptos del derecho civil con otros del derecho honorario, así también se habla en materia sucesoria de hereditas (civil) y bonorum possessio (pretorio).

Cuando una persona fallece, todos los bienes, derechos y obligaciones de que era titular conformaban una universalidad jurídica que pasa, con el nombre de hereditas al heredero.

Pero a medida que el pretor fue delineando y afirmando sus funciones, fue haciéndose mas frecuente que las personas a quienes les correspondía el carácter de herederos se apresurasen a comparecer con el pretor, a fin que éste les otorgase la posesión de los bienes que conformaban el acervo hereditario, así nació la bonorum possessio.

Así logro haber poseedores de bienes hereditarios que eran también herederos del derecho civil y también herederos que no lo eran para el derecho civil. En éste último caso adquirían tal carácter con un año ininterrumpido de posesión por prescripción adquisitiva o usucapión.

3. Clases de bonorum possessio:

La bonorum possessio edictalis se concedía en los casos previstos por el edicto y de pleno derecho mediante la presentación de un simple libelo.

La bonorum possessio decretalis se otorgaba como consecuencia del imperium del magistrado en hipótesis no prefijadas por el edicto y exigía un previo conocimiento de la causa. La posesión de los bienes se daba solo provisoriamente como en el caso de la bonorum possessio ventris nomine, concedida a la madre viuda que había quedado embarazada; la bonorum possessio furiosi nomine, otorgada a petición del curador del demente, y la bonorum possessio ex edicto carboniano, que se confería al hijo impúber cuya legitimidad era discutida, mientras duraba la controversia.

Otra clasificación que entendía a lo efectos, distingue la bonorum possessio cum re, de la sine re. El bonorum posesor a quien el pretor sostenía como tal, tenía el cum re; en tanto que si su posesión era meramente provisional y mantenida mientras no apareciera el heredero civil, contaba con una sine re. Esas dos formas de bonorum possessio reflejaron la labor del pretor en materia sucesoria.

Por ultimo, según el modo como se la defería, podía ser testamentaria, intestada o forzosa. Esta última especie operaba como una defensa por el pretor a favor de aquellos herederos que siendo reconocido como tales por el edicto, hubieran sido omitidos o desheredados sin justa causa por el testador.

4. Momentos en la adquisición de la herencia:

Existen dos momentos en el proceso de adquisición de una herencia: el primero, cuando la misma es diferida al eventual heredero, cosa que tiene lugar al fallecer el causante. Tal momento recibe el nombre de delación. Y el segundo, cuando el sucesor acepta, cosa que se denomina adición.

5. Herencia yacente:

Entre la delación y la adición, media un lapso mediante el cual el eventual heredero voluntario, se encuentra haciendo uso de su ius deliberandi, lapso durante el cual la herencia, que se encuentra sin titular, se denomina yacente.

Materialmente se trata de una universalidad de bienes que no tiene dueño, y es jurídicamente una unidad la cual, por imperio de una ficción, se considera representando a su anterior titular como si éste todavía viviese.

6. Acción de separación de patrimonios, beneficio de inventario, petición de herencia:

La aceptación, de herencia con beneficio de inventario, está concedida en beneficio del heredero, a quien se permite pagar las deudas del causante únicamente con los bienes del acervo hereditario, dejando a salvo su propio patrimonio.

Las formalidades a cumplir eran las siguientes: el heredero debía, cuando conocía la delación, inmediatamente comenzar un inventario que debía finalizarse dentro de los 60 días. Luego realizaba el activo, vendiendo los bienes de la sucesión y descontando los gastos de conservación efectuados. Con el producido pagaba las deudas y legados, guardando el remanente. Si el saldo fuese deudor, no respondía mas que con el resto de la liquidación del activo, quedando a salvo sus propios bienes y patrimonio.

7. Acción de división de herencia:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Actio familiae erciscundae, así se denomina a la acción que tenían los herederos para solicitar judicialmente la división de las herencias de las que eran cotitulares. La misma concluía con la adjudicación de la propiedad a cada uno de los coherederos, de la porción que en definitiva les haya correspondido.

8. Colación:

Se operaba cuando, habiendo más de un heredero, alguno de ello se veía en la obligación de reintegrar a la masa hereditaria bienes originalmente de ésta, percibidos con anterioridad por algún otro concepto a título gratuito, a fin que fuesen conjuntamente repartidos con la herencia entre los coherederos.

9. Derecho de acrecer:

La regla vigente en materia sucesoria fue que la falta de alguna de las personas llamadas a heredar, por ejemplo por haber muerto o haber rechazado la herencia, beneficia a las demás, en las mismas proporciones en que ellas habían sido llamadas a la sucesión.

El acrecentamiento se operaba de pleno derecho, beneficiando asimismo a los sucesores del heredero que había hecho adición.

Sucesión testamentaria:

10. Conceptos generales. El testamento:

Concepto:

Ulpiano lo define: la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte.

Modestino lo define: una legítima disposición de nuestra voluntad, en cuanto a lo que queremos que se haga después de nuestra muerte.

Pero ambas definiciones son deficientes, ya que no mencionan en absoluto el requisito de la institución del heredero, considerado indispensable para que un testamento fuese válido. Sería más acertado afirmar que: testamento es la declaración de voluntad por la cual designamos la persona o personas que deben sucedernos en calidad de herederos.

Las características del testamento romano fueron:

- Era un acto del derecho civil, o sea solo a ciudadanos romanos.
- Era un acto personalísimo.
- Era un acto formal y solemne.
- Era un acto unilateral.
- Era un acto mortis causa.
- Era un acto esencialmente revocable.

11. Formas de testar:

En el derecho civil:

Las más antiguas formas de testar receptadas en las XII tablas fueron dos: ante los comicios calados en tiempos de paz e in procinctu en épocas de guerra.

Se testaba ante los comicios calados (llamados) a tales fines con el son de un instrumento especial. Este comicio se formaba por curias, y aprobaba el testamento de cada ciudadano a moción del pontífice máximo. Pero tenían un inconveniente. Se convocaba solo dos veces al año, razón por la cual si en el intervalo se desataba una guerra, el ciudadano que no había testado corría el riesgo de fallecer sin haber hecho testamento.

De esta manera nació el testamento in procinctu, forma de testamento militar. El mismo tenía lugar antes de partir a la guerra, o antes de celebrarse el combate, y se realizaba con la manifestación oral del soldado desprovista de formalidades y dirigida a los compañeros más cercanos. Cayó en desuso en la época de Cicerón.

A causa de las dificultades que traían estas formas de testar se llegó a aplicar las herencias mediante actos entre vivos y se utilizaba el siguiente procedimiento: el testador enajenaba todos sus bienes presentes y futuros por medio de la mancipatio a favor de otra persona denominada familiae emptor, la cual se convertía en propietaria de los mismo a la muerte del testador, pero debía disponer de ellos conforme a las instrucciones que dejaba el causante en el acto de transmisión. Esta forma de testar se denominaba por el cobre y la balanza, per aes et libram. Tenía lugar en presencia de 5 testigos, que representaban a las 5 clases que dividían el pueblo romano, y

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

a un funcionario que portaba la balanza, en la cual se pesaba un trozo de cobre con que figuradamente se pagaba la adquisición.

A fines de la época republicana esta forma de testa sufre modificaciones. La mancipatio ya no comporta una enajenación, puesto que quien compra el patrimonio no lo adquiriese sino a título de depósito, para ejecutar las últimas disposiciones del causante entregándolo al verdadero heredero. Cayo en desuso la mancipatio y bastando la nuncupatio, manifestación verbal que hacia el testador realizado ante 7 testigos.

En el derecho pretorio:

Con la simplificación de las formalidades, el pretor abandono la mancipatio. Así, en tiempos de cicerón, el magistrado daba la bonorum possessio a quien exhibía un testamento redactado sobre tablillas con el sello de 7 testigos.

Sin embargo, el testamento pretorio no invalidaba un testamento civil, ni enervaba los derechos de los herederos legítimos que habrían recibido la sucesión ab intestato en caso de no existir aquel.

En el derecho imperial:

Es conocido bajo el nombre de tripartitum, designación que alude a las 3 fuentes que contribuyen a formarlo: el derecho civil antiguo, el derecho honorario y las constituciones imperiales.

Había entonces testamento público y privados, pudiendo ser los últimos orales y escritos.

En los testamentos privados, el testador redacta su disposición de última voluntad sobre tablillas que presenta luego a 7 testigos, cada uno de los cuales firma al pie, al igual que el testador. Luego las tablillas se cierran por completo, y cada testigo pone su sello y escribe su nombre.

Hay aquí disposiciones del derecho civil (presencia de testigos), del pretorio (número de testigos, los sellos y nombre), y de las constituciones imperiales (la firma).

Subsistió asimismo, en el ámbito privado, el testamento oral, para el cual solo era requerido que el testador manifestase verbalmente ante 7 testigos la expresión de su última voluntad.

En los testamentos públicos, podían extenderse por medio de acta suscripta ante el juez o la autoridad municipal. También se los podía redactar en forma privada, y presentarlos después ante el príncipe o el oficial del archivo publico a los fines de la protocolización e inserción en el mismo.

Existieron también formas extraordinarias de testar:

- Testamento militar. Otorgado por el soldado durante la campaña, cosa que podía hacerse validamente por cualquier medio, con tal que hubiese tenido lugar seriamente: con la punta de la espada en al arena, con la sangre en un escudo o roca, etc. Este solo tenía validez durante la campaña o 1 año después de ésta.
- Testamento en época de peste. El cual no exigía los 7 testigos por el peligro de contagio.
- Testamento en el campo. Era valido si era hecho ante 5 testigos, dada la dificultad de conseguirlos en zonas rurales despobladas.
- Testamento del ciego y el analfabeto. Para los cuales era necesaria la presencia de un oficial publico, bien de un octavo testigo en los supuestos que dicho oficial público no podía hacerse presente.
- Testamento a favor de los hijos. Era solo necesario que el testador escribiese de puño y letra el nombre de los herederos instituidos, la porción de la herencia y la fecha.

12. Contenido del testamento e institución del heredero:

Para el contenido, mas propiamente la institución del heredero, se exigía la observancia de determinadas formulas verbales y un orden en cuanto al lugar en que debía consignarse.

Desde que el testamento mancpatorio exigió formalmente la institución de heredero, todas las disposiciones dependían de ésta que pasó a ser en encabezamiento y medula de todo testamento. Debía contener dicha cláusula a su comienzo, ya que si le precedían otras disposiciones se tenían por no escritas. Llego a permitirse el uso de la lengua griega en vez de la latina, también se admitió cualquier forma de expresión, sin importar el lugar que ocupara en el instrumento (constitución de Constantino).

La institución de heredero podía referirse a una sola persona o bien asignar a varios cuotas distintas de la herencia. La institución del heredero en una cosa cierta y determinada era contraria a la esencia de la sucesión a título universal. No obstante, para mantener la vigencia del testamento se consideraba valida la institución, suprimiendo su delimitacion a cosa cierta. Si el testamento contenía una sola institución de esta especie, el instituido se consideraba heredero único. Si había varios herederos instituidos, todos lo eran por partes iguales, pero cada uno adquiría la cosa a él atribuida.

13. Capacidad para testar y para ser heredero:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Testar:

Los romanos llamaban testamenti factio, tanto a la capacidad necesaria para testar, cuanto para ser instituido heredero.

Principio general es que, tiene capacidad para disponer de sus bienes por testamento todo hombre libre, ciudadano romano y sui iuris, que a la vez sea púber y capaz de hecho. Los incapaces de hecho no pueden testar.

La capacidad para testar se analiza al momento de la muerte del testador, de manera que el testamento hecho por un incapaz se juzga valido si el mismo deviene luego capaz, y permanece en esa condición hasta el momento de su fallecimiento.

La ley conrnelia instituyo una ficción por la cual, si un ciudadano era tomado prisionero en guerra y moría en esa condición, se lo consideraba muerto en el momento de la captura, con lo que permanecía valido el testamento que hubiese otorgado.

Herederro:

Solo puede ser instituido heredero quien ostente el testamenti factio pasivo. Quienes no podían serlo eran los esclavos, a menos que se lo manumitiera en el testamento; los peregrinos, las personas inciertas, los dioses, los municipios. Las mujeres no podían ser normadas herederas de fortunas superiores a los 100000 aces.

Para juzgar la capacidad del heredero debemos considerar 3 momentos fundamentales: al hacerse el testamento, al fallecer el testador (delación), y al aceptarse la herencia (adición). Dicha capacidad debía existir en los 3, aunque podía faltar temporariamente en algún momento entre la confección del testamento y la delación, no así en entre la delación y la adición, que debe ser ininterrumpida.

14. Invalidez y revocación del testamento:

Las causas de invalidez del testamento podían ser iniciales o presentarse con posterioridad a su otorgamiento, supuesto que lo tornaba anulable. Se atribuye a los testamentos ineficaces distintas denominaciones, según las cuales hubieran sido las razones de su invalidez.

El testamento afectado de nulidad radical o ab initio se llamaba iniustum o non iure factum. Tenía lugar cuando la invalidez provenía de las causas siguientes: defecto de forma, falta de institución del heredero, incapacidad en el testador o el heredero. Se designaba en cambio, con el nombre de testamentum nullum aquel en el que eran preteridos los herederos sui.

El testamento que siendo inicialmente valido era anulado después por sobrevenir una causa de invalidez, se llamaba irritum, si la ineficacia provenía de cualquier clase de capitis deminutio experimentada por el testador. Recibía, en cambio, la denominación de destitutum, cuando podía ser anulado por premoriencia o incapacidad sobrevenida del heredero por haber repudiado la herencia o porque no se cumpliera la condición. Por ultimo, se daba el nombre de testamentum roptum a aquel que se tornaba ineficaz con posterioridad a su otorgamiento, por la aparición de un nuevo heredero o por haber sido revocado por el testador.

15. Sucesión contra el testamento:

Surge como reacción contra el derecho, en un principio absoluto, del pater para disponer de sus bienes conforme su arbitrio.

Preterición de herederos:

Cuando el testado omitía mencionar, sin instituirlos ni desheredarlos, simplemente ignorándolos, a sus sui herederos, se dice que los mismos han sido preteridos. Esa preterición causa la nulidad del testamento, si el omitido era hijo varón; o bien modificaciones para incluirlo, en caso de que fuese hija o nieto. En el supuesto de los hijos póstumos, el testamento se consideraba roto, porque se entendía que de hacer nacido el descendiente, el testador lo habría tenido en cuenta.

El pretor aplico luego la institución a toda clase de descendientes del difunto, sui herederos o emancipados, pero el testamento ya no se anulaba por la preterición.

Simplemente el omitido obtenía la bonorum possessio contra tabulas y con esa posesión, la posibilidad de repeler las pretensiones de cualquier otro aspirante a la sucesión.

La legítima:

Entendemos entonces por porción legítima a la cuota de bienes que la ley obliga al testador a dejar a sus parientes más próximos, que reciben el nombre de herederos forzosos. Respetada esa porción, el causante debe instituir a quien desee como sucesor del resto de los bienes.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Con Justiniano, la legítima se aumenta para los descendientes, porque sigue siendo del cuarto si son hasta tres hijos, pero si los hijos son cuatro es del tercio, y si son cinco o más, alcanza la mitad de la herencia.

Los herederos con derecho a la porción legítima eran los descendientes, ascendiente, hermanos y medio hermanos.

Querrela de inoficiosidad:

Es la acción que tiene el heredero a quien no se le ha respetado la porción legítima a que tenía derecho. Se dirige en contra del heredero instituido, y prescribe a los 5 años. De prosperar, el testamento declarado inoficioso queda anulado, y quien la había ejercitado estaba entonces libre de pedir la herencia como si la sucesión fuese ab intestato.

Desheredación:

Las causas de desheredación fueron, atentado a la vida, injuria grave, acusación criminal. Solo podía desheredarse en virtud de dichas causas previstas por la ley.

16. Codicilo:

Es un acto jurídico de última voluntad que viene a constituir una suerte de forma menor de testamento. Esta libre de formalidades, no necesita conferir institución de heredero, y podía existir tanto en la sucesión testamentaria como en la ab intestato. Era regla corriente que, si un testamento pecara de vicios que anulaban su valor, se lo considerase válido como codicilo.

17. Legados:

Concepto:

Se define al legado como una especie de donación dejada por un difunto. Es decir, es una donación, impuesta por el testador en su testamento a cargo de su heredero, sus herederos, o alguno de estos en especial. Se trata de una sucesión a título singular, y por causa de muerte. Las características son:

- Es una donación. Solo existe en las sucesiones testamentarias.
- Es un acto jurídico por causa de muerte.
- Esta contenido en un testamento o codicilo.

Evolución:

En el derecho clásico, en que los legados se distinguían de los fideicomisos, gravado con el legado solo podía ser el heredero testamentario. Mas adelante, producida la asimilación de ambos negocios mortis causa, era dable ordenar el cumplimiento del legado a los herederos ab intestato, a otros legatarios y, en general, a cualquiera que hubiera recibido algo del testador, incluso aunque el beneficio no le hubiera sido otorgado por motivo de su muerte.

18. Clasificación de los legados:

- Legado per vindicationem. Era el medio utilizado cuando se pretendía transferir al legatario la propiedad de una cosa. Éste último adquiere el carácter de dueño con la institución y la muerte de causante. Además se hacía de la acción reivindicatoria para reclamar la entrega del mismo.
- Legado per damnationem. Es cuando el testador impone al heredero la obligación de realizar un hecho, de manera que el legatario adquiere, no ya la cosa en sí, sino un crédito. Era la transferencia de un crédito o una cosa futura o incorporal como una servidumbre.
- Legado sinendi modo. Tiene como efecto permitir que el legatario tome alguna de las cosas que integraban la herencia.
- Legado per praeceptionem. Constituye una preferencia, a favor de alguno de los herederos. El legatario ve de esta manera engrosada su porción.

19. Acciones y garantías del legatario:

El derecho romano concedió al legatario, cuando el testador le hubiere legado una cosa de su propiedad, la reivindicatio; caso contrario, contaba con una acción personal contra el heredero, llamada actio legati. Pero

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

también, si el testador había legado una cosa que le pertenecía, el legatario podía ejercitar, la acción personal para obtener la cosa, la cual en caso de pérdida o deterioro le daba derecho a exigir los daños e intereses.

Cuando el legado se supeditaba a una condición o plazo, se podía exigir, mediante la intervención del pretor, una garantía personal, la cautio legatorum servandorum causa, que garantizaba al legatario contra el riesgo de la insolvencia del heredero.

Aunque el legatario adquiría desde el primer momento su derecho, la cosa legada debía serle entregada por el heredero y no podía, por tanto, tomar posesión de ella sin consentimiento de éste, incluso en el legado per vindicationem. A favor del bonorum poseor, a quien el legatario arrebatava la cosa legada, otorgo el pretor un interdicto recuperatorio, el interdictum quod legatorum que más tarde se extendió a todo heredero.

20. Objeto y adquisición de los legados:

Objeto:

Podía consistir en las más variadas cosas, tanto corporales como incorporales. Por lo general tenía por objeto las cosas del causante, podía referirse a cosas genéricas y aun a cosas ajenas, en cuyo caso si el heredero no quería o no podía adquirirlas por un precio razonable, cumplía entregando al legatario el valor real de las cosas. También estaba permitido legar cosas futuras, especialmente frutos. El usufructo y las servidumbres prediales podían ser constituidos por un legado.

Los legados podían tener un objeto determinado, como el legatum nominis, que era la cesión de un crédito del testador; el legatum liberationis, era la remisión de una deuda a favor del deudor y el legatum debiti, era lo que el testador debía al legatario.

Si el objeto era indeterminado, podían ser: legatum optionis, por la que se dejaba la propiedad del esclavo de la herencia que él quisiera; la partitio legata, con el que se otorgaba al legatario la facultad de repartirse la herencia con el heredero en cierta proporción.

Cabía también al testador la posibilidad de disponer en el testamento un prelegado a favor de uno de los herederos, requiriéndose que los instituidos fueran varios. El legado a heredero único se consideraba nulo. No obstante, aun en caso de un solo heredero, era posible adquirir el legado cuando renunciaba a la herencia y entraba otro heredero en su lugar.

Adquisición:

Los romanos conocieron dos momentos: en primer lugar el dies cedens, que tiene lugar en el momento de la muerte del testador, si el legado es puro y simple, o al cumplirse la condición. En segundo lugar, el dies veniens, que se operaba cuando el heredero aceptaba la herencia.

21. Derecho de acrecer en materia de legados:

El derecho de acrecer en los legados está fundado en la voluntad del testador.

En el legado per damnationem, dado que el mismo originaba solo un derecho de obligación, el acrecimiento no existía. Si la institución se había realizado utilizando la misma proporción, la obligación se dividía desde el primer momento entre todos, siendo cada uno acreedor de su parte. Si se había hecho utilizando distintas proporciones, el heredero tenía tantas obligaciones como herederos hubiese.

En el legado per vindicationem, fuere como fuese la institución, todos los colegatarios eran llamados al objeto entero, y la muerte de uno de ellos acrecía la porción de los demás.

22. Ineficacia y revocación:

- De modo originario. Cuando le faltaba alguna condición esencial de validez al momento de ser instituido. Es irrevocable e irremediable. Como cuando se carecía de capacidad para testar.
- Sobreviniente. Si bien creado validamente, el legado devenía nulo por alguna causal surgida con posterioridad. Podían ser ajenas a la voluntad del causante como la muerte o incapacidad del heredero, pero también por disposición del testador, cuando mediaba revocación. La revocación era el acto por el cual, quien había instituido un legado, posteriormente lo anulaba.
- Por regla cotidiana. En virtud de la cual, cualquier legado que habría sido nulo si el testador moría al momento de testar quedaba siempre nulo, no importando la época en que realmente sobreviniese el fallecimiento. Sería el caso en que el testador hubiese legado una cosa cuya propiedad ya pertenecía al legatario al hacerse el testamento.

23. Limitaciones legales:

La libertad de legar, llegó a ejercerse abusivamente en perjuicio de los herederos instituidos los que, ante la merma que tales libertades imponían, repudiaban la herencia por falta de interés.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

La ley furia testamentaria estableció una tasa máxima de 1000 ases para los legados, concediendo una acción ejecutiva al heredero para recuperar el cuádruple de lo que se le hubiera cobrado por encima de aquella tasa. Quedan exceptuados los legados a favor de parientes hasta el séptimo grado. La tasa fijada no remedio el abuso, pues el testador podía agotar el acervo hereditario con muchos legados de 1000 ases cada uno.

La ley falcidia consiguió un remedio eficaz para proteger al heredero contra el peligro de que la herencia no le reportara beneficio alguno. Ésta permitía al testador disponer solamente de $\frac{3}{4}$ partes de la herencia en materia de legados, reservándose forzosamente una cuarta parte para el heredero.

24. Fideicomisos:

Concepto:

Cuando una persona quería favorecer en su testamento a otra, a la que no podía nombrar heredera por carecer de la *ius testamenti factio* con la misma, podía designar un heredero entre quienes estuviesen legalmente habilitados para ello, y rogarle que entregase la herencia a quien en definitiva se quería beneficiar, ya sea toda ella o uno o varios bienes particulares. Podía ser constituido por testamento o codicilio, aun si el testamento no era válido.

Sucesión ab intestato:

Noción y evolución:

El régimen de sucesión intestada era aquella que tenía carácter supletorio, pues su apertura se producía por disposición de la ley a falta de testamento, ya porque el difunto no lo hubiera otorgado, o carecía de validez, o bien porque el heredero instituido hubiera renunciado a la herencia.

La sucesión ab intestato fue regulada por las XII tablas, por disposiciones del edicto del pretor y por senadoconsultos y constituciones imperiales, concluyendo este periodo que se había iniciado con la ley decenviral, con las normas de las novelas 118 y 127 sancionadas por el emperador Justiniano.

Sistema de la ley de las XII tablas:

Esta sucesión tiene su base en la típica organización de la familia romana primitiva, ya que partía del nexo que ligaba a los herederos a la potestad del causante, prescindiendo de cualquier vínculo de sangre. Excluía así al hijo emancipado, dando prevalencia a la familia civil o agnaticia sobre la natural o cognaticia.

No se aceptaba la sucesión por orden ni por grados. Por lo tanto, para el derecho civil, si un heredero de un orden o grado superior no aceptaba la herencia, ésta no pasaba a los subsiguientes, sino que quedaba vacante.

- Sui heredes. Eran todos los que se encontraban sujetos a la potestad del causante al momento de su muerte.
- Agnados. No habiendo sui heredes dispuestos a hacerse cargo de la herencia, la sucesión pasa entonces al segundo orden, que es el de los parientes civiles, vinculados por línea masculina. (varios hermanos)
- Gentiles. No existiendo agnados, les toca a todos los descendientes por línea masculina del mismo antepasado en común. (parientes lejanos).

Sistema del derecho pretoriano:

El pretor teniendo en vista razones de equidad, comenzó a otorgar *bonorum possessio* a ciertos parientes, fuesen o no considerados herederos por el derecho civil. El pretor no instituyó nuevos herederos, no podía hacerlo. Simplemente otorgó la posesión de los bienes hereditarios a ciertas personas, que juzgaba más calificados para recibirlos. Y con ello les abrió la posibilidad de ser herederos por vía de la usucapión.

Cuatro fueron los órdenes de *bonorum possessio*:

- *Bonorum possessio unde liberi*. Comprendía a todos los sui heredes, sin importar si estaban emancipados y sus descendientes, con excepción a los que habían entrado a la familia por casamiento o adopción.
- *Bonorum possessio unde legitimi*. Eran los herederos agnados.
- *Bonorum possessio unde cognati*. Eran los cognados por líneas masculinas o femeninas hasta el sexto grado inclusive. Y aun hasta un séptimo grado si se trata del hijo de un sobrino.
- *Bonorum possessio unde vir et uxor*. A falta de los demás órdenes, el pretor concedía la herencia al esposo o esposa casados *sine manu*, siempre que el matrimonio subsista al momento del fallecimiento.

Sistema del derecho imperial:

**HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016**

- Senadoconsulto tertuliano. Concedió a las madres dotadas del ius liberorum, es decir que tuviesen 3 hijos siendo ingenuas, o 4 si eran libertas, derecho a la sucesión de sus hijos, a los que heredaban dentro de la clase pretoria de los agnados, que le habría correspondido. La sucesión iba primero a los descendientes del hijo difunto, luego al padre natural, después a los hermanos consanguíneos y a falta de estos a la madre y hermana consanguíneas.
- Senadoconsulto orficiano. Dispuso que los hijos de una mujer no sometida a la potestad del marido la heredasen con preferencia a todo otro pariente agnado o cognado.
- Constitución valentiniana. Dispuso que los nietos sucediesen, junto con los hijos y los agnados a la abuela paterna y ambos abuelos maternos, parientes con los que aquellos no estaban unidos por vía de agnación de modo natural.
- Constitución anastaciana. Tiene por objeto hacer desaparecer la diferencia entre emancipados y los que no lo están. Por esta constitución los hermanos se heredaban entre si, aunque concurren emancipados y no emancipados, si bien la porción de aquellos es inferior.

Sistema de derecho justiniano, novelas 118 y 127:

Agrupo a los parientes en 4 clases:

- Descendientes. Sin considerar sometimiento o no a la patria potestad, sexo o grado de parentesco.
- Ascendientes, hermanos y sobrinos. En la ausencia de descendientes son llamados éstos, paternos o maternos; sus hermanos germanos; y los hijos de hermanos germanos. El régimen de división es el siguiente:
 - Si solo hay ascendientes, el más próximo excluye al más lejano. Si son del mismo grado, la herencia se divide entre ellos por cabeza.
 - Si no hay ascendientes, sino solo hermanos y hermanas la herencia se reparte por cabezas tocando una porción a cada uno de ellos.
 - Si no hay ascendientes, y todos lo hermanos han fallecido, la herencia se divide entre los sobrinos.
- Medios hermanos. A falta de descendientes, ascendientes, hermanos germanos o sobrinos, suceden los medio hermanos. Si éste fallece su parte va para sus hijos.
- Otros colaterales. Son llamados sin limitación de grado, el más próximo excluye al más lejano.
- Esposo o esposa. Se seguid aplicando a su respecto la bonorum possessio unde vir et uxor. Pero si había otros familiares, solamente heredaba la viuda pobre de un personaje de buena posición económica
- Herederos extraordinarios. Los hijos adrogados, los hijos naturales.

Unidad XVIII: ordenamiento jurisdiccional y acciones.

1. Conceptos generales:

Los derechos subjetivos otorgan a sus titulares un cúmulo de facultades que deben ejercitarse en la vida en relación, saliendo así del marco de lo meramente potencial para hacerse realidad en el mundo de los hechos. Este ejercicio no depende exclusivamente de la voluntad de sus titulares, sino que requiere el respeto y

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

acatamiento de otras personas que con actos positivos u observando una conducta negativa permiten hacer eficaces las facultades jurídicas que tales derechos implican.

La forma primigenia de protección de los derechos fue la defensa privada del propio ofendido que hacia uso, si era preciso, de la violencia, que tenia aplicación penal como privada. En roma se recoció el derecho a ésta en los casos de legítima defensa.

La reacción contra ella comienza a sentirse al final de la época republicana, se manifiesta primeramente como sanción penal contra la violencia en las leyes dictadas por Augusto, mas tarde por decreto de Marco Aurelio.

De esta forma se fue restringiendo en roma, progresivamente, la defensa privada de los derechos e imponiendo correlativamente la justicia dirigida y controlada por la autoridad publica, de manera que aquélla quedara reducida a casos excepcionales y ésta constituyera el procedimiento normal para dilucidar las controversias planteadas en el campo del derecho privado. Es entonces cuando adquiere relevancia la acción, o sea, el instrumento jurídico mediante el cual se pone en movimiento, el organismo estatal para otorgar protección de los derechos.

2. Derecho privado y derecho procesal:

Las fuentes del derecho procesal aparecen en el edicto mezcladas con las del derecho privado. Esta unidad de ordenamientos fue de carácter interno, puesto que ciertos conceptos fundamentales del derecho romano, especialmente el de actio y el de exceptio eran comunes en ambas esferas. Por ello, ius privatum y derecho procesal presentaron rasgos uniformes y las distintas significaciones que en nuestros días tiene la actio en el terreno procesal y en el ámbito del derecho privado, son en definitiva reflejos de los antecedentes que se conocieron en el mundo romano.

3. Proceso publico y privado:

El proceso publico (equiparable al proceso penal) presentaba dos caracteres distintivos: el primero, que era siempre iniciado por el magistrado o por cualquier ciudadano, lesionado o no, que actuaba en representación de la colectividad interesada en que le hecho delictuoso obtuviera la debida sanción; el segundo, que la decisión de juicio correspondía en todos los casos a un órgano estatal investido de jurisdicción.

El proceso privado (equiparable al proceso civil) se iniciaba siempre a instancia de la parte demandante, y la decisión no estaba a cargo de un organismo jurisdiccional, sino de un juez privado que los litigantes designaban y a cuya sentencia se comprometían a someterse en virtud de una convención arbitral (litis contestacio).

4. Procedimiento penal y civil:

El procedimiento penal se desarrolla en un juicio público promovido por iniciativa del magistrado o por acción popular, ejercitable por la victima o por cualquier otro individuo. A este sistema se sometían los actos punibles que se denominaban delitos públicos, por oposición a los delitos privados.

Por lo que se refiere al procedimiento civil, comprendía las controversias relativas a los derechos privados de los particulares entre sí y las que surgieran a consecuencia de la comisión de los llamados delitos privados.

5. Historia del procedimiento civil romano:

Pasa por tres etapas que no se sucedieron radicalmente, esto quiere decir que frecuentemente coexistieron.

Los dos primeros se conocieron bajo la más amplia denominación de orden de los juicios privados. Estos términos encuentran su justificación en el hecho de que estos sistemas procesales, el de las acciones de la ley y el de las formulas, era prevaleciente la acción de un juez privado, elegido por las partes para dirimir el litigio mediante una sentencia que lo contendientes se habían obligado a acatar.

Se desarrollaban en dos etapas: la primera, llamada in iure, que tenía solo el fin de crear la relación procesal y fijar los términos de la controversia. Ésta la tramitaba el magistrado (pretor) inicialmente y cerraba con la litis contestacio. La segunda fase se desarrollaba ante un juez privado y se destinaba a todo lo concerniente a la prueba y a la sentencia.

Con el sistema formulario se desecharon las palabras rituales propias de las acciones de la ley, eliminándose el peligro de la pérdida del litigio por no haber elegido las partes adecuadamente los términos solemnes o por no haberlos pronunciado correctamente. En éste procedimiento, la actio elegida por el pretor tuvo como columna vertebral la formula que se redactaba por escrito y suministraba al juez la precisa información sobre el objeto y contenido del juicio que tenia que sentenciar.

Al mismo tiempo de éste proceso, Augusto abolió totalmente el sistema de acciones de la ley e introdujo por medio del derecho imperial, en el que la indagación y la sentencia incumbían a un funcionario público. Este sistema cognitorio prescindió de la bipartición del proceso y se sustancio ante un juez funcionario público que podía delegar sus funciones en subalternos.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

A consecuencia de la introducción de esa forma de proceso, surgió el procedimiento extraordinario, que se llevaba a cabo ante al cónsul, un magistrado especial o un funcionario a los que el emperador atribuía la facultad de decidir en asuntos considerados dignos de protección.

El proceso de formulas fue paulatinamente asimilándose al extraordinario, hasta llegar a confundirse con él.

6. Organización judicial:

Magistrados y jueces:

Los magistrados romanos fueron distintos según las épocas en que actuaron. Durante la monarquía, magistrado exclusivo fue el rey. Con el advenimiento de la republica, el poder real se transfirió a los cónsules, con la aparición de la pretura urbana el ejercicio de la jurisdicción paso al pretor urbano, extendiéndose al peregrino. El pretor fue el magistrado por excelencia en la época republicana.

Durante la republica y el principado también tenían el carácter de magistrado los ediles, el prefecto del pretorio y el prefecto de la ciudad con jurisdicción en roma; con competencia en Italia, los gobernadores, los cuestores, el legado del emperador y el procónsul, con jurisdicción en las provincias.

Los jueces, a quines les competía la misión de desarrollar en su faz interna el proceso y pronunciar la correspondiente sentencia, ejercía sus funciones en forma permanente o bien éstas se agotaban con la decisión del caso para el cual había sido designado.

Entre los jueces permanentes se contaban dos tribunales colegiados: los decenviros entendían en las cuestiones del estado y de libertad; los centunviros tuvieron competencia en asuntos referentes al derecho de familia y al de sucesiones.

El iudex, el arbiter y el tribunal de los recuperadores tuvieron en roma el carácter de jueces no permanentes. El iudex era el juez por excelencia con actuación en la etapa in iudicio del proceso. Ante él las partes ofrecían y producían las pruebas, tocándole decidir la suerte del litigio en la sentencia. El arbiter, era un juez con mayor discrecionalidad que el primero, ya que no se veía constreñido en su función a las pautas señaladas por el magistrado en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, cuanto al derecho que los litigantes pretendían hacer valer. Los recuperadores tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar mas adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos.

Las partes, sus representantes y auxiliares:

En aplicación del principio de que nadie puede litigar contra si mismo, necesariamente las partes en el proceso debían ser por lo menos dos. Una, que por iniciar la demanda era llamada demandante o accionante; otra, que por haber sido el litigante contra quien se puso la demanda, era denominada demandado o accionado o, también, reo.

La actuación judicial exigía a las partes tanto la capacidad de derecho como la capacidad de obrar, es decir personas libres, ciudadanos y sui iuris. Pero era menester también que no sufrieran una incapacidad de obrar, en el caso de que debían hacerlo con un tutor o un curador, también podían hacerlo mediante auctoritas, cuando se trataba de una incapacidad relativa.

En lo que atañe a la representación procesal, el derecho romano, reacio a aceptarla en materia de negocios jurídicos, mantuvo en gran medida este criterio cuando se trataba de que una persona actuara por otra en la defensa de sus derechos. Con las acciones de la ley no se admitió la representación en juicio, pero se reconoció la gestión procesal si el representante obraba en interés del pueblo; en el caso de la tutela, en el que el tutor accionaba como representante necesario del incapaz y en virtud de la lex hostilia, que autoriza a cualquier ciudadano a representar a otro que hubiera sido victima de robo mientras se hallara prisionero o ausente de roma por causa de la republica.

Con el procedimiento formulario se mantuvieron estos casos de representación extraordinaria, pero con el avance de la legislación, se dio cabida a las representaciones voluntarias:

El cognitor fue el representante judicial nombrado especialmente en el pleito frente al adversario, mediante el uso de palabras solemnes. El procurador, en cambio, era un mandatario que podía actuar en un solo asunto o representar al litigante en cualquier pleito, sin que su designación se realizara con formalidad alguna. El procurador del demandante tenia que prestar caución personal para garantizar al demandado que su representado no intentaría una nueva acción igual a la que daba lugar el juicio. También el demandado podía hacerse representar por un cognitor o por procurador.

También podían intervenir en el litigio como auxiliares de las partes los oradores y los abogados. Los primeros eran ciudadanos que acompañaban a los contendientes o a sus representantes con el fin de exponer ante el juez las razones que les asistían para litigar y convencerlo con sus alegaciones, basados fundamentalmente en la elocuencia. Los abogados tenían la misión de asesorar a los litigantes, ya que no se trataba de retóricos sino de personas dotadas de conocimientos jurídicos.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

7. La acción:

En los sistemas jurídicos modernos la vida de relación se desenvuelve en el marco del derecho objetivo, la norma general y abstracta. De dicha norma surgen los derechos y deberes concretos de los ciudadanos: D. objetivo, D. subjetivo, acción.

En el derecho romano el itinerario era a la inversa: quien se consideraba perjudicado en sus intereses concurría ante el pretor, que le acordaba una acción. Dicha acción era acogida judicialmente, era porque existía un derecho subjetivo; y si había tal derecho subjetivo era porque existía, formulado expresamente o no, un derecho objetivo que lo consagraba: acción, D. subjetivo, D. objetivo.

Clases:

Acciones in rem, in personam y mixtas:

Son acciones in personam las inherentes a los derechos personales (obligaciones) y se dan contra un adversario jurídico determinado, que pretende desconocer los deberes que para él surgen de una relación obligacional. Ejemplo, las acciones de dolo, pauliana o las nacidas de los delitos.

Son acciones in rem las que protegen derechos sobre cosas (derechos reales) o amparan facultades especiales derivadas de las relaciones de familia o del régimen sucesorio. Se ejercitan contra cualquier individuo que pretenda poner obstáculos al ejercicio del derecho del titular. (reivindicatoria, patria potestad, petición de herencia).

Las mixtas eran a la vez reales y personales, porque perseguían la atribución exclusiva de ciertos bienes a determinadas personas o el reparto proporcional de gastos, utilidades, frutos.

Acciones civiles y honorarias:

Son civiles las creadas por el derecho civil, a las que el magistrado no hace otra cosa que darles aplicación práctica incluyéndolas en el edicto. Son honorarias las que consagran los magistrados en el ejercicio de su iurisdictio, ya sea modificando alguna acción civil o creando lisa y llanamente una nueva. Las honorarias pueden ser a su vez edilicias y pretorianas. Ejemplos de civiles: reivindicación. Ejemplos de honorarias: hurto manifiesto.

Acciones directas, útiles, ficticias, in ius e in factum:

Se decía útil la acción aplicada a un supuesto distinto a aquel para el cual había sido originalmente constituida.

Son acciones ficticias aquellas en las que se fingía que alguno de los elementos de la relación originaria, para la cual la acción había sido creada, existía, aunque en realidad no fue así. (Acción publiciana).

Las directas eran las acciones aplicadas precisamente en los supuestos para los que habían sido creadas, y en los que se verificaba la existencia de todos los requisitos pertinentes. (reivindicación).

Las acciones in ius, también denominadas vulgares, fueron las que se aplicaban a las situaciones conocidas y contempladas por el derecho civil. Las in factum eran las que no se fundaban en relaciones conocidas por el derecho civil, sino que tutelaban relaciones nuevas, de hecho, solamente contempladas por el pretor, siendo generalmente designadas por los hechos que les daban origen. (Acción vectigalis). Pero era usual que las acciones in factum se transformaran en in ius, como sucedió en el depósito y el comodato.

Acciones reipersecutorias, penales y mixtas:

Si buscan hacer volver a su patrimonio un bien que ya no tiene, sin procurarle enriquecimiento, son reipersecutorias, como la reivindicación.

Si persiguen una indemnización pecuniaria son penales, como la actio furti que surge del hurto. La actio vi bonorum raptorum, nacida del delito de rapiña, es mixta.

Acciones simples, del doble, del triple y del cuádruple:

Si el demandante, y posteriormente el pretor al redactar la fórmula, ha dejado en manos del juez el determinar el monto de la condena que se pretende, se dice que se trata de acciones simples.

Pero si se establece la posibilidad, para el caso de que prospere la acción, de condenar al accionado al pago del doble, el triple o el cuádruple del valor estimado en la demanda, se dice que las acciones son, respectivamente: actio furti nec nefasti, como la que se ejercita contra quienes ante una citación judicial han exagerado el monto de la demanda, actio furi nefasti.

Acciones de derecho estricto y de buena fe:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Son acciones de derecho estricto las que emanan de los negocios que engendran obligaciones cuyo contenido esta expresamente determinado por la ley y cuyo cumplimiento ha de ajustarse rigurosamente a lo convenido o pactado. Las de buena fe son las que las obligaciones no están previstas por la ley ni por las partes, solo se hace de manera honesta y fieles de la palabra empeñada.

Acciones arbitrarias:

Desde el punto de vista de los poderes del juez se decía que algunas acciones eran arbitrarias, dado que en las mismas aquél poseía una facultad específica, denominada arbitrios, en virtud de la cual, antes de pronunciar sentencia condenatoria, fijaba equitativamente las reparaciones debidas por el demandado, a quien daba la orden de suministrar al demandante. Acciones encaminadas a obtener una restitución.

Acciones perpetuas y temporarias:

Eran perpetuas las acciones cuyo ejercicio no estaba supeditado a ningún plazo determinado, y temporales las que debían ser interpuestas dentro de un cierto término.

Acciones populares y privadas:

Son acciones populares las establecidas para la defensa de un interés público y que por consiguiente cualquier ciudadano tenía derecho a ejercitar. Eran privadas las otorgadas a los particulares para proteger sus derechos subjetivos.

Acciones directas y contrarias:

Existen acciones jurídicas de las que, al margen de la acción que pudiera concederse contra el sujeto normalmente obligado, surgían otras a favor de éste y en contra de quien es normalmente el acreedor, para reclamarle el reembolso de los gastos realizados y los perjuicios sufridos por el deudor. Las primeras son directas, las segundas contrarias.

Acciones ex contratus y ex delicto:

Las primeras son las que tienden a lograr el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato, como en la compraventa. Las segundas de una nacida en virtud de un delito, como la proveniente de la rapiña.

8. Extinción de las acciones:

Pueden operarse de pleno derecho (ipso iure) o por vía de excepción (exceptionis ope).

La prescripción:

Se establece que el transcurso del tiempo, combinado con la inactividad del titular de un derecho, se extingue el mismo, a partir de entonces se considera que el transcurso de un plazo de 30 años, que en ocasiones podía ser menor, extingue las acciones por prescripción.

La cosa juzgada:

Es principio tradicional del derecho romano que no se podía ejercitar dos veces una misma acción por igual objeto y causa y entre las mismas partes. Una vez que algo fue juzgado, no puede volver a ser considerado judicialmente.

La litis contestatio:

La traba del litigio, esto en el hecho de contestarse una demanda, en el derecho clásico, concluía con la acción ejercitada que no podía volver a promoverse, porque ya había sido usada. Éste efecto no existe en la época justinianea.

La concurrencia de acciones:

Cuando de una misma relación jurídica surgían varias acciones, pero encaminadas todas a un mismo fin, el empleo de una de ellas extingue a las demás.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

El pacto de no pedir:

Cuando entre las partes de una relación jurídica se ha convenido no reclamar nada en virtud de ella. Puede ser general, o a favor de una persona; y temporal, por un cierto tiempo, o perpetuo.

El juramento:

Produce a favor de quien lo ha prestado una excepción, que lo restringe de lo que ha jurado y termina definitivamente el litigio dentro del cual se produce.

La muerte:

Muerto un sujeto, por lo general sus acciones se transmiten a los sucesores. No obstante hay algunas que son personalísimas, como la de injurias, o la de divorcio, que no pasan a los herederos y se extinguen con la muerte de su titular.

Unidad XIX: sistemas procesales:

1. El sistema de acciones de la ley:

Concepto:

El sistema procesal mas antiguo en roma, llamado así porque, o bien provenían de la ley o bien se acomodaban a los términos de las mismas leyes, siendo inmutables como estas.

El de las acciones de la ley, junto con el formulario. Es un sistema que integra al orden de los procesos privados; contrapuestos al extraordinario, que fue el tercero y ultimo sistema.

Los caracteres que fueron comunes a los procedimientos fueron:

- Está dividido en dos etapas distintas, una ante el magistrado (in iure), y la otra ante el juez.
- Solo puede ser ejercitado por ciudadanos romanos, dentro de la ciudad de roma o en el radio de una milla de sus murallas, por magistrados y jueces romanos.
- Solo se utiliza para hacer valer derechos subjetivos reconocidos por el derecho civil romano.
- El formalismo era riguroso, y constreñía a repetir textualmente las palabras contenidas en la formula legal, so pena de perder el litigio. Estas formulas, originalmente estaban en poder del colegio de los pontífices. Esta situación se mantuvo hasta la ley ogulnia del 300 a.C. que permitió a los plebeyos acceder al pontificado máximo.
- Todo el trámite era un proceso oral.
- La condena era siempre pecuniaria.
- La intervención de los litigios era siempre personal, no existiendo la representación, salvo por el pueblo romano, la libertad de un esclavo, por un menor, o de un ausente o prisionero del enemigo.

Clasificación:

Cinco son las acciones de la ley de que tenemos noticia. 3 de ellas declarativas, llamadas así porque mediante ellas se pretendía el reconocimiento en juicio de un derecho controvertido; y dos ejecutivas, denominadas de tal manera porque constituían formas especiales de ejecutar o hacer valer derechos subjetivos cuya existencia había sido ya previamente establecida.

- **Acción por apuesta sacramental.** Podía ser in rem o in personam, según se pretendiese hacer valer derechos reales o familiares por una parte, o se persiguiese el cumplimiento de una obligación personal. Es la acción declarativa general, se la empleaba cuando no existía para la causa algún proceso especial. El proceso comienza con la in ius vocatio, llamamiento que el actor hace al demandado a fin que éste le siga ante el magistrado para ventilar la causa. El accionado puede obedecer y acudir a la reunión, o dar un vindex que garantice su asistencia en el momento oportuno, so pena de verse obligado a pagar una cantidad igual a la que era reclamada en el litigio. De no comparecer el demandado, el actor tomaba testigos ente los cuales podía obligar por la fuerza la concurrencia del remiso. Llegadas las partes a la presencia del magistrado, ante el cual debía llevarse también la cosa objeto del juicio o al menos algo que la representase, debían pronunciar ciertas palabras sacramentales. Así el que reclamaba el bien objeto del litigio debía tocarlo con una varita mientras lo aferraba con la otra mano.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Llegaba entonces el turno del adversario, quien decía y hacía lo mismo, a menos que optase por callar con lo que terminaba el pleito.

En este estado, el magistrado ordenaba a ambos litigantes soltar la cosa, sucedido lo cual tenía lugar un nuevo intercambio de frases rituales entre los dos. Después de ello tenía lugar la apuesta sacramental, realizada entre los litigantes, cuyo importe era originariamente puesto en poder de los pontífices mientras se sustanciaba la causa, los que terminado el litigio la devolvían al vencedor y retenían la del vencido.

Llevada a cabo la apuesta sacramental, el magistrado atribuía la posesión de la cosa a uno de los litigantes, probablemente a su capricho. Este estaba en consecuencia obligado a suministrar a su contrario garantías que asegurasen la restitución del bien y sus frutos.

Luego se procedía al nombramiento del juez, cosa que originalmente tenía lugar de inmediato. Por ello las partes concurrían nuevamente ante el magistrado quien les presentaba la lista de posibles jueces a fin que acordasen sobre la designación de uno de ellos.

Como todo el procedimiento se hacía oralmente, las partes antes de abandonar el recinto donde habían litigado, tomaban por testigos a las personas presentes a fin que las mismas pudiesen, suministrar delante de juez la narración de lo que había sucedido ante el magistrado.

La segunda etapa tenía lugar ante el juez, con la presencia de los testigos que habían asistido a la primera fase. Se desarrollaba en la plaza pública, y durante la misma el juez oía a las partes, verificaba y meritaba las pruebas por ellas presentes, antes de la caída del sol dictaba la sentencia.

La sentencia era oral, y se limitaba a manifestar cual de los litigantes había apostado correctamente y cual no. El vencedor recogía la apuesta, perdiendo el vencido la suya y se quedaba con ella. Si el fallo había beneficiado a quien no poseía la cosa, la parte victoriosa no podía obligar al poseedor a restituirla. En estos casos debía dirigirse al magistrado el cual nombraba 3 árbitros para que la valoraran al igual que a sus frutos. Para lograr el cobro, el interesado podía recurrir a la acción de la ley por aprehensión corporal.

- **Acción por pedido de juez.** Era un procedimiento declarativo especial. En la misma se desarrolla la citación y comparendo de las partes ante el magistrado de modo similar que en la apuesta sacramental, pero sin la apuesta, sino que los litigantes peticionaban de inmediato el nombramiento del juez o arbitro. Según Gayo solamente se utiliza esta acción en los siguientes casos: cuando se trata de reclamar lo que es debido en virtud de un contrato verbal solemne (stipulatio); cuando se pide la división de una herencia; cuando se solicita la división de una cosa común.
- **Acción por emplazamiento de pago.** Fue creada para reclamar el pago de créditos que tuviesen por objeto pagos de dinero. No es necesario que el demandante exprese la causa en virtud de la que acciona. Simplemente basta que indique que ejecuta un crédito de las características apuntadas. Luego del intercambio de palabras solemnes, y prescindiendo de la apuesta, el magistrado cita a las partes para que luego del plazo de 30 días volvieran a fin de elegir un juez.
- **Acción por aprehensión corporal.** Se aplica a quien a sido vencido en un juicio y condenado al pago de una determinada suma de dinero. Una vez perdido el juicio, podía adoptar 3 líneas de conducta:
 - Pagar y liberarse.
 - Conseguir un vindex (fiador) solvente que lo desobligase, haciéndose personalmente cargo del proceso y negando que del mismo haya surgido obligación válida alguna.
 - No pagar, ni nombrar vindex, caso en que quedaba abierta al acreedor la acción ejecutiva por aprehensión corporal.

El trámite era el siguiente:

Luego de pronunciada la sentencia condenatoria, el deudor tenía 30 días para pagar. Si no lo hace, la ley autoriza al acreedor a apoderarse de su persona cosa que hacía poniéndole la mano en el cuello y llevándolo a su casa donde lo encadenaba. 60 días debía permanecer el condenado en esas condiciones, a menos que antes abonase la deuda. En ese periodo de tiempo se sucedían 3 días de mercado, eventos a los que debía ser llevado el prisionero con sus ligaduras, y en los cuales el pretor recordaba al público en general los motivos del cautiverio y la cantidad que se adeudaba. Vencido el plazo establecido el acreedor podía vender al deudor como esclavo. Si los acreedores eran varios, podían cortar en trozos al condenado y repartírselos, aunque se dice que este medio nunca fue utilizado.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- **Acción por toma de prenda.** En principio se conoce que mediante ella el acreedor se apoderaba de un bien mueble de propiedad del deudor, cosa que podía hacer incluso en ausencia de éste y aun en DIA nefasto, aunque llevando 3 testigos. Los casos en que podía utilizarse eran:
 - Contra el que, habiendo comprado una res para sacrificar a los dioses, no pago su precio.
 - Contra quien no abonase el alquiler de una caballería.
 - Los públicanos, cobradores de impuestos, la tenían contra los contribuyentes morosos.
 - Los soldados la tenían para cobrar el importe de sus sueldos, en contra del jefe que los hubiese reclutado.

2. Sistema formulario:

Concepto y caracteres:

Al ir evolucionando roma, comenzaron a notarse falencias en el sistema de las acciones de la ley, ya que con la incorporación de los contratos basadas en el ius gentium, impedía resolver los litigios por el sistema de acciones de la ley.

Nace entonces el sistema formulario, que corresponde a la época clásica del derecho romano. Reconoce su origen en la ley aebutia, dicha norma incorpora el nuevo régimen legal.

En la época de augusto, 2 leyes de iudiciis, una de juicios privados y la otra de juicios públicos, impusieron definitivamente el empleo del sistema formulario. Solo quedaron sujetos al viejo régimen los casos de herencias, emancipación, adopción y adrogación.

Las características son:

Se encuentra dividido en dos etapas, ante el magistrado y el juez. Se trata de un procedimiento ordinario.

Es predominantemente oral, aunque tiene una sola parte escrita: la formula, que le da el nombre.

Es formal, desde que las partes han de servirse de las formulas previamente redactadas por el pretor, aunque no es sacramental, no imponiendo recitar textualmente palabras solemnes.

Las formulas son publicas, estando contenidas en el álbum que el pretor publicaba y que se exponía en el foro.

La fase in iure es publica, desarrollada ante un magistrado elegido por el pueblo romano. La etapa apud iudicem es en cambio privada, por llevarse a cabo ante un juez nombrado por las partes.

Por este procedimiento se podían ventilar acciones basadas tanto en el derecho civil quirritario, cuanto en el de gentes.

3. Instancia in iure:

Habría existido antes del tramite judicial propiamente dicho una notificación extrajudicial, hecha por quien iba a demandara su futuro accionado, a fin de intentar un acuerdo que evitase el litigio. Esta gestión implicaba la elección por parte del actor de la formula que habría de utilizar en el juicio.

De no solucionarse la cuestión, daba comienzo el proceso, el que se iniciaba con la citación que el actor hacia al reo para que se presentase al juicio. Este debía comparecer o suministrar un vindex que garantizase su presentación posterior, bajo apercibimiento del pretor, sin mas tramite emitiese en su contra una acción que traía aparejado el pago de una multa.

Los litigantes podían hacerse representar, no estando obligados a presentarse personalmente al juicio. Al respecto cabía distinguir entre el cognitor, representante designado especialmente para el asunto, siendo entonces su calidad de mandatario publico y notorio, y el procurador, designado sin ninguna solemnidad y aun en ausencia o ignorancia del adversario.

Obviamente los tutores y curadores son representantes necesarios de los pupilos o los incapaces. Estaban asimilados al trato dado al procurador, aunque por lo general se dispensaba de la caución.

Presentes las partes o sus representantes ante el magistrado, se inicia el proceso propiamente dicho. El demandante su pretensión e indica en el edicto la formula que desea utilizar, el edicto actionis.

Cabía la posibilidad de que el actor necesitase, antes de elegir la formula, aclarar algunos puntos esenciales para delimita el futuro pleito. A tales fines podía dirigir al accionado preguntas, que recibía el nombre de interrogaciones in iure, que éste no podía rehusarse a contestar ya que sobre la base de las respuestas suministradas el pretor daría luego la formula.

Cabía la posibilidad que las partes se exigiesen juramentos, que podían se de distintos tipos:

- Iusiurandum calumniae. Requerido por el demandante para que el demandado jurase que no se oponía a la demanda simplemente por calumnia, esto es a sabiendas que no tenía razón.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Iusiurandum necessarium. Consistía en que el demandante, o en ciertos casos el demandado, exigía al contrario juramento acerca de si era verdad aquello que en su contra se afirmaba.
- Iusiurandum voluntarium. Implicaba un convenio no formal por medio del cual una persona que tenía un litigio acordaba con su contraparte, para evitar el proceso judicial, someterse a lo que ella jurase sobre el fondo de la cuestión debatida. Prestando el juramento la divergencia quedaba zanjada de acuerdo a lo que se hubiese jurado.

Concedida la formula, el demandado podía asumir distintas actitudes:

- Desentenderse de la cosa objeto del litigio, la que era entonces entregada al demandante.
- Aceptar que el actor tenía razón.
- Defenderse, negando los argumentos del contrario, con lo que el litigio continuaba.

Cumplida esta etapa, se procedía a redactar la formula, fijando sus términos definitivos en una tablilla de cera que llevaba en su cara interna el texto de la formula, y en la externa los sellos de las partes y testigos. Ésta es la única actuación que se cumple por escrito.

4. La formula:

En esencia no es otra cosa que una instrucción, un pequeño documento redactado por escrito que el pretor dirige el juez a quien delimita la cuestión cuya resolución le encomienda, concediéndole facultades para ello, absolviendo o condenando al demandado.

Dentro de la formula se distinguían las partes principales, que jamás podían faltar, de las accesorias, cuya existencia dependía del hecho de que las partes las introdujesen a litigio.

Partes principales:

- La designatio. Designación del juez, árbitro o tribunal que había de dirimir la causa.
- La demonstratio. Era una exposición, por lo general breve, de los hechos en que el demandado ha fundado la acción.
- La intentio. Contiene la pretension del actor, transformándose en nudo mismo de lo que debía resolver el juez: acogerla o no.
- La condemnatio. Concede al juez el poder de absolver o condenar al demandado. La condena es siempre el pago de una cantidad de dinero.
- La adjudicatio. Consiste en la facultad conferida al juez para fraccionar una cosa atribuyendo la propiedad de las partes en que ésta ha sido subdividida, o algún otro derecho real, a los litigantes.

Partes accesorias:

- Las prescripciones. Colocadas a la cabeza de la formula. Su objeto era por lo general, precisar y circunscribir la demanda dentro de ciertos límites, cuando las invocaba el actor. Pero el caso más común de prescripción es cuando la invoca el demandado, a fin de solicitar el juez que, antes de dictar la sentencia sobre el fondo del asunto se pronuncie sobre una determinada cuestión que, de resultar atendible, impediría la prosecución del litigio.
- Las excepciones. Colocadas usualmente a continuación de la intentio, son defensas que articula el demandado. Podían ser perentorias o dilatorias. Las primeras tendían a neutralizar de modo definitivo la demanda la que ya no podía volver a ser interpuesta. Las segundas eran las que tenían validez temporal y que por consiguiente no extinguían de manera definitiva la pretensión del accionante.

5. La litis contestatio:

Una vez que el pretor redactaba la formula y la entregaba al demandante, éste la hacía saber al demandado ante el magistrado. Una vez producida la contestación por parte del accionado se acaba la etapa in iure del proceso. Tal el acto que recibe el nombre de litis contestatio.

La litis contestatio surge siempre como consecuencia de un acuerdo entre partes, ya espontáneo, ya impuesto por el magistrado, la han conceptualizado como un cuasicontrato.

Las consecuencias que surgían de este acto, por el cual se trataba verdaderamente la litis, eran muy importantes. Esencialmente implicaba un compromiso de ambos litigantes de someterse a un juez, el cual fallaría la causa con arreglo a los elementos consignados en la formula, elementos estos que delimitaban y definían muy concretamente el campo con respecto al cual el juez debía pronunciarse: los puntos de demanda, controvertidos en la contestación, son los extremos de la litis, y a ellos debe sujetarse el juez.

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

Con la litis contentatio se extinguía la obligación anterior, en la que se había fundado la demanda, obligación ésta que ya no podía ser empleada para fundar otra acción igual. Las partes, al trabarse la litis, quedan obligadas de aquí en adelante exclusivamente por lo que han dicho en el pleito. Y ganaran o perderán el caso, independientemente de la obligación originaria, causa del pleito y ya extinguida.

6. Instancia in indicio:

La misión del juez consistía en el examen de las pruebas y el dictado de la sentencia. Para ello debía ceñirse estrictamente a los términos en que estaba redactada la fórmula so pena de incurrir en el cuasidelito de hacer suyo el proceso.

A las pruebas las recibía el juez personalmente y consistían de ordinario en lo siguiente: testimonios, de personas que conociesen los hechos que habían causado el litigio; confesión voluntaria que cada una de las partes podía prestar; juramento de cualquiera de los litigantes; documentos escritos; inspecciones personales del juez hechas en los lugares o sobre las cosas de la disputa; las presunciones de hechos y, en general, cualquier otro elemento útil para resolver la causa.

Las partes no necesariamente deben estar presentes, ya que podían hacerse representar. La actuación ante el juez tiene lugar en sitio público, el día y la hora que éste designe. El día no puede ser fijado más allá de los 18 meses de trabada la litis.

Cuando las partes llegaban a la presencia del juez, le hacían entrega de la fórmula que había emitido el magistrado. Luego se les concedía la palabra, derecho que generalmente lo ejercitaban mediante un abogado.

Posteriormente se receptaba la prueba. Cumplidos estos pasos el juez resolvía la cuestión, si el juez no podía hacerlo se nombraba a otro.

7. La sentencia:

La misma no recaía nunca sobre la cosa en sí, sino sobre su estimación pecuniaria.

No había formalidades solemnes para la sentencia, a la cual ni siquiera se exigía que estuviese fundada aunque de hecho solía estarlo. Bastaba que el juez la pronunciase de viva voz, en forma pública y ante las partes, en un día hábil.

Una vez que el juez emitía la sentencia su labor finalizaba y acababa el mandato que le habían encomendado las partes porque ya había ejercido su oficio y no podía cambiar lo resuelto, salvo en lo atinente a corregir algún error material.

Lo que había sido materia de fallo judicial recibía el nombre de cosa juzgada, y la misma se tenía en los sucesivos por verdad en las relaciones entre las partes.

Recursos:

- Revocación por el doble. El condenado a pagar podía conseguir un fiador solvente, quien impugnaba la validez de la cosa juzgada. Con ello el vencido originario se desobligaba, y se obtenía un nuevo juicio con el vindex en su lugar. Pero si éste volvía a perderlo, era condenado a abonar el doble de la primera condena.
- Veto. Un magistrado colega o de rango superior podía interponer su veto a la prosecución de la misma, con lo que el juicio queda paralizado y sin poder ser proseguido. Solo puede utilizarse en la primera etapa del proceso (in iure).
- Juez que hizo suya la causa. Es un medio de corregir los perjuicios ocasionados por una sentencia dictada con parcialidad para con una de las partes, por la vía de un nuevo proceso el que necesariamente implicara una nueva sentencia que, si es condenatoria, lo será en contra del juez.
- Restitución por entero. Es un medio extraordinario de impugnación, por medio del cual el magistrado ante una resolución contraria a los principios de la equidad, utiliza su imperium para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse aquella, lo que implica por fuera un nuevo proceso. Para que se pudiera usar la restitución debía existir una sentencia formalmente válida contra la que no haya ya otros medios de impugnación, y además quien la planteaba debía alegar haber sido objeto de un perjuicio, que no haya sido causado por su propio dolo o fraude. La restitución podía ser pedida por el lesionado y sus herederos, tramitándose ante el magistrado en un proceso especial.

Ejecución:

Transcurridos los 30 días que se concedían al vencido para cumplimentar las obligaciones impuestas por la sentencia, el litigante victorioso podía promover ante el magistrado la actio iudicati.

Ante tal acción lo normal era que el ejecutado reconociera la existencia de su obligación. En el supuesto de aceptación, el magistrado expedía lisa y llanamente un decreto de ejecución, que se instrumentaba de la siguiente manera:

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

- Ejecución sobre los bienes. Reconocía 2 momentos fundamentales, el de la puesta en posesión de los bienes y la venta de los mismos. Las modalidades fueron varias.
 - La bonorum venditio. Venta el bloque del patrimonio del deudor.
 - La bonorum distractio. Venta global del patrimonio del deudor.
 - La bonorum cessio. El vencido cedía su patrimonio al vencedor.
- Ejecución sobre la persona. El acreedor podía llevar la ejecución sobre la persona misma del deudor. De esta manera lo mantenía en prisión hasta que se cancele la deuda. Esta ejecución cayó totalmente en desuso en la época del imperio.

8. El sistema de la cognitio extra ordinem:

Concepto y caracteres:

Al lado del procedimiento ordinario, representado por el sistema formulario, fueron multiplicándose procesos especiales en los que el magistrado, luego de instruir la causa, en lugar de remitirla a un juez la resolvía él directamente.

Las características fueron:

- Era de una sola fase.
- Oral y escrita.
- Había toda una burocracia funcional, con funcionarios pagos.
- Era un proceso público en manos del estado.
- Existía el concepto de costas, los gastos de justicia, a cargo del vencido.
- Había la posibilidad del juicio en rebeldía de una de las partes.
- Con representación.
- Cualquier ciudadano podía apelar la sentencia.
- Era libre de formalismos.
- El juez estaba dotado de una mayor libertad de apreciación y facultades para desenvolverse dentro del proceso.
- En caso de excesiva acumulación de causas se podían nombrar jueces delegados.

9. Tramite, medios de prueba y sentencia:

El litigio se iniciaba mediante un escrito firmado personalmente por el actor, denominado libellus conventionis. El mismo consistía en una verdadera demanda judicial, que luego se hacía llegar al accionado por intermedio de un funcionario publico.

El demandado, por su parte, debía prestar fianza de defenderse correctamente, según las reglas del procedimiento. En el acto de recibir copia de la demanda debe pagar el gasto del ejecutor.

Luego de comparecidas las partes ante el magistrado, tienen lugar una serie de debates orales, a través de los cuales quien ha de juzgar se interioriza de la causa.

Los medios de prueba se refieren a que quien afirma algo debe probarlo. Tales medios podían ser:

- Testimonial. No todos los testimonios tenían igual valor, otorgando mayor credibilidad a la declaración de un rico que a la de un pobre. Antes de deponer, el citado como testigo debía prestar juramento ante el tribunal.
- Documental. Su valor dependía de que se hubiere acreditado la autenticidad del escrito. Podían ser públicos, que se probaban por si solos por emanar de los magistrados y los privados, que se probaban si eran reconocidos por el particular que lo emitió.
- Pericial. Era poco empleado, lo realizaba una persona versada en la especialidad de que se tratase.
- Juramento. Podía ser extrajudicial, esto es solicitado por una parte a la otra antes del litigio o judicial cuando un litigante, o aun el mismo juez, lo requería durante el transcurso del pleito. Era probatorio si versaba sobre la existencia de hechos; o decisorio, si se refería al fondo de la cuestión en disputa. El juramento debía hacerse personalmente.
- Presunciones. Infiere a la existencia de un hecho sobre el que no hay certeza, sobre la base de otros hechos, que sí nos son conocidos.

Vencido el término de instrucción, la causa quedaba cerrada, y el juez podía abocarse a preparar la sentencia. El fallo se dictaba por escrito y luego se lo leía en audiencia publica, lo hacia el juez en persona. El

HUGO FERREIRA PRESIDENTE CEDUNA 2016

pronunciamiento recaía sobre la misma cosa objeto de la controversia, y debía contener la absolución o condena del demandado.

10. Impugnación de la sentencia:

Podía ser de las siguientes formas:

- Restitución por entero. Podía pedirse en contra de las sentencias definitivas obtenidas a merced de falsos testimonios, o cuando se hubieran recuperado nuevos documentos.
- Apelación. Presupone una sentencia valida, pero que se estima injusta. La misma debía ser interpuesta verbalmente o por escrito, ante el mismo juez que dicto la sentencia. Posteriormente ante un magistrado superior destinado a resolverla.
No había más que dos apelaciones sobre el mismo asunto, de tal manera que los fallos de los magistrados ordinarios podían recurrirse a los cónsules, procónsules, prefectos o condes, y por ultimo al emperador, aunque éste ultimo no lo resolvía en persona.
- Querrela de nulidad. Cuando se entendía que el fallo impugnado, al margen de su justicia o no, no había sido valido, por faltarle alguno de los requisitos que inexcusablemente debían reunir. Cuando por ejemplo se resolvía en contra de lo mandado por una constitución imperial.
En general, cuando concurrían causales de nulidad, era innecesaria la apelación, ya que el pronunciamiento se consideraba inválido de pleno derecho y solo podía ser ejecutada por el tribunal.

11. Ejecución de las sentencias:

El vencedor podía ejecutar la sentencia valiéndose a tales fines de la actio iudicati. Podía ser ejercitada al plazo de dos meses y después se extendió a 4 de dictado el fallo.

Originariamente la ejecución se hacia ente el magistrado o ante el juez, llevándose a cabo sobre los bienes del vencido.

12. Procedimiento por contumacia:

Cuando el demandado no comparecía al juicio, o haciéndolo no obedecía las reglas de éste o las instrucciones del magistrado, se decía que era contumaz. Si la acción era real, el acreedor podía solicitar ser puesto en posesión del bien en disputa, que el era dado por un año de manera provisoria y transcurrido ese plazo se transformaba en definitiva.

Si era personal, y a solicitud del demandante, el juez ponía a éste en posesión de todos o parte de los bienes del accionado como contumaz.

HUGO FERREIRA
PRESIDENTE CEDUNA 2016